



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO PÚBLICO**

LUCAS GABRIEL SANTOS COSTA

**A CONDUTA TÍPICA E O COMPORTAMENTO DA VÍTIMA NO DIREITO PENAL
A INTERVENÇÃO DA VÍTIMA NO FATO PERIGOSO**

Salvador
2019

LUCAS GABRIEL SANTOS COSTA

A CONDUTA TÍPICA E O COMPORTAMENTO DA VÍTIMA NO DIREITO PENAL:
A INTERVENÇÃO DA VÍTIMA NO FATO PERIGOSO

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Público.

Orientadora: Profa. Dra. Maria Auxiliadora Minahim

Salvador
2019

FICHA CATALOGRÁFICA

C837

Costa, Lucas Gabriel Santos

A conduta típica e o comportamento da vítima no direito penal: a intervenção da vítima no fato perigoso / por Lucas Gabriel Santos Costa. – 2019.

332 f.

Orientador: Prof. Dr. Maria Auxiliadora Minahim.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2019.

1. Direito penal. 2. Delito. 3. Vítimas – Conduta. 4. Vítimas – Comportamento. I. Minahim, Maria Auxiliadora. II. Universidade Federal da Bahia – Faculdade de Direito. III. Título.

CDD – 345

LUCAS GABRIEL SANTOS COSTA

A CONDUTA TÍPICA E O COMPORTAMENTO DA VÍTIMA NO DIREITO PENAL
A INTERVENÇÃO DA VÍTIMA NO FATO PERIGOSO

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Público.

Professora Orientadora:

Profa. Doutora Maria Auxiliadora Minahim

Banca Examinadora:

Prof. Doutor Alamiro Velludo Salvador Neto

Profa. Doutora Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado

Profa. Doutora Érika Mendes de Carvalho

Prof. Doutor Sebastian Borges de Albuquerque Mello

Salvador
2019

“Aquele que habita no esconderijo do altíssimo, à sombra do onipotente descansará. Direi ao Senhor: ele é o meu Deus, o meu refúgio e a minha fortaleza e nele confiarei, porque ele irá me retirar do laço do passarinho e da peste pernicioso, ele me cobrirá com as suas penas e embaixo de suas asas estarei seguro, a sua verdade é o meu escudo e broquel. Não temerei espanto noturno, nem seta que voa de dia, nem peste que anda na escuridão, nem mortandade que assola ao meio dia. Mil cairão ao meu lado, dez mil a minha direita, mas eu não serei atingido, somente com os meus olhos contemplarei e verei o castigo dos ímpios, porque tu ó Senhor! És o meu refúgio e no altíssimo eu fiz a minha habitação. Nenhum mal chegará em minha casa, porque aos seus anjos dará ordem ao meu respeito para me guardar em todos os seus caminhos. Ele irá segurar em minha mão para que não tropece com o meu pé em pedra. Pisará o leão e o áspide calcará o filho do Leão e da serpente, pois, quem tão encarecidamente me amou eu também o livrarei e pô-lo-ei em alto retiro porque conheceu meu nome, ele me invocará e eu lhe responderei, estarei com ele na angústia, dela o retirarei e o glorificarei, fartá-lo-ei com a longura de dias e lhe mostrarei a minha salvação”. Salmo 91.

*Deus!
Ogum Yê!*

“Todo homem tem o direito de escolher o seu próprio destino.” Bob Marley. Zimbabwe: Survival, 1979.

Dia e noite são vistos como partes integrantes de um mesmo sistema astronômico. Assim, também, bem e mal podem ser entendidos como qualidades que compõem a vida, como parte de uma totalidade integrada, cujas propriedades não podem ser reduzidas a unidades menores. Maria Auxiliadora Minahim, Direito penal da Emoção, 1992.

DEDICATÓRIA

*À Vânia, um amor.
À Irlene, Pedro e Lula, uma Família.
À Professora, uma inspiração.
Ao Professor, uma referência.*

AGRADECIMENTOS

Professora Maria Auxiliadora Minahim, minha orientadora. Professora, obrigado! As mãos que escrevem são amparadas por mãos de atenção, amor e cuidado. As mãos da Senhora sempre estiveram ao alcance das minhas mãos. Obrigado por sua amizade, atenção, disponibilidade, respeito, confiança e constante presença.

Pedro Bispo Costa e Irene Santos Costa, meus pais, obrigado por tudo! Por construir a base para que esta pesquisa fosse realizável. Obrigado pela fé, pelo amor, pela constante luta para que a educação fosse sempre um caminho possível em nossas vidas.

Vânia Bonfim, minha companheira, obrigado por existir e estar sempre ao meu lado! Obrigado por todas as orientações, pelo amor que conduziu a produção dessa pesquisa.

Luis Wagner Costa, meu irmão, obrigado por sua força, por sempre estar ao meu lado. Minha família! Lena, Dedé, Naita, Mira, Cláudia (*in memorian*), Valdomiro, Lícia, Jel e Jau, obrigado! Natália, Marcelo, Nilson, Denildo, Hugo, Patrícia e Fernanda, obrigado pela sólida amizade.

Às Professoras Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado e Érika Mendes de Carvalho, bem como aos Professores Alamiro Velludo Salvador Netto, Sebastián de Albuquerque Mello, Ricardo Maurício Freire Soares e Yuri Carneiro Coelho, por toda a disponibilidade e gentileza em compor a presente banca de avaliação, auxiliando o desenvolvimento dessa pesquisa.

Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, obrigado por oportunizar o espaço ao desenvolvimento do curso doutoral.

Professor Alexandre Rocha, obrigado pela amizade, pelas aulas, conselhos e orientações. Obrigado pelo cuidado e atenção dispensados à construção dos fundamentos dessa pesquisa.

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.

RESUMO

A valoração do comportamento da vítima na teoria do delito, objeto dessa pesquisa, é um dos temas mais controversos no espaço proposto por uma abordagem racional do direito penal. Controvérsia que alcança os fundamentos apresentados para justificar o recuo da proibição penal a partir da valoração do comportamento da vítima que intervém no fato perigoso. A partir da aproximação entre o sistema social e o sistema jurídico-penal, a pesquisa compreende a necessidade de uma proposta jurídico-penal que apresente fundamentos político-criminalmente adequados e dogmaticamente ajustados à complexidade presente na apreensão da exposição da vítima no fato perigoso como elemento capaz de influir na descaracterização do fato punível. A construção da tese analisa criticamente os ganhos e objeções das construções sobre a moderna teoria do delito, estabelecendo a adequação entre a estrutura dogmática e a proposta de incorporação de uma perspectiva normativa do significado obtido por uma valoração objetiva do comportamento da vítima no curso do perigo como critério que alcança o desvalor objetivo da conduta de atores que cooperam à exposição da vítima ao perigo. A pergunta que direciona a pesquisa é se deve existir conduta típica nas situações em que a vítima é lesionada em decorrência de uma exposição própria, voluntária, em uma situação de perigo. A partir desse questionamento, através de uma abordagem lógico-dedutiva, expõe a insuficiência das soluções propostas pela extensão do instituto do consentimento do ofendido, bem como da teoria da imputação objetiva do resultado, e afirma a teoria da ação como ponto de partida à valoração da permissividade do risco a partir de uma análise teleológica e funcional dos tipos, pois: se os tipos penais proíbem o risco criado por terceiros, e não os do próprio ator lesado, então, não haverá o desvalor objetivo da ação, pela ausência do risco típico, quando o perigo que produz o resultado é da vítima e não do autor.

Palavras-chave: Teoria do delito; comportamento da vítima; conduta típica.

COSTA, Lucas Gabriel Santos. **Typical conduct and victim behavior in Criminal Law**. The intervention of the victim in the dangerous fact. 2019. Thesis - PhD - Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.

ABSTRACT

In tort theory, which is the object of this investigation, the appraisal of the victim's behavior is one of the most controversial themes in the matter of a rational approach of criminal law. Such controversy extends to the arguments presented to justify the decline of criminal prohibition stemming from the appraisal of the victim's behavior that interferes in the dangerous fact. Based on the convergence between the social and the criminal-legal systems, the present research perceives the need of a criminal-legal approach that presents arguments which are criminally and politically suitable, as well as dogmatically aligned, to the complexity present in understanding the exposure of the victim in the dangerous fact as an element that might influence the characterization of the punishable fact. In its development, this thesis critically analyses the benefits and obstacles of constructions about modern tort theory. It establishes the suitability between the dogmatic structure and the proposal of incorporating a normative perspective of the meaning achieved by an objective appraisal of the victim's behavior during the situation of danger as a criterion that reaches the objective wrongdoing of actors who cooperate to the exposure of the victim to danger. This research seeks to understand the necessity of typical conduct in situations in which the victim is hurt as an outcome of his or her own voluntary exposure to a dangerous situation. By way of a deductive logical approach, the present study shows the insufficiency of the solutions proposed by the extension of the concept of consent of the offended party, as well as of the strict liability theory. This work defends the theory of action as a starting point for appraising the permissiveness of the risk by carrying out a functional and teleological analysis of the typologies of crime. If the typologies of crime forbid the risks engendered by third parties, and not those of the wronged party, then there will be no objective wrongdoing, due to the absence of typical risk, when the danger that produces the result is that of the victim and not of the offender.

Keywords: Criminal Theory; victim behavior; Action Theory.

COSTA, Lucas Gabriel Santos. **Das typische Verhalten und das Benehmen des Opfers im Strafrecht.** Die Intervention des Opfers in der gefährlichen Tat. 2019. Doktorarbeit - Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Forschungsgegenstand ist einer der umstrittensten Themenkomplexe im Strafrecht, die sogenannte Aufwertung des Opferverhaltens in der Strafrechtstheorie. Diese Streitigkeit erreicht die dargelegten Begründungen, um den Rückgang des gerichtlichen Verbotes aus der Aufwertung des Verhaltens des Opfers, welches in der gefährlichen Tat interveniert, zu rechtfertigen. Durch die Annäherung zwischen dem Gesellschafts- und dem Strafrechtssystem umfasst diese Forschung die Notwendigkeit eines strafrechtlichen Vorschlages, der eine geeignete, politische, strafrechtliche und dogmatische Begründung hierfür liefern soll. Konkret geht es dabei um, Auswirkungen auf die Strafzumessung, wenn sich das Opfer mutwillige Gefahrensituation einer aussetzt. Die vorliegende Doktorarbeit befasst sich mit dem Für und Wider das bei der Aufstellung einer modernen Straftheorie, bei der man die Eignung zwischen der dogmatischen Struktur und dem Vorschlag von der Eingliederung einer normativen Perspektive durch eine objektive Aufwertung des Opferverhaltens im Laufe der Gefahrensituation, erhaltenden Bedeutung und Kriterien, die objektive Abwertung des Verhaltens, das mit der Gefahrenexposition des Opfers kooperierende Akteure erreichen, herstellt. Die Frage, mit der sich die Forschung beschäftigt, ist ob man typisches Verhalten annimmt, in Situationen, in der sich das Opfer unverschuldet oder mutwillig einer Gefährdungssituation aussetzt. Aus dieser Fragestellung, wird mit Hilfe eines deduktiv-logischen Ansatzes, sowohl die Insuffizienz durch die Erweiterung des Instituts der Einwilligung des Beleidigers vorgeschlagene Lösungen als auch die Theorie der Objektive Bedingung der Strafbarkeit dargestellt. Als Ausgangspunkt gilt nach der Handlungstheorie eine Aufwertung der Permissivität des Risikos aus einer teleologischen und funktionellen Analyse, also: Wenn die Straftatbestände das von dem Dritten verursachte Risiko übersteigen und nicht dasjenige von dem selbst geschädigtem Akteur. Daraus folgt also keine objektive Abwertung der Tat durch die Abwesenheit des typischen Risikos, denn die gegenwärtige Gefahr ist von dem Opfer selbst provoziert worden und nicht vom Täter.

Schlüsselwörter: Strafrecht; Opferverhalten; typisches Verhalten.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

BGH - Bundesgerichtshof (Tribunal Federal de Justiça da Alemanha)

BGHSt – Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Decisões do Tribunal Superior Federal em matéria penal – periódico)

CF – Constituição Federal

CONAD – Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas

CP – Código Penal

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada

OLGKöln – Oberlandesgericht Köln (Superior Tribunal Regional de Colónia)

PRF – Polícia Rodoviária Federal

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TDAH – Transtorno de déficit de atenção/hiperatividade

TJ – Tribunal de Justiça

TS – Tribunal Supremo da Espanha

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	18
1 Aproximação crítica ao objeto: a colocação dogmática do comportamento da vítima na teoria do delito	19
2 Justificativa: a importância da compreensão do comportamento da vítima na teoria do delito	21
3 Hipótese: maior rendimento dogmático na valoração do comportamento da vítima na teoria do delito a partir da delimitação da ação	24
4 O marco (referencial) teórico	26
5 A referência metodológica e o desenvolvimento da tese	28

PARTE I

A APROXIMAÇÃO ENTRE O DIREITO PENAL E O SISTEMA SOCIAL

CAPÍTULO 1

O DIREITO PENAL, O SISTEMA SOCIAL E O COMPORTAMENTO DA VÍTIMA ..	32
1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	32
1.2 A APROXIMAÇÃO ENTRE A SOCIEDADE E O DIREITO PENAL COMO PRESSUPOSTO À VALORAÇÃO DO COMPORTAMENTO DA VÍTIMA NO FATO PERIGOSO	33
1.3 OS <i>EDIFÍCIOS TEÓRICOS</i> E A <i>POSSESSÃO PELAS IDEIAS</i> NA DOGMÁTICA PENAL	36
1.4 SOCIEDADE, DIREITO PENAL E O COMPORTAMENTO DO PORTADOR DO BEM: A DOGMÁTICA DO <i>DIALELO</i> E A COMPREENSÃO DA <i>MATRIOSKA</i>	45
1.5 O PARADOXO DOGMÁTICO DA <i>MATRIX</i>	50
1.6 O FUNDAMENTO MATERIAL DA PROIBIÇÃO: O <i>TOTEM</i>	54
1.7 CONCLUSÕES PRELIMINARES	58

CAPÍTULO 02

A COMPREENSÃO NORMATIVA DO MÉTODO DOGMÁTICO E O COMPORTAMENTO DA VÍTIMA	58
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	58

2.2 O MÉTODO DOGMÁTICO E O <i>SEGREDO DO FERRO</i>	59
2.3 O SISTEMA TELEOLÓGICO RACIONAL: <i>UM CAVALO DE TRÓIA?</i>	68
2.4 O SISTEMA PENAL AUTORREFERENTE E A <i>MATRIX</i>	78
2.5 O SISTEMA E A DOGMÁTICA PENAL	85
2.6 CONCLUSÕES PRELIMINARES	91

CAPÍTULO 03

A VALORAÇÃO DO COMPORTAMENTO DA VÍTIMA NO FATO PERIGOSO	92
3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	92
3.2 O DIREITO PENAL NA COMPLEXIDADE ENTRE O RISCO E O PERIGO	93
3.3 A FENOMENOLOGIA ESPECÍFICA DA INTERVENÇÃO DA VÍTIMA NO PERIGO.....	99
3.4 O COMPORTAMENTO DA VÍTIMA E OS NÍVEIS DE ATRIBUIÇÃO DE SENTIDO.....	105
3.4.1 O sistema penal como filtro-limite à atribuição de sentido ao fato jurídico-penalmente relevante	106
3.4.2 A valoração objetiva do comportamento dos atores no fato perigoso ..	108
3.5 A CONTINGÊNCIA DO RISCO NO FATO PERIGOSO	110
3.5.1 Fundamentos da permissividade do risco	110
3.5.2 A concreção do perigo proibido	112
3.6 A DOGMÁTICA PENAL E A <i>TAPEÇARIA</i> : A NATUREZA PÚBLICA DO CONFLITO E O RESPEITO À DIGNIDADE HUMANA	115
3.8 CONCLUSÕES PRELIMINARES	121

PARTE II

A INTERVENÇÃO DA VÍTIMA AO FATO PERIGOSO E O SISTEMA PENAL

CAPÍTULO 04

O AJUSTE DO PROCEDIMENTO DOGMÁTICO AO COMPORTAMENTO DA VÍTIMA COMO OBJETO DE VALORAÇÃO	122
4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	122
4.2 AS CONSTRUÇÕES DOGMÁTICAS E O COMPORTAMENTO DA VÍTIMA: <i>DA IRRACIONALIDADE À IMPROVISAÇÃO</i>	124

4.2.1 A irracionalidade do procedimento formal-positivista	124
4.2.2 A arbitrariedade do procedimento axiológico-neoclássico	128
4.2.3 O procedimento lógico-real e a <i>improvisação</i>	129
4.3 O MÉTODO FUNCIONAL E ABERTURA DA DOGMÁTICA PENAL	134
4.3.1 A construção funcional do fato punível a partir da necessidade de proteção de bens jurídicos	135
4.3.2 A construção do fato punível a partir da manutenção de expectativas normativas	137
4.4 UM MÉTODO RACIONAL COMO PRESSUPOSTO À COMPREENSÃO DO COMPORTAMENTO DA VÍTIMA NO FATO PERIGOSO	139
4.4.1 A racionalidade a partir da limitação material dos espaços de proibição	142
4.4.2 A necessidade de limitação do espaço objetivo de proibição a partir do comportamento da vítima.....	146
4.4.3 A insuficiência da causalidade como instrumento de limitação do espaço de proibição	148
4.5 A TEORIA DA IMPUTAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE LIMITAÇÃO AOS ESPAÇOS DE PROIBIÇÃO.....	151
4.5.1 Aproximação à valoração do comportamento da vítima na teoria da imputação no funcionalismo teleológico	154
4.5.2 Aproximação à valoração do comportamento da vítima na teoria da imputação no funcionalismo sistêmico	155
4.6 CONCLUSÕES PRELIMINARES	156

CAPÍTULO 05

A DESCRIÇÃO ONTOLÓGICO-NORMATIVA DA VONTADE COMO FUNDAMENTO AOS CASOS DE INTERVENÇÃO DA VÍTIMA NO RISCO.....	158
5.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	158
5.2 AUTONOMIA E A AUTORRESPONSABILIDADE DA VÍTIMA COMO FUNDAMENTO À PERMISSIVIDADE DO COMPORTAMENTO ARRISCADO	158
5.2.1 Eu sou o guardião de meu irmão?	158
5.2.2 A <i>autorresponsabilidade</i> como capacidade sistêmico-penal de autodeterminação pessoal	161

5.2.3 A responsabilidade moral como pressuposto à <i>autorresponsabilidade</i> ..	166
5.3 A INSUFICIÊNCIA DO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO NOS CASOS DE INTERVENÇÃO DA VÍTIMA NO PERIGO	169
5.3.1 Consentimento e a natureza pública da tutela penal	173
5.3.2 O consentimento como causa que desagrava o <i>desvalor</i> da ação	176
5.3.3 Pensar a complexidade ou dominar a complexidade	179
5.4 A APROXIMAÇÃO DA VÍTIMA AOS ESTUDO DAS CIÊNCIAS PENAIS.....	180
5.5 CONCLUSÕES PRELIMINARES	183

CAPÍTULO 06

A VALORAÇÃO OBJETIVA DO COMPORTAMENTO VÍTIMA NA AUTOEXPOSIÇÃO AO FATO PERIGOSO	184
6.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	184
6.2 O <i>ALCANCE DO TIPO</i> COMO CRITÉRIO NORMATIVO DE RESTRIÇÃO DA PROIBIÇÃO EM FACE DA <i>AUTORRESPONSABILIDADE</i> DA VÍTIMA	184
6.3 A PARTICIPAÇÃO IMPUNÍVEL EM <i>AUTOEXPOSIÇÃO AO PERIGO</i>	189
6.3.1 A incompreensão do comportamento da vítima como elemento que influi na tipicidade penal.....	192
6.3.2 Solução de impunidade nos casos de <i>participação em autocolocação em perigo</i>.....	195
6.4 ARGUMENTO DA PARTICIPAÇÃO: A ATIPICIDADE DO SUICÍDIO E O <i>PRINCÍPIO DA ACESSORIEDADE</i>	197
6.5 LIMITES AO <i>ARGUMENTO FORMAL</i> DE IMPUNIDADE NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO	200
6.6 FUNDAMENTO MATERIAL: LIMITES À CONCREÇÃO DO <i>PRINCÍPIO DA AUTORRESPONSABILIDADE</i>	204
6.7 CONCLUSÕES PRELIMINARES	212

CAPÍTULO 07

A VALORAÇÃO OBJETIVA DO COMPORTAMENTO VÍTIMA NA EXPOSIÇÃO ASSENTIDA A PERIGO DE OUTREM	213
7.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	213
7.2A <i>EXPOSIÇÃO ASSENTIDA A PERIGO DE OUTREM</i>	213

7.3 DIFERENCIAÇÃO ENTRE A <i>PARTICIPAÇÃO EM AUTOCOLOCAÇÃO EM PERIGO</i> E <i>HETEROCOLOCAÇÃO EM PERIGO CONSENTIDA</i> v.....	218
7.4 A SOLUÇÃO DE IMPUNIDADE PELA <i>VITIMODOGMÁTICA</i>	225
7.5 A SOLUÇÃO PELA VIA DA PERCEPÇÃO SISTÊMICO-NORMATIVA DO COMPORTAMENTO DA VÍTIMA.....	230
7.5.1 Ação a próprio risco	230
7.5.2 A imputação ao âmbito de responsabilidade da vítima.....	235
7.6 A SOLUÇÃO PELA VIA DA PERCEPÇÃO ONTOLÓGICO-NORMATIVA DO COMPORTAMENTO DA VÍTIMA	237
7.7 CONCLUSÕES PRELIMINARES	244

PARTE III

A EXPOSIÇÃO DA VÍTIMA NO FATO PERIGOSO COMO ELEMENTO DA CONDOTA TÍPICA

CAPÍTULO 08

O ALCANCE DA TEORIA DA AÇÃO NA VALORAÇÃO DO COMPORTAMENTO DA VÍTIMA NO FATO PERIGOSO	246
8.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	246
8.2 A TEORIA DA AÇÃO COMO ELEMENTO DE LIMITAÇÃO DO ALCANCE DA PROIBIÇÃO PENAL	248
8.2.1 Perspectiva racional da ação a partir da função de delimitação.....	253
8.2.2 O <i>desvalor da ação</i> como propriedade que informa o espaço de proibição penal.....	256
8.3 A LIMITAÇÃO DA AMPLITUDE DA PROIBIÇÃO NOS CASOS DE EXPOSIÇÃO DA VÍTIMA AO PERIGO ATRAVÉS DA TEORIA DA AÇÃO.....	261
8.3.1 Limites à proibição penal a partir da voluntariedade da ação.....	262
8.3.2 Limites à proibição penal a partir da finalidade da ação.....	267
8.3.3 Limites à proibição penal a partir da relevância social da ação.....	272
8.4 A SUBVALORAÇÃO DA AÇÃO NA LIMITAÇÃO DA AMPLITUDE DESBORDANTE DA PROIBIÇÃO PENAL	274
8.5 ACOMPREENSÃO DA CONDOTA A PARTIR DA TIPICIDADE.....	275
8.6 CONCLUSÕES PRELIMINARES.....	279

CAPÍTULO 09

O RISCO PROIBIDO COMO DESVALOR OBJETIVO DA CONDUTA TÍPICA....	281
9.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	281
9.2 A DELIMITAÇÃO DO ESPAÇO DE PROIBIÇÃO A PARTIR DA AÇÃO	282
9.2.1 A junção da complexidade dos níveis de desvalor da ação	282
9.2.2 A proibição dos tipos como referência à delimitação da ação	287
9.3 O DESVALOR OBJETIVO DA CONDUTA.....	288
9.3.1 Limites do comportamento permitido a partir do desvalor da ação	292
9.3.2 O alcance do tipo e a referência ao risco proibido	295
9.4 A PERMISSIVIDADE DO RISCO A PARTIR DA CONDUTA DA VÍTIMA	297
9.4.1 Aspecto objetivo da ação da vítima (<i>exposição ao perigo como condição à lesão</i>)	299
9.4.2 Aspecto subjetivo da ação (<i>domínio da decisão por enfrentar o perigo</i>).....	301
9.5 CONCLUSÕES PRELIMINARES	305
CONCLUSÕES	308
REFERÊNCIAS	319

INTRODUÇÃO

A introdução, como requisito de uma tese, pode ser pensada como a parte inicial de um todo que compreende o conteúdo da pesquisa e, como tal, um requisito formal de apresentação que descreve um trabalho acadêmico; ou, materialmente, como o todo de uma abordagem científica que se expressa em uma parte, um elemento que representa em seu conteúdo a essência da pesquisa, dos métodos de análise e dos resultados do processo de desenvolvimento e crítica sobre determinado objeto. Essa perspectiva dualista, que coloca em polos opostos o formal e o material, não esgota as possibilidades de representação de uma introdução de uma pesquisa acadêmica, pois a relação entre o todo e as partes, entre a unidade e o sistema de referência, comporta diversos significados que decorrem das múltiplas formas de observação.

Uma pesquisa sobre o direito penal enfrenta essa realidade. Como um instrumento de controle social, o direito penal foi historicamente desenvolvido a partir da tradição de sua gradativa segmentação: separação entre o sistema social e o sistema penal; separação entre a criminologia, a política criminal e a dogmática penal. Separação, na dogmática penal, dos elementos que compõem o fato punível. Uma tradição que contribuiu para o desenvolvimento do direito penal, no entanto, agora, agrava a manutenção do sistema penal como instrumento legítimo de controle e proteção.

Por isso, no estado atual de desenvolvimento da teoria do delito, a análise crítica dos fundamentos que justificam e orientam a construção das estruturas da dogmática penal é essencial para manutenção da proteção à humanidade como ponto reitor da aproximação entre o sistema social e o sistema jurídico penal. Considerar o comportamento da vítima como elemento ativo na construção do fato punível aproxima o sentido do acontecimento social e o significado normativo da comunicação sistêmica obtida da valoração de um fato perigoso composto pela ação de múltiplos atores, sendo capaz de reduzir a névoa que acoberta o método do direito penal, evidenciando carências na fundamentação jurídica sobre a formação do fato criminoso.

Construir um sistema normativo que produza significados próximos ao sentido social dos acontecimentos é um desafio ao direito penal contemporâneo. O desenvolvimento das relações sociais, apoiadas em um viés ideológico constitutivo de uma realidade social globalizada e multicultural, impõe aos sistemas de controle social, como o direito penal, a necessidade de alcançar e compreender a pessoa, a sociedade e o sistema jurídico como fontes que compõem a complexidade da proibição penal.

A compreensão que se pede ao sistema penal, que tem no fato punível a reconstrução normativa do fato socialmente insuportável e formalmente proibido, é que a materialização da proibição produza uma aproximação com a realidade social, considerando que os acontecimentos derivam da comunhão de múltiplos fatores e atores, dentre eles o comportamento do próprio ator lesado.

1 Aproximação crítica ao objeto: a colocação dogmática do comportamento da vítima na teoria do delito

A valoração do comportamento da vítima no fato punível é o *objeto desta pesquisa*. Um objeto que se materializa na compreensão jurídico-penal da *autoexposição da vítima ao fato perigoso* como elemento que influi na ampliação dos espaços de liberdade social de ação, pois, a partir de uma interpretação teleológica e restritiva dos tipos penais, o objeto é formado pela relação entre a necessidade e os limites da proibição penal (cuja finalidade é evitar lesões a bens) frente a um fato lesivo que tem como condição um comportamento do ator lesado em sua constituição.

A valoração do comportamento da vítima na teoria do delito é um dos temas mais controvertidos no espaço proposto por uma abordagem racional do direito penal contemporâneo. O direito penal possui natureza eminentemente pública e, por isso, considerar o comportamento da vítima como objeto de valoração que influi no fato punível, especialmente na capacidade de orientar a proibição penal, é reconhecer a prevalência da responsabilidade individual, que decorre do âmbito pessoal de autoproteção, em face à necessidade da tutela e da proteção penal a bens.

Nesse caso, *a pergunta que direciona a pesquisa* é se deve existir conduta típica nas situações em que a vítima é lesionada em decorrência de uma exposição própria,

voluntaria, em uma situação de perigo. Um questionamento que alcança tantos os casos de cooperação de terceiro em uma *autoexposição* em perigo da vítima, quanto aqueles em que a vítima assente na *exposição ao perigo de outrem*.

A resposta do direito penal sobre a inserção do comportamento da vítima na teoria do delito segue, tradicionalmente, a possibilidade de recuo da tutela penal de bens a partir do consentimento do ofendido, instituto que obtém na autonomia do titular do bem ofendido o fundamento material para justificar a ausência de proibição ou a licitude do fato lesivo.

O *objeto* da pesquisa compreende uma área limítrofe à adequação dogmática do instituto do consentimento, ou seja, um espaço formado por fatos perigosos, construídos com a intervenção de vários atores, em que não há possibilidade de descrever subjetivamente o direcionamento dos acontecimentos conforme o desejo da vítima exposta ao perigo. Não se pretende abordar todos os fenômenos perigosos ou lesivos em que o comportamento da vítima sob uma perspectiva causal é posto como uma condição, mas aqueles em que a formação do perigo decorre de uma cooperação voluntária entre o autor e a vítima, exceto as situações de salvamento.

O comportamento da vítima pode se vincular diretamente à lesão, como nos casos de *autolesão* e *heterolesão consentida*. Considerando a perspectiva objetiva da ação, ou seja, o seu aspecto aferível no mundo exterior, a *autolesão* e a *heterolesão consentida* representam dois extremos, pois a expressão do resultado lesivo demonstra a execução como uma manifestação social ou intersubjetivamente compartilhada da ação pelo próprio ator lesado (*autolesão*), ou de um ator sobre o objeto alheio (*heterolesão*). Nos dois acontecimentos, não obstante, a vontade da vítima se vincula ao resultado lesivo: são casos em que o ator lesado quer e deseja o resultado, ainda que não possua o domínio naturalístico da execução da ação, como nos casos de *heterolesão consentida*.

O *objeto* do presente estudo compreende áreas limítrofes entre a *autolesão* e a *heterolesão consentida*, em que não é possível determinar a ação da vítima como *volitivamente* direcionada à realização da lesão, o que se tem é a produção de um fato

perigoso a partir da exposição ao risco. São situações que não apresentam o desejo da causação do resultado lesivo como descrição subjetiva da vontade da vítima, mas, sim, uma decisão sobre a exposição a um fenômeno arriscado, a partir de uma situação de perigo próprio (*autoexposição ao perigo*) ou de terceiro (*exposição assentida a perigo de outrem*).

A vítima, no âmbito dos crimes de homicídio e lesão, *objeto* do estudo, é a pessoa que arca com o ônus da conduta criminosa. De modo técnico, seria equivocado falar em portador do bem ofendido como sinônimo de vítima, uma vez que a vítima na dogmática penal pressupõe a existência do crime e, nem toda ofensa ao portador do bem será considerado um fato punível.

Não se deve desconsiderar as diferenças entre os conceitos de vítima e de portador do bem ofendido. No entanto, no desenvolvimento do texto, o conceito de vítima será utilizado de modo impróprio. Vítima, no texto da tese, é a expressão de sentido atribuída ao ator lesado, assim como à pessoa que porta o bem jurídico penalmente protegido alcançado pelo fato perigoso.

2 Justificativa: a importância da compreensão do comportamento da vítima na teoria do delito

A *pesquisa se justifica* pela necessidade de construção de uma proposta que apresente fundamentos político-criminalmente adequados e dogmaticamente ajustados à complexidade presente na compreensão da exposição da vítima no fato perigoso como elemento capaz de influir na descaracterização do fato punível.

O consentimento é o instituto dogmático utilizado para relativizar a necessidade de proteção penal em atenção à autonomia. A autonomia dá conteúdo à vontade, sendo que essa vontade expressa socialmente o sentido de um comportamento *autorresponsável*. O consentimento, então, busca na expressão da vontade (desejo e querer) das pessoas, o conteúdo que demonstra a conflitualidade entre a autonomia individual e a necessidade de proteção penal, e que justifica o recuo da tutela penal.

Nos casos de exposição ao risco, não há como determinar o sentido da vontade das pessoas que cooperam ou aderem à situação de perigo e, conseqüentemente, o consentimento perde o rendimento, pois não há como determinar descritivamente a vontade do portador do bem: dizer o que a vítima desejava ou não quando se expôs ao risco.

A valoração penal da intervenção da vítima no fato perigoso, nesse sentido, serve de referência ao desenvolvimento de novos institutos que tendem utilizar o discurso da autonomia, a partir do princípio da *autorresponsabilidade*, como conteúdo que decorre de uma análise objetiva sobre o comportamento da vítima, para extrair um significado normativo capaz de orientar ou não o recuo da tutela penal. Uma melhor clarificação do problema é possível a partir de um caso analisado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

O réu foi denunciado por homicídio culposo, pois teria entregue a direção de veículo automotor à vítima, ciente de que ela, pelo seu estado de embriaguez, pelo uso de drogas e pela ausência de habilitação, não tinha condições seguras de conduzi-lo. Na direção do veículo, a vítima perdeu o controle e saiu da pista, vindo a falecer ao capotar e colidir. A conduta descrita na exordial, de que réu e vítima ingeriram bebida alcoólica e consensuaram a direção pela vítima, não permite a imputação, ao apelado, do crime previsto no artigo 121, § 3º, do Código Penal. Trata-se, no contexto dos autos, de resultado fora do âmbito de proteção da norma, que não abrange a autocolocação em risco e tampouco a cooperação nessa autocolocação dolosa em perigo¹.

O caso em evidência exemplifica uma área problemática da teoria do delito, que se amplia na pauta de discussão doutrinária e da prática dos tribunais, especialmente após o desenvolvimento do pensamento funcionalista no direito penal. As figuras da participação em *autocolocação em perigo* e a *heterocolocação em perigo consentida*, desenvolvidas por Claus Roxin, expressam o maior desenvolvimento obtido pela dogmática penal como solução ao problema, mas encontra dificuldades para se adequar ao sistema penal nacional.

A *participação em autocolocação em perigo* e a *heterocolocação em perigo consentida* são institutos dogmáticos que valoram o comportamento da vítima como

¹ BRASIL. Tribunal de Justiça. (TJ-RS - ACR: 70073316788 RS). *Jurisprudência*. Relator: Jayme Weingartner Neto.

elemento normativo para orientar a imputação objetiva do resultado penalmente típico. São teorias que, partindo da crítica ao esgotamento do juízo de imputação do tipo objetivo ao nexó de causalidade físico, propõem a construção de um nexó normativo de imputação a partir do risco inerente ao comportamento dos atores envolvidos no fato perigoso para limitar o alcance do tipo penal.

Esse pensamento, no entanto, pode levar à expansão da teoria da imputação objetiva a um patamar inadequado à proposta de um direito penal funcional materialmente direcionado pelo ideal de um Estado social e democrático de direito, no qual a proibição penal (restrição dos espaços sociais de ação) só se justifica pela necessidade de proteção de bens: as ações arriscadas e proibidas devem ser típicas.

Nos crimes materiais, que formam o *objeto* desse estudo, o injusto tem fundamento no *desvalor da ação* e do *resultado* e, nesse sentido, para além da teoria da imputação, a teoria da ação cumpre uma função de limitação dos espaços de proibição. Ao ter a não imputação do resultado como proposta de solução, permanecendo o *desvalor da ação*, a teoria da imputação não exclui a possibilidade de adequação típica do comportamento arriscado ao âmbito da proibição penal da exposição à vida ou à saúde de outrem a perigo.

O sistema penal brasileiro pune a instigação, o induzimento e o auxílio doloso ao suicídio, bem como a exposição dolosa à vida ou à saúde de outrem a perigo. Nesses casos, ainda que o comportamento do terceiro interveniente no comportamento arriscado não satisfaça o alcance do tipo de homicídio ou de lesões corporais, como deseja Roxin, negando a imputação do resultado, o comportamento restaria proibido em face do crime de perigo.

3 Hipótese: maior rendimento dogmático na valoração do comportamento da vítima na teoria do delito a partir da delimitação da ação

O fato punível se materializa como injusto a partir do *desvalor da ação* e do *resultado*. A imputação objetiva do resultado pressupõe a existência de uma ação típica, sendo que essa ação carrega o *desvalor* objetivo que decorre da realização de um risco não

permitido, em que a permissividade é alcançada a partir da referência ao risco típico, ou seja, o risco que o tipo penal pretende proibir. Considerando que os tipos penais de homicídio e lesão corporal possuem a finalidade de proibir o perigo de outrem e não do próprio ator lesado, a lesão que decorre de um comportamento perigoso *autorresponsável da vítima* não produz o risco típico, desonerando a liberdade de ação de terceiros intervenientes no perigo.

A *hipótese da pesquisa* é: se os tipos penais proíbem o risco criado por terceiros, e não os do próprio ator lesado, então, não haverá o *desvalor objetivo da ação*, pela ausência do risco típico, quando o perigo que produz o resultado é da vítima e não do autor.

A valoração da ação precede a verificação da existência de um resultado penalmente típico. A ação, nesse contexto, não se demonstra como um *supraconceito* capaz de esgotar todas as manifestações do fato punível, mas como elemento que cumpre uma função típica de delimitação, excluindo do âmbito da tipicidade o comportamento que não possui o desvalor normativo suficiente a ensejar a proibição penal.

O *desvalor da ação*, nesse contexto, não se exaure na descrição do significado ontológico apreendido da vontade das pessoas, ou que a *má-vontade* do agente, como queria o finalismo ortodoxo, sustentado por Kaufmann, por exemplo, seja o suficiente para atribuição da responsabilidade penal. Para um juízo de maior completude, o que se deve tomar em consideração nesses casos é o *desvalor objetivo da ação* obtido a partir de um juízo, também objetivo, sobre o risco do comportamento do agente.

O risco como critério de orientação da proibição penal no âmbito do tipo penal assume um duplo viés. Opera no âmbito da ação, cumprindo a função de determinação do *desvalor objetivo da ação*, aferido a partir de uma *prognose póstuma objetiva* em uma perspectiva *ex ante*, e no *desvalor do resultado*, por uma perspectiva *ex post* na observação de se a lesão produzida decorre do perigo proibido do comportamento do agente.

Nesse contexto, a valoração do comportamento da vítima na teoria do delito passa por um filtro importante a partir da teoria da ação. A valoração do risco como elemento normativo da conduta necessita de um plano reitor de referência que será obtido no âmbito do tipo penal, sendo que a *autorresponsabilidade* é um limite à compreensão do risco permitido e do perigo proibido nos casos que representam o *objeto* dessa pesquisa.

Essa compreensão é capaz de ajustar a solução material proposta por Roxin ao sistema penal brasileiro, no entanto, tornam-se dispensáveis as figuras da *participação em autocolocação em perigo* e da *heterocolocação em perigo consentida* como institutos dogmáticos que pretendem negar a imputação pelo alcance do tipo. O que não retira a importância da proposta de Roxin, pois: i a denominação serve de referência prática ao grupo de casos que se diferencia fenomenologicamente daqueles que tradicionalmente são resolvidos a partir do instituto do consentimento; ii o fundamento material da proposta de Roxin serve como referência inicial à orientação da permissividade do risco criado pelo autor interveniente no perigo.

O ajuste da *autorresponsabilidade* como fundamento reitor, igualmente, não conduz a um elemento dogmático autônomo no âmbito da conduta, mas como critério de interpretação dos elementos que constituem a *conduta típica*. Nesse sentido, compreendendo a divergência dogmática, especialmente no desenvolvimento teórico que se expressa nas construções modernas, a pretensão é apontar no sentido de construção de uma solução que parte da complexidade, enquanto junção e não separação, do pensamento dogmático.

O pensar dogmático-penal, em face à complexidade apresentada pela contemporaneidade não se satisfaz pela lógica da divisão entre construções *ontológico-descritivas* e *axiológico-valorativas* do delito, mas deve se produzir por pensamentos que representem o equilíbrio dos elementos dogmáticos, especialmente no que diz respeito ao tipo penal que representa também a matéria de proibição, e por uma justa e adequada aplicação no caso concreto, em que a abstração de um instituto normativo não deve superar a realidade social de nossa comunidade.

4 O marco (referencial) teórico

O *marco teórico* define o ponto de partida para fundamentação da pesquisa. O ponto de partida dessa tese é formado: i pela crítica sobre a aproximação entre o sistema penal e a realidade social; ii pelas propostas de valoração dogmática do comportamento da vítima no direito penal; iii pelos estudos desenvolvidos sobre o funcionalismo penal e a teoria da imputação objetiva; iv pela dogmática da teoria da ação e sua relação com a teoria da imputação. Não se trata, então, de um trabalho de filosofia, mas as questões filosóficas precisam ser afloradas para darem o contexto ao que se discute, que é a valoração do comportamento da vítima na dogmática jurídico-penal.

São diversas as questões transversais apontadas no desenvolvimento da tese, pois, em um trabalho que se pretende crítico, o pesquisador não deve se deixar cegar pela certeza de uma verdade abstrata em uma realidade incerta. No entanto, essas questões transversais são apoios para compreensão e crítica do modo em que se estabelece o pensamento dogmático e como esse modo influi em uma solução que busque o ajuste da dogmática sem esquecer a finalidade e a construção social do direito penal.

O trabalho não possui uma perspectiva histórico-descritiva, mas a crítica sobre a dogmática penal se inicia a partir do distanciamento entre o sistema social e o sistema do direito penal. Um distanciamento que decorre de uma proposta de cientificidade do direito penal apoiado em ideais de determinação e certeza do século XIX. Um distanciamento que amplia os espaços de desencontro entre o significado penal e o sentido social do fato lesivo.

O problema é que, em uma sociedade complexa, compartimentada, por necessidade de compreensão, em diversos *mundos*, a dogmática penal passa a ser uma *hiperdogmática*, como denuncia Kai Ambos, e aqui eu complemento: logo teremos mais institutos dogmáticos que tipos penais, muitos sem qualquer justificativa ou referência com a realidade social.

Complexidade é o termo utilizado para referir o que não é alcançável cognitivamente, de difícil compreensão, mas ela pode significar a necessidade de união. Em uma sociedade que apresenta fenômenos complexos, como no caso, por exemplo, do objeto do presente trabalho, ou seja, naqueles em que a vítima se expõe voluntariamente ao perigo, um pensamento que privilegie a liberdade, ampliando a função dogmática como limite à expressão punitiva, deve pensar esse problema.

A resolução dessa questão compreende o reconhecimento da importância do pensamento *causal-naturalista* como organizador de uma moderna compreensão analítica do crime, que oferece um método à análise do fato punível; do pensamento *neoclássico* com a proposta de normatização dos elementos do tipo para obtenção do seu conteúdo a partir de um juízo de valoração referível à cultura; do pensamento *finalista* quanto ao injusto pessoal, direcionando a culpa e o dolo, que eram espécies de culpabilidade psicológica, à ação; e do *funcionalismo* que, por um viés teleológico-racional, proporciona a abertura cognitiva do pensamento dogmático à valorações político-criminais e, por uma proposta sistêmica, maximiza o pensamento lógico e a perspectiva de unidade entre as estruturas que compõem o sistema penal.

É possível pensar nesse contexto, como pede Manuel da Costa Andrade, em uma proposta *doutrinariamente consistente e político-criminalmente ajustada* de solução para o Brasil. A permissividade do risco é um elemento de valoração que orienta o significado dos elementos que compõem o tipo, doloso ou culposo, determinando o *desvalor* objetivo do comportamento do interveniente no perigo.

A proposta que insere a conduta da vítima como elemento capaz de determinar a permissividade do risco (que se vincula ao comportamento de outras pessoas envolvidas na situação de perigo) amplia a liberdade social porque não se faz necessária a proibição naquele âmbito específico. Isso ocorre porque não é mais preciso, no plano do valor, a proteção da vítima que colaborou para o resultado.

Para essa construção, a pesquisa considera as críticas à extensão do instituto do consentimento do ofendido na compreensão das formas de observação da intervenção da vítima na concepção do fato punível.

Da mesma forma, os estudos sobre o funcionalismo penal e a teoria da imputação objetiva formam um dos pilares do presente estudo. O estudo, especialmente, compreende a proposta funcional desenvolvida com a crítica sobre a relação entre a política criminal, o sistema social e o sistema jurídico penal, em que são introduzidas no âmbito do tipo penal os institutos normativos como, por exemplo, a *participação em autocolocação em perigo*, a *heterocolocação em perigo consentida* e a *ação a próprio risco* como figuras autônomas do consentimento.

A análise da relação entre o comportamento típico e a teoria da imputação objetiva forma o terceiro pilar da tese. A teoria da ação e da imputação são desenvolvidas como institutos que buscam orientar o espaço necessário e adequado à proibição constante nos tipos. O estudo tem na teoria da ação um primeiro limite à restrição dos espaços de proibição penal nos casos de intervenção da vítima no fato perigoso.

5 A referência metodológica e o desenvolvimento da tese

Um *método científico* não é capaz de explicar tudo o que vivemos em sociedade. Isso é inalcançável. A perfeição está menos na busca pelo esgotamento do objeto do que na consciência sobre os limites da condição humana. As construções dogmáticas, independentemente da corrente adotada, da causal naturalista até a funcionalista, serão sempre fotografias de uma realidade, que não alcançam a totalidade dos fenômenos vividos em sociedade.

É que o jogo discursivo da teoria do delito tem demonstrado um desafio de peças de um quebra-cabeça em que a moldura, a forma, pode estar previamente estabelecida. Trocamos os rótulos, as unidades, os lugares, mas as decisões seguem, em regra, um mesmo referencial social, político, simbólico, que pode ser estabelecido em um estágio prévio à teoria do delito. Em verdade, muitos julgados se orientam por dimensões ideológicas que instituem padrões comportamentais e funções dos aparelhos institucionais direcionados por uma finalidade que é dirigida por um conteúdo, mascarado pelo rótulo.

A opção por uma ou outra orientação teórica considera não apenas o aspecto formal da *logicidade* da construção, mas o fundamento delas e o resultado na vida das pessoas. O tema da tese é a teoria do delito: uma crítica à teoria geral do crime. Nesse âmbito, de modo específico, para ressaltar a crítica, toma-se como *objeto* o comportamento da vítima no direito penal.

É importante destacar que o *método* busca a instrumentalização do raciocínio, com a produção de um conhecimento atual, racional e útil. Nesse contexto, a pesquisa procura, para além da organização do pensamento, com nitidez e inteligibilidade, a construção de um conhecimento próximo, voltado à satisfação do problema proposto com foco nas demandas da sociedade brasileira.

Nesse sentido, a *vertente metodológica* que orienta a investigação é a jurídico-dogmática, a partir da consideração do sistema jurídico como subsistema social e da dogmática penal como um subsistema penal. O estudo se desenvolve com a análise crítica dos elementos inerentes ao ordenamento jurídico, especificamente à teoria geral do crime, mas vinculados à percepção da realidade social na qual o objeto se vincula.

O *âmbito de abordagem* dessa tese é o dogmático penal. Nele, a análise crítica recai sobre o comportamento da vítima considerado como elemento que influi na categoria dogmática da ação. Observa, desse modo, a função típica de delimitação da ação em face dos *crimes comissivos materiais*, especialmente a lesão corporal e o homicídio, nos casos de colaboração entre autor e vítima para produção do fato perigoso.

Os casos apresentados no texto têm a finalidade específica de estabelecer, no processo de argumentação, ligações que fundamentam o saber desenvolvido pela tese na *estrutura do real*, ou seja, da realidade social que é objeto de regulação do direito penal.

A tese é desenvolvida em nove capítulos divididos em três partes. A *primeira parte* contém a crítica sobre a aproximação entre os sistemas social e penal, analisando a adequação do método dogmático à realidade social, propondo uma dogmática penal

que se constitua por um método hábil a propiciar condições de aprimoramento dos limites jurídicos à imposição estatal da punição.

A *segunda parte* analisa criticamente o conhecimento já produzido doutrinariamente sobre o comportamento da vítima no direito penal, mas com a consciência da necessária ruptura paradigmática. Compreendendo a doutrina e a jurisprudência sobre o *objeto* como fonte, a construção da pesquisa se dará através da testagem gradativa do conhecimento, por um viés *racional-dedutivo*, que se evidencia por intermédio da crítica em face das objeções e dos ganhos inerentes à valoração dogmática sobre tema. A análise se faz com a exposição lógica e gradual das soluções apresentadas pelos institutos dogmáticos, percebendo os seus ganhos e apresentando as principais objeções.

A *terceira parte* se desenvolve com a análise dogmática da teoria da ação. Nesse contexto, serão apresentadas as perspectivas sobre a ação, evidenciando a sua função de delimitação. O que se critica é o potencial da teoria da ação de caráter para alcançar a valoração do risco contido no comportamento dos atores do fato perigoso.

A construção dogmática sobre o delito é um instrumento importante para manutenção do controle punitivo dentro de limites estabelecidos diante de uma democracia material e, por isso, um pensamento penal mais progressivo, para além de determinação legal, deve ser aprimorado com um gradativo desenvolvimento que poderá propiciar para além de segurança, uma justa adequação social e político-criminal quanto aos resultados obtidos por seus procedimentos.

Se o comportamento não é proibido penalmente, não se trata, então, de uma análise no âmbito da imputação objetiva de resultado, mas da extinção do delito no âmbito da ação. A pretensão da pesquisa, nesse sentido, é contribuir para o desenvolvimento de uma dogmática penal lógica e racional, privilegiando o pensamento sistemático sobre o delito. Para além da análise das propostas que incluem o comportamento da vítima como elemento de valoração do fato punível, o estudo observa a relação dessa inclusão na dogmática da ação: conteúdo que serve como elemento delimitativo inicial da teoria do delito.

PARTE I

A APROXIMAÇÃO ENTRE O DIREITO PENAL E O SISTEMA SOCIAL

CAPÍTULO 1

O DIREITO PENAL, O SISTEMA SOCIAL E O COMPORTAMENTO DA VÍTIMA

1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os casos em que atores contribuem a uma *exposição da vítima ao perigo* são apresentados como problema controvertido no direito penal brasileiro. As objeções que formam as controvérsias se ocupam: i dos institutos científico-dogmáticos sobre a forma de inserção e o efeito do reconhecimento da autonomia do portador do bem penalmente tutelado e do comportamento da vítima, na teoria do delito, na formação do fato punível; ii da carência de critérios político-criminalmente ajustados às soluções que fundamentam as decisões em âmbito jurisprudencial.

A insuficiência doutrinal e jurisprudencial resulta da inadequação da forma por que se estabelece a valoração do comportamento da vítima no direito penal. As propostas de solução, para além do refinamento dogmático, devem alcançar o fundamento político-criminal² e *criminologicamente*³ ajustado ao caso concreto, que só se obtém a partir da compreensão da realidade social em que o direito penal pretende intervir e servir como instrumento de controle e proteção dos espaços destinados à liberdade de ação⁴.

²“Como política, define os fins do Estado diante do problema do crime e formula os meios necessários para realiza-los”. BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo I. Rio de Janeiro, Forense: 1956. P. 123.

³ “Não é crível que se possa compreender o conteúdo da norma sem recorrer à criminologia, ciência que lhe dá o substrato último de conhecimento pré-jurídico.” SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 7ª Edição. Revista, Atualizada e Ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. P. 39.

⁴ A Constituição Federal determina o programa a ser seguido pelo sistema jurídico nacional na formação do conteúdo que orienta as estruturas que designam os espaços de permissividade da ação no sistema social. Nesse sentido, conforme o Artigo 5º, II da Constituição Federal: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” Em: BRASIL. Constituição Federal. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso realizado em 10 de janeiro de 2019.

Nesse sentido, a análise do método dogmático que pretenda responder aos casos de *autoexposição da vítima ao perigo* deve, inicialmente, compreender que as relações entre vítima e autor em sociedade. Por isso, a crítica sobre a *teoria da ação*⁵ ou da *imputação objetiva*⁶ como elementos dogmaticamente ajustados à solução dos casos de *autoexposição da vítima* ao fato perigoso pressupõe a crítica sobre a relação entre o sistema penal e o viés ideológico que sustenta o sistema social.

O primeiro capítulo tem, assim, a finalidade de expor e criticar a aproximação entre o direito penal e o sistema social como uma relação que orienta a valoração jurídica que recairá sobre os comportamentos dos atores que no âmbito social cooperam para produção do perigo.

1.2 A APROXIMAÇÃO ENTRE A SOCIEDADE E O DIREITO PENAL COMO PRESSUPOSTO À VALORAÇÃO DO COMPORTAMENTO DA VÍTIMA NO FATO PERIGOSO

O direito penal cumpre a função de controle social⁷ institucionalizado, cuja finalidade é garantir o livre desenvolvimento humano em sociedade a partir da evitação de lesão a bens⁸. O desafio é manter uma base social segura capaz de proteger as diversas formas de expressão da personalidade que se realizam no meio social, pois, o ser humano tem na ação o resultado da expressão da vontade e na responsabilidade às consequências de sua liberdade, que se manifesta a partir da ação⁹.

⁵ São teorias que buscam desenvolver uma proposta jurídico-penal de ação, como forma de conduta, voltada a sustentar ou limitar o juízo normativo de valoração do fato lesivo realizado pela dogmática jurídico-penal. Ver capítulo 08.

⁶ A teoria da imputação objetiva se forma como um conjunto de elementos normativos dispostos no tipo objetivo que fazem de uma causação uma causação objetivamente típica. Nesse sentido: Ver capítulos 06 e 07.

⁷ Nesse sentido, BRUNO, *Op. Cit.*, P. 14.

⁸ “O conceito de bem jurídico, entendido como objeto de proteção da norma de comportamento positivamente vigente, é um instrumento multifuncional de argumentação do Direito Penal. [...] Ao lado dessa teoria do bem jurídico pode-se conceber uma teoria sociológica da lesividade social, que compreenda a lesão social não como a destruição de objetos, e sim retome a antiga ideia de que o crime atinge as condições de organização da convivência humana”. AMELUNG, Knut. *O Conceito de Bem Jurídico na Teoria Jurídico-Penal da proteção de bens jurídicos*. IN: GRECO, Luís. TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 157-158.

⁹ “[...] a responsabilidade é uma consequência da ação, da possibilidade da ação ou do dever de praticar uma ação (recordando-se que a omissão é uma forma de ação)” ROCHA, Alexandre Sérgio da. *Poder e liberdade (a responsabilidade como humanismo II)*. Protomac, 2019. P. 13.

A realidade, no entanto, se estabelece a partir de uma rede de vínculos e interações: as pessoas não vivem sozinhas, as ações se comunicam e os efeitos da ação de uma pessoa fornecem o contexto que informa o âmbito de organização de outras. Nesse caso, cabe ao direito, e ao direito penal, garantir uma convivência pacífica garantindo o respeito à liberdade de ação e aos espaços de *autorresponsabilidade*¹⁰.

É o contexto, no entanto, que fornece o conteúdo ao significado da ação: é no contexto construído pelo sistema social¹¹ que a ação estabelece o seu conteúdo a partir da relação com os fatos constituídos por outras ações. A função do direito é estabelecer um núcleo social de proibição de fatos (consequência de ações), restringir a liberdade de ação para evitar a lesão ou perigo de lesão ao direito alheio. Para determinação desse núcleo de proibição, o direito penal necessita de institutos que possam fundamentar qual a ação socialmente insuportável e jurídico-penalmente proibida.

São construídos, então, institutos jurídico-penais, como a *ação* e a *imputação*, que devem se ocupar do contexto, da rede que une a parte ao todo: são institutos que necessitam do sistema social como base mínima¹² a uma concepção funcional em face do objetivo do direito penal. Os conceitos de ação e de imputação se encontram dentro da sociedade, pois não é a natureza que determina o que é uma ação e os pressupostos de responsabilidade, sim uma sociedade em funcionamento e em comunhão com o direito penal.

¹⁰ Um direito cuja missão é garantir uma convivência ordenada deve limitar as pretensões de uma autorrepresentação de toda pessoa quando as externalizações delas se opõem aos direitos alheios. Conforme: VOSSGÄTTER, Isabel. *Concepto social de acción e imputación objetiva*. Cuadernos de Conferências y Artículos. Nº 36. Traducción: Nuria Pastor Muñoz e Ramón Ragués i Vallés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006. p.05.

¹¹ “A ideia de sistema não é privilégio nem pioneirismo do Direito”, afirma Sebastián Borges de Albuquerque Mello. Em: Mello, Sebastián Borges de Albuquerque. *Direito Penal*. Sistemas, Códigos e Microssistemas. Curitiba: Juruá, 2004. P. 11. O termo sistema social aqui é tomado como a base constitutiva dos valores intersubjetivamente cooperados e, assim, fornece o conteúdo de referência à ação social. Nesse sentido, a ação se orienta por um contexto ideológico que se observa na relação entre as pessoas que formam a comunidade.

¹² O sistema social é a base inicial, mas não a última à valoração da ação e da imputação no âmbito jurídico penal. Considerando a ação e a imputação como filtros negativos e limitadores da imposição da pena, devem considerar nessa missão o significado atribuído pelo sistema penal e, especialmente, aquele que se produz a partir de uma valoração da finalidade da proibição contida em cada tipo penal.

O sistema penal, por sua vez, é o espaço destinado à construção de um sentido jurídico, especialmente jurídico-penal, dos elementos dogmáticos. O conceito que deriva desse sistema toma o comportamento humano para sustentar a existência de normas incriminadoras que operam como molduras ou gabaritos que determinam as expectativas do comportamento juridicamente inadequado.

Por isso, é importante compreender o direito penal a partir da sociedade. O conteúdo de uma ação para o direito penal decorre de um plano sistêmico em que se seja capaz valorar o sentido e significado de cada comportamento¹³. Entender a ação a partir de um conhecimento fechado e isolado faz com que se perca o conteúdo que enriquece o seu significado, que decorre da junção da unidade ao todo, a um contexto exterior, global, para além do indivíduo. A compreensão da imputação do resultado objetivamente proibido, igualmente, não se esgota na causação de um resultado formalmente proibido pelo direito penal: é preciso uma base normativa capaz de produzir um nexo jurídico de imputação¹⁴.

Os problemas relacionados à solução dos casos em que a vítima se expõe ao perigo sempre precisarão do contexto que é dado pelo sistema social e pelo sistema jurídico penal. Se *A* entrega ao portador do bem *B* uma substância alucinógena e nociva à saúde, e *B* conhecendo o potencial lesivo da substância, voluntariamente, ingere a bebida com a finalidade de ingressar em um estado de transe, mas, em virtude do poder nocivo da droga acaba morrendo, resultado não querido por ambos: qual a solução possível?

Pensar isoladamente, sem compreender contexto, ou seja, a rede de informações, significados e valores que decorrem do sistema social e penal fará com que a solução seja de que a ação de *A* foi penalmente proibida, considerando que entregar tóxicos é vedado por Lei, e, como foi condição à morte de *B*, este resultado será à imputável ao agente *A*. Uma percepção naturalística dos fenômenos é insuficiente para alcançar

¹³ Nesse sentido: FRISCH, Wolfgang. *La imputación objetiva del resultado: desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas*. Estudio preliminar de Ricardo Robles Planas. Traducción: Ivo Coca Vila. Barcelona: Atelier, 2015. p. 41.

¹⁴ Nesse sentido: *Idem*. PLANAS, Ricardo Robles. *Desvalorar e imputar: sobre la imputación objetiva em Derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2004. P.28-29.

a complexidade¹⁵ do problema, que requer uma compreensão normativa e contextual da relação entre os atores na formação do fato perigoso para uma resposta dogmaticamente adequada e político-criminalmente justa ao caso.

Uma resposta que alcance essa adequação e justiça necessita de um método capaz de vincular pessoa, sociedade e direito penal, obtendo a sua legitimação a partir do respeito aos limites à manifestação punitiva que possam decorrer da valoração do significado do comportamento conforme os níveis psíquico, social e jurídico-penal.

É preciso, na materialização do comportamento proibido, considerar a relação entre o direito penal e os valores assumidos como adequados ao contexto em que ocorre o comportamento da vítima, pois a causalidade não é suficiente para, por si só, explicar esses problemas, que necessitam de um processo de valoração normativa: é necessário um sistema de significação a partir da realidade social e do direito penal.

1.3 OS EDIFÍCIOS TEÓRICOS E A POSSESSÃO PELAS IDEIAS NA DOGMÁTICA PENAL

É preciso construir uma aproximação entre a dogmática penal e o sistema social¹⁶, pois a existência do direito penal se justifica em função das metas que deve alcançar como uma das formas de proteção do ser humano em sociedade¹⁷. Essa afirmação parece ser trivial, desnecessária, inócua, uma vez que, se a compreensão sobre a realidade resulta de um processo de socialização, então não haveria como imaginar o direito penal fora de um contexto social de significação¹⁸.

¹⁵ A noção de complexidade é definida por Niklas Luhmann como sendo a característica de uma unidade que “possui vários elementos e os une em relações [...] se tanto os elementos forem quantificados, como as diversidades qualitativas, além da dimensão temporal forem consideradas”. Em: LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Aulas publicadas por Javier Torres Nafarrate. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 187

¹⁶ O pensamento dogmático atual se projeta na necessidade de aproximação entre a dogmática penal e a realidade social, a partir de uma construção capaz de se orientar como um sistema aberto que interliga as proposições do Direito Positivo, da Política Criminal e da realidade social. Por todos: MIR PUIG, Santiago. *Introdução a las Bases do Derecho Penal: Concepto y Método*. Montevideo: Editoria B de f, 2003. P. 255-319.

¹⁷ Essa perspectiva rompe com o pensamento penal formalista em prol de um sistema teleológico, em que as categorias do delito sejam orientadas por valores, por todos: ROXIN, Claus. *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

¹⁸ Nesse sentido: “O ser humano tem uma necessidade profunda de dar sentido às coisas. A expressão *dar sentido* pode ser recebida com estranheza pelo leitor médio. Como *dar sentido*? As coisas *têm* um sentido e o que fazemos é descobri-lo, tomar consciência dele. Expressa-se assim uma das inúmeras

O que afasta a trivialidade da relação entre o direito penal e a sociedade, no entanto, é a constante necessidade de legitimação sociocultural do recurso aflitivo que decorre da expressão punitiva¹⁹: uma legitimação que só se produz em face da adequação e da necessidade da restrição dos espaços sociais de liberdade em prol da proteção dos interesses voltados ao desenvolvimento do ser humano²⁰. Esse desenvolvimento é o conteúdo das relações sociais que deve ser garantido pelo direito penal.

A legitimação e aproximação, aqui desejadas, decorrem de um perfil ideológico²¹ social e democrático do Estado, aquele alimenta e é alimentado por princípios que

opções filosóficas que temos de fazer a cada instante quando nos dedicamos a investigar com um pouco de cuidado a condição humana e o mundo em que se vive. [...] A ideia de que as coisas têm um sentido independentemente de nós decorre de que, desde que começamos a interagir com outros seres humanos, imediatamente após o nascimento (e, talvez, mesmo na vida intrauterina) *aprendemos* como é o mundo. Esse é o processo de socialização. O processo de socialização primária, ordinariamente realizado pela família, na primeira infância, permite que a criança introjete os elementos fundamentais de sua cultura e estrutura basicamente sua personalidade. O processo de socialização secundária, que perdura ao longo da vida, envolvendo as agências educacionais e os grupos de amigos, consolida os elementos introjetados e habilita o sujeito a viver em sua sociedade como se o que nela encontra fosse *natural*." Em: ROCHA, Alexandre S. *Responsabilidade*. 2019. *No prelo*. Ainda nesse sentido: BERGER, Peter L. LUCKMANN. *A Construção Social da Realidade*. Petropolis: Vozes, 2014. P. 67-167.

¹⁹ Sobre a necessidade de legitimação: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência*. IN: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Nº 47. Março-abril de 2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 61-122.

²⁰ Nesse sentido, Bernd Schünemann: "O ancoramento na concepção de contrato social, à luz da ideia reitora de que o Estado deve assegurar a possibilidade de livre desenvolvimento do indivíduo, fornece uma linha de orientação a respeito de o que pode o Estado proteger por meio do Direito Penal: primeiramente, os bens que o indivíduo necessita para o seu próprio desenvolvimento dos demais e, além disso, os bens por todos compartilhados, necessários para uma convivência pacífica, que se distinguem das específicas formas de vida religiosas ou éticas, as quais não podem ser dirigidas pelo Estado nem por ele garantidas enquanto tais, mas apenas no que se refiram à possibilidade de escolha e exercício pelos indivíduos". SCHÜNEMANN, Bernd. *O Princípio da Proteção de Bens Jurídicos como Ponto de Fuga dos Limites Constitucionais e da Interpretação dos Tipos*. IN: GRECO, Luís. TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Rio de Janeiro: Lumenn Juris, 2011. P. 33.

²¹ "O sistema das ideias, das representações, que dominam o espírito de um homem ou de um grupo social." IN: ALTHUSSER, Louis. *Ideologia e Aparelhos Ideológicos do Estado*. Tradução de Joaquim José de Moura Ramos. Lisboa: Presença, 1970. P. 69. "A verdade de nossa condição é que o elo analógico que faz de todo homem o meu semelhante só nos é acessível através de um certo número de práticas imaginativas, tais como a ideologia e a utopia. [...] Na minha opinião, este critério pressupõe que os indivíduos, do mesmo modo que as entidades coletivas (grupos, classes, nações, etc.), estão em princípio e desde sempre, ligados à realidade social de um modo diferente do da participação sem distância, segundo figuras de não-coincidência que são precisamente as do imaginário social." RICOEUR, Paul. *Da Hermenêutica dos Textos à Hermenêutica da Ação*. IN: *Do Texto à Ação: Ensaio de Hermenêutica II*. Tradução: Alcino Cartaxo e Maria José Sarabando. Porto: RÉ.S. P. 228. "A ideologia reforça os parâmetros culturais que sustentam a demonstração de uma imagem, ela serve como um espelho para que a sociedade crie a visualização, uma representação de si mesma. A ideologia é o elo que conecta cada indivíduo com o seu semelhante, enquanto iguais, reafirmando convenções culturais." IN: COSTA, Lucas Gabriel S., *A utopia de Liberdade como parâmetro da expectativa de um direito penal democrático*. IN: *Criminologias e política criminal* [Recurso eletrônico

resultam da necessidade da intervenção penal como um dos instrumentos necessários para limitar o poder punitivo²². É aqui que a publicação da obra *A política criminal e o sistema jurídico penal*, por Claus Roxin²³, passa a ser um alerta sobre os riscos da *hiperdogmatização* da dogmática penal²⁴.

Ao propor a funcionalização da teoria do delito a partir dos fins político-criminais que decorrem de uma Constituição que funda um Estado Social e Democrático de Direito²⁵, Roxin afirma a necessidade de uma proposta ideológica e de uma identidade social como critérios de orientação ao pensamento analítico sobre o delito²⁶. A aproximação entre a dogmática penal e a política criminal, no entanto, sempre existiu, ainda que ignorada, velada ou negada, como pretendia von Liszt²⁷.

on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara; coordenadores: Gustavo Noronha de Avila, Marília Montenegro Pessoa De Mello, Tulio Lima Vianna – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

²² “Se o Direito penal de um Estado social só se legitima na medida em que protege a sociedade, perderá sua justificação caso sua intervenção inútil por ser incapaz de evitar delitos. O ‘princípio da necessidade’ conduz, pois, à ‘exigência de utilidade’”. Em: MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P. 92.

²³ A partir da aproximação entre a política criminal e a dogmática penal, Roxin pretende mudar o foco do pensamento da teoria do delito de uma preocupação com a resolução dos problemas do método, para uma resolução dos problemas das vidas das pessoas. ROXIN, *Op. Cit.*, 2000.

²⁴ O alerta de Roxin, com a aproximação entre a política criminal e a dogmática jurídico penal, refere-se aos efeitos de uma dogmática sem reflexo com a realidade, em virtude do método dedutivo que parte de axiomas sob uma perspectiva ontológica para o desenvolvimento das categorias do sistema, como visto no finalismo, resultando em consequências que produzem sentido ao sistema do delito, mas não à realidade em que se vive. Essa advertência de correlação entre o pensamento dogmático e a realidade, no entanto, pode ser tomado como referência também à dogmática atual, em que a partir do método funcional, como criticaremos, crescem pensamentos dogmáticos sistêmicos abstratos igualmente sem referência com a realidade social. Por todos, AMBOS, Kai. *Dogmática Jurídico-penal y concepto universal de hecho punible*. IN: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Nº 74. Ano 16. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

²⁵ A aproximação entre a dogmática jurídico penal e os problemas de uma realidade social, para Roxin, se estabelece pela abertura do sistema. Uma abertura não apenas cognitiva, mas também operacional. Nesse sentido, o pensamento teleológico racional de Roxin propõe uma dogmática útil à limitação do *jus puniendi* no espaço exclusivamente restrito à proteção de bens essenciais ao desenvolvimento do ser humano. A política criminal do Estado social e democrático de direito, que se apoia na proteção subsidiária de bens, deve adentrar à teoria do delito como substrato à valoração do conteúdo de cada elemento. Nesse sentido, ROXIN, *Claus. La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Valência: Tirant lo Blanch, 2000.

²⁶ ROXIN, *Op. Cit.*, 2000.

²⁷ “O direito penal é a barreira intransponível da política criminal” LISZT, Franz von. *Apud ROXIN. Ibid.* P. 01. Franz von Liszt pensou a dogmática penal a partir de uma perspectiva formal, sendo influenciado pelo positivismo científico, típico do século XIX. A dogmática penal era compreendida como instrumento de suporte prático apoiado por um método indutivo referível à Lei. Franz von Liszt “[...] se cuenta entre aquellos escritores criminalistas que más enérgicamente han exigido la derivación de los conceptos jurídicos de las proposiciones del Derecho vigente” IN: SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992. “À política criminal assinalava ele os métodos racionais, em sentido social global, do combate à criminalidade, o que na sua terminologia era designado como tarefa social do direito penal, enquanto ao direito penal, no sentido jurídico do termo,

O caminho seguido pelo direito penal é o aberto pela ideologia que igualmente orienta a política criminal²⁸. É a identidade assumida pelo Estado constitucional que indica a proposta político criminal e o fundamento do direito penal²⁹: a questão é que a Constituição que funda o Estado resulta de um referencial ideológico, que substancialmente reafirma os valores culturais a serem cultivados, e determina o símbolo que guia as instituições, relações e interações³⁰. Mir Puig, com razão, afirma que o sistema penal segue uma política criminal que decorre de um Estado Constitucional de viés ideológico que pode ser liberal, social e democrático³¹. A questão é que o sistema penal, igualmente, pode ter como programa reitor ideologias autoritárias e antidemocráticas³².

competiria a função liberal-garantística de assegurar a uniformidade da aplicação do direito e a liberdade individual em face da veracidade do Estado 'Leviatã'. ROXIN, *Op. Cit.*, 2000. P. 2-3.

²⁸ A ideologia aqui é tomada não apenas no sentido crítico de alienação, em que tem lugar, por exemplo, os estudos de Karl Marx. Sobretudo, é possível ressaltar o seu viés constitutivo de uma realidade. Nesse sentido, Paul Ricoeur: "[...] [O] fenômeno ideológico não poderia reduzir-se à função de distorção e de dissimulação, como numa interpretação simplificante do marxismo. Não se compreenderia mesmo que a ideologia pudesse conferir a uma imagem invertida da realidade uma tal eficácia, se, antes, não tivesse reconhecido o caráter constituinte do imaginário social. [...] É a este nível radical que a ideologia se constitui. Ela parece ligada à necessidade de um grupo qualquer construir uma imagem de si mesmo, de 'se representar', no sentido literal da palavra, de se pôr em jogo e em cena". Em: RICOEUR, Paul. *Interpretação e Ideologias*. 4ª Ed. Organização, tradução e apresentação de Milton Japiassu. Rio de Janeiro, F. Alves, 1990. P. 209.

²⁹ Nesse sentido: MIR PUIG, Santiago. *Bases Constitucionales del Derecho Penal*. Madrid: lustel, 2011.

³⁰ Nesse sentido: COSTA, Lucas Gabriel S. *O direito penal como instrumento de controle social do método ideológico de dominação*. IN: Criminologias e política criminal [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS; Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Bartira Macedo Miranda Santos, Marília Montenegro Pessoa De Mello – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

³¹ O desenvolvimento crítico do direito penal, especialmente quanto ao estabelecimento de limites ao direito penal subjetivo, orienta uma vinculação entre o controle social e a proposta de Estado apoiado por uma ideologia de proteção das liberdades, da sociedade e da humanidade. Santiago Mir Puig conclui que: "El modelo constitucional del Estado social y democrático de Derecho mantiene la exigencia liberal de que el Derecho penal respete ciertos límites, como garantías constitucionales de las que dependen libertades ciudadanas. Como muchos otros de mi generación, he relacionado este modelo político democrático con un Derecho penal caracterizado por sus límites." IN: MIR PUIG *Op. Cit.*, 2011. P. 18.

³² COSTA, *Op. Cit.*, IN: Criminologias e política criminal [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS; Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Bartira Macedo Miranda Santos, Marília Montenegro Pessoa De Mello – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Daí vem o fascínio³³ e a fragilidade³⁴ do método das ciências da cultura³⁵: a impossibilidade de previsão sobre o resultado de sua auto-observação. O sistema penal contemporâneo pode observar sistemas passados como ilegítimos e inadequados, assim como não há certezas da adequação e da legitimidade do pensamento dogmático atual para uma perspectiva futura da sociedade.

A Escola de Kiel, base ao sistema penal nacional-socialista alemão, assim como a sua dogmática, tinha como base uma política criminal ancorada em uma Constituição que era orientada por e que orientava ideologias autoritárias, sem o caráter de proteção à humanidade; eis um exemplo dessa fragilidade³⁶. No entanto, o fascínio está nas possibilidades de mudança do objeto social, na incerteza que, em face do erro, gera o horizonte de expectativas de uma nova realidade, um novo contexto de relação entre o social e o direito penal por um *outro olhar*.

Ao aproximar a política criminal do sistema jurídico-penal, Roxin adverte a necessidade de um *outro olhar*³⁷. A ideologia do Estado social e democrático de direito encontra um caminho aberto para formar substancialmente o conteúdo das categorias analíticas do crime, possibilitando que caso a caso, na vida das pessoas, nas relações contemporâneas, a sociedade possa experimentar um direito penal racional que,

³³ Fascínio aqui é tomado no sentido de sentir atração e encanto. É o fascínio que se tem como atração e encanto pelas múltiplas possibilidades de conhecer o mesmo objeto, a mesma relação social, que não se exaure no sentido atribuído pelo observador, mas que se multiplica em diversos sentidos a partir do tempo, do espaço e do olhar de quem observa.

³⁴ Fragilidade não é uma adjetivação negativa, mas de uma perspectiva diversa daquele que deseja a dureza, a certeza e a determinação sobre o ser social. Nesse sentido, *Ser Leve e Líquido*, IN: BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. Prefácio.

³⁵ Trata-se de método referível a valores, em que o significado do objeto se obtém a partir da apreensão de caracteres culturais e ideológicos pelo observador. No âmbito dogmático penal, é o pensamento que conduz a o método neoclássico e a postura eclética atual. Sobre a diversidade do método social: GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. Porto Alegre: Penso, 2012. P. 38 – 56.

³⁶ “Devido principalmente a motivações políticas, nasceu durante os anos trinta a escola de Kiel, que se considerou pioneira do nacional socialismo na doutrina do direito penal oposto à posição liberal da época de Weimar.” [tradução própria] JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. Tradução: José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993. p. 189.

³⁷ O pensamento teleológico-funcional de Roxin pretende superar o formalismo do pensamento causal naturalista, o subjetivismo e o relativismo axiológico da construção neoclássica e o ontologismo do finalismo. Propondo um pensamento penal apoiado em um sistema aberto, sustentado por um método indutivo-dedutivo. “[...] fica claro que o caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal, de tal forma que a fundamentação legal, a clareza e a previsibilidade, as interações harmônicas e as consequências detalhadas deste sistema não fiquem a dever nada à versão formal-positivista de proveniência lisztiana”. ROXIN, *Op. Cit.*, 2000. P. 20.

como um pequeno copo de água servido a *Tântalo*³⁸, semeie o equilíbrio na relação entre a idoneidade da proibição penal e a necessidade de preservação dos espaços de liberdade de ação³⁹.

Morin, a partir da análise de Thomas Kuhn, adverte que “o desenvolvimento da ciência não se efetua por acumulação, mas por transformação dos princípios que a organizam”⁴⁰. No direito penal, essa transformação tem a missão de aproximar realidades que historicamente têm sido afastadas, a aproximação entre a política criminal e a dogmática jurídico penal é um passo inicial à produção de um conhecimento dogmático capaz de pensar a complexidade da vida contemporânea⁴¹.

“Um passo à frente e você não está mais no mesmo lugar”⁴²: o passo à frente da dogmática penal funcionalista coloca o sistema penal em um *outro lugar*, um lugar que propicia maior capacidade de relação, de compreensão sobre o sentido do

³⁸ Segundo a mitologia grega, Tântalo, filho de Zeus e de Plutó, tinha excelentes relações com os deuses que freqüentemente o convidavam a beber e comer em companhia deles nas festas do Olimpo. Sua vida transcorria, pelos padrões normais, sem problemas, alegre e feliz — até que ele cometeu um crime que os deuses não quiseram (não poderiam?) perdoar. Quanto à natureza do crime, os vários narradores da história discordam. Alguns dizem que ele abusou da confiança divina e revelou aos outros homens mistérios que deviam permanecer ocultos dos mortais. Outros dizem que ele foi arrogante a ponto de se acreditar mais sábio do que os deuses, tendo decidido testar os divinos poderes de observação. Outros narradores ainda acusam Tântalo de roubo de néctar e ambrósia que nunca deveriam ser provados pelos mortais. Os atos imputados a Tântalo são, como vemos, diferentes, mas a razão por que foram considerados criminosos é a mesma nos três casos: Tântalo foi culpado de adquirir e compartilhar um conhecimento a que nem ele nem os mortais como ele deveriam ter acesso. Ou, melhor ainda: Tântalo não se contentou em partilhar a dádiva divina — por presunção e arrogância desejou fazer por si mesmo o que só poderia ser desfrutado como dádiva. A punição foi imediata; foi também tão cruel que só poderia ter sido inventada por deuses ofendidos e vingativos. Dada a natureza do crime de Tântalo, foi uma lição. Tântalo foi mergulhado até o pescoço num regato — mas quando abaixava a cabeça, tentando saciar a sede, a água desaparecia. Sobre sua cabeça estava pendurado um belo ramo de frutas — mas quando ele estendia a mão tentando saciar a fome, um repentino golpe de vento carregava o alimento para longe. (Daí que, quando as coisas desaparecem no momento em que nos parecia que as tínhamos, afinal, ao alcance, nos lamentamos por termos sido “tantalizados” por sua “tantalizante” proximidade.) IN: BAUMANN, Zygmunt. *Comunidade: A busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003. P. 13-14.

³⁹ “Os limites do comportamento proibido que cria um perigo ou amplia um risco já existente, em abstrato, decorre de uma construção legal de um núcleo de proibição após um juízo de proporcionalidade entre a liberdade do comportamento arriscado e a necessidade de manutenção de condições seguras à conservação dos bens jurídicos.” IN: COSTA, Lucas Gabriel S. *Heterocolocação em Perigo Consentida em condutas imprudentes de trânsito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. P. 31.

⁴⁰MORIN, Edgard. *Educação e Complexidade: os sete saberes e outros ensaios*. São Paulo: Cortez, 2013. P. 55.

⁴¹ A complexidade nesse contexto é tomada como expressão de pensamento comum a partir de um sistema aberto. É o pensamento que se estabelece pela junção, como uma base comum que comunica toda expressão de conhecimento. Cf: MORIN, Edgard. *Educação e Complexidade: os sete saberes e outros ensaios*. São Paulo: Cortez, 2013.

⁴² SCIENCE, Chico. *Passeio no Mundo Livre*. In: Afrociberdelia. Chico Science e Nação Zumbi: Sony BMG Music Entertainment, 1996. Faixa 06.

pensamento dogmático na sociedade contemporânea. Luís Greco, ao apresentar a Teoria da Imputação Objetiva ao público brasileiro, adverte que “nenhum edifício teórico nasce pronto e perfeito, é preciso a ação do tempo e o concurso de vários talentos para que uma grande teoria se consolide”⁴³. Ele tem razão: não há uma teoria do delito *pronta e perfeita*.

É preciso apenas acrescentar que a incompletude é a essência de todo empreendimento teórico que pretenda sistematicamente ressignificar fenômenos vividos; esse acréscimo adverte quanto à possibilidade de que a busca por consolidar um *grande edifício* acabe por fechar a passagem da *luz*⁴⁴, tão importante à nossa existência⁴⁵. O espaço de experiência fornecido pela herança cultural dos edifícios teóricos na área penal demonstra a necessidade de um pensamento reflexivo: até que ponto é preciso arcar com as *sombras*⁴⁶ que decorrem dessas edificações, elas marcam a insensatez na restrição dos espaços de liberdade social.

O método funcional, teleológico-racional do delito, tem como programa reitor a política criminal que se apoia na Constituição de um Estado democrático e de Direito que fundamenta o direito penal na missão de proteção subsidiária dos bens considerados essenciais ao desenvolvimento humano em sociedade⁴⁷.

⁴³ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução e Introdução de Luís Greco. São Paulo: Renovar, 2002. P. 61.

⁴⁴ Refere-se ao que Prieto Sanchis evidencia como o pensamento das Luzes no Direito Penal. Com a ilustração do direito penal, a manifestação punitiva se mostrou através da secularização, “incompatible con un Derecho penal concebido como trasunto de la penitencia religiosa; con el racionalismo, que tampoco podía asimilar un sistema jurídico arbitrario y carente de proporcionalidad; con el utilitarismo, que excluye una Concepción expiatoria de la pena donde ésta no reporte ningún beneficio social; con el espíritu humanitario y filantrópico, que había de horrorizarse ante la crueldade de los procedimientos y de los castigos.” SANCHÍS, Luis Prieto. *La filosofía penal de la ilustración española*. IN: ARROYO ZAPATERO Luis y BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE Ignacio (Dir.): Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca 2001.

⁴⁵ Advertência se refere ao desenvolvimento de pensamentos dogmáticos que se preocupem mais com o refinamento do seu próprio método que com a as questões que tocam a sua relação com a realidade social e a vida e a liberdade das pessoas.

⁴⁶ Chamo de sombras, nesse sentido, os efeitos negativos do pensamento dogmático moderno que foi desenvolvido a partir do afastamento da política criminal e da criminologia, limitando o pensamento a uma perspectiva abstrata, desconsiderando a necessidade de crítica à sua funcionalidade ideológica. Nesse sentido, especialmente quanto à necessidade de aproximação entre as ciências penais: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. P. 19-50.

⁴⁷ ROXIN, Claus. *A proteção de Bens Jurídicos como função do Direito Penal*. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

Essa afirmação pode servir como um suporte, um dispositivo de segurança, a ser sustentado sempre que se refletir sobre as possíveis sombras deixadas pelo edifício do método funcionalista, pois está apoiada em uma perspectiva liberal, social e democrática. Ao criticar a importância da aproximação entre a dogmática penal e a política criminal, mas refletindo sobre o conteúdo e limites dessa relação, Silva Sánchez, reflete sobre a importância de crítica de dois aspectos “que estimo esencial y quizá todavía no suficientemente discutido”: o significado da política criminal e a incidência de limites externos (ontológicos) na fundamentação das categorias do delito⁴⁸.

O discurso penal é um discurso de poder⁴⁹ e as ideias que dele derivam podem servir não apenas fundamentar a incidência do sistema de controle no âmbito social, mas, igualmente, para vincular nossas consciências. O ser humano convence pelas ideias, ao tempo em que é convencido pelas ideias que possui. Os seres humanos criam símbolos e são dominados por eles: no âmbito penal, a possessão pelas ideias resulta em uma falsa percepção da realidade alimentada pela ilusão do alcance de um sistema dogmático perfeito a partir da negação de outros pensamentos dogmáticos.

Sempre haverá um risco de errar, pois são as falhas que orientam o desenvolvimento dos sistemas. Somos, no entanto, “possuídos pelas ideias que acreditamos possuir [...] ‘Os fatos são obstinados’, penso que as ideias o são ainda mais, podendo mesmo ter razão sobre os fatos e ocultá-los integralmente”⁵⁰. No direito penal, a possessão

⁴⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Política Criminal y nuevo Derecho Penal: Libro Homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1997. P. 17.

⁴⁹ “Em seu viés dissimulatório a ideologia atua como um instrumento de dominação. Ela estrutura uma concepção capaz de orientar a realidade, distorcendo as relações de poder e normalizando as desigualdades. Assim, o imaginário social passa a representar uma cena, uma realidade virtual que convencionou os ideais de liberdade social e segurança coletiva, bem como os parâmetros de ordem pública e os níveis de intervenção dos sistemas de controle social. [...] O método de dominação é o de repetição de convenções que estabelecem a necessidade de segurança frente a um perigo cada vez mais próximo e voraz. A repetição forma o conteúdo da ideologia. Ideologia que assim se dispõe com o reforço da necessidade de segurança, que busca mecanismos para garantir a *inocuidade* do inimigo, com a destruição do crime e do criminoso. A tutela penal é disposta, assim, como o principal instrumento a tal missão. Sendo o Direito Penal parte do sistema de controle social formal institucionalizado, passa a ser também instrumento de dominação. Neste aspecto, rompe com seus ideais ilustrados e princípios liberais para servir a manutenção de uma ordem social viciada por um método ideológico de dominação e alienação coletiva.” COSTA, Lucas Gabriel S. *O direito penal como instrumento de controle social do método ideológico de dominação*. Criminologias e política criminal [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS; Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Bartira Macedo Miranda Santos, Marília Montenegro Pessoa De Mello – Florianópolis: CONPEDI, 2015. P. 456.

⁵⁰ MORIN, *Op. Cit.*, 2013. P. 89.

pelas ideias tem gerado problemas até quanto à posição da dignidade humana como postulado, elemento central, do programa penal nas sociedades ocidentais⁵¹.

Desde o programa penal da ilustração, com a secularização do direito penal e as propostas da humanização do controle⁵², até a sociedade contemporânea pós-moderna, a ideologia social foi elemento marcante: as mudanças no perfil da sociedade influem no modo em que se realiza o direito penal⁵³. Se o direito penal quer edificar teorias, a ideologia é quem projeta o edifício.

A ideologia liberal clássica forneceu a sustentação ao Estado de Direito na missão de *limitar a manifestação do punitiva*⁵⁴, a ideologia do Estado social buscou referência à *legitimidade da intervenção penal*, a ideologia do Estado democrático se refere ao ser *humano como centro à toda decisão protetiva*. A partir dessa comunhão entre ideologia e sistema jurídico-penal, ergueram-se grandes edifícios teóricos que são responsáveis pelo desenvolvimento do sistema penal e da dogmática jurídico-penal atual, mas a *possessão pelas ideias* em cada período descrito reduziu a luz da humanidade, gerando sombras de *ilegalidades, ilegitimidades e arbitrariedades e posturas anti-humanistas*.

Compreender o presente e projetar o futuro requer a experiência do passado. Com isso, o funcionalismo racional teleológico de Roxin é uma proposta capaz de

⁵¹ Para Jakobs, proposta sistêmica não deve se limitar ao compromisso de vinculação a um dado ontológico para legitimar ou fundamentar a proibição penal. Pode ser que a violação de um bem jurídico seja, igualmente, a violação da norma, mas o núcleo da proibição penal não se restringe à existência de um bem, mas decorre da necessidade de manutenção das convenções sociais construídas por um processo de comunicação."IN: JAKOBS, Gunther. *La Imputación Jurídico-penal y las Condiciones de vigencia de la norma*. IN: Teoría de Sistemas Y Derecho Penal. Fundamentos y Posibilidades de Aplicación. Granada: Editorial Comares, 2005. P. 185.

⁵² "La filosofía penal ilustrada sigue proyectando su influjo en la dogmática penal actual. Partiendo de la necesidad del derecho penal por criterios de utilidad o beneficio social, el derecho penal encuentra sus límites en esa utilidad y en las garantías derechos a los ciudadanos." IN: MARTÍNEZ, Olga Sánchez. *Los Principios en el Derecho y la Dogmática Penal*. Madrid: Dykinson, 2004. P. 57

⁵³ "La transformación de la sociedad es, por consiguiente, un cambio en el ámbito de estos u otros factores que acuñan la sociedad y su estado. Cuando se toma conciencia de algunos cambios en el derecho penal (inclusive del derecho procesal), se hace evidente que las transformaciones sociales constituyen un factor explicativo esencial de las modificaciones del derecho penal." FRISCH, Wolfgang. *Transformaciones del Derecho Penal como consecuencia del cambio social*. IN: Revista de Estudios de la Justicia – Nº 21 – Año 2014. Tradução: Gonzalo García Palominos.

⁵⁴

compreender o contexto⁵⁵ e a possibilidade de alcançar a complexidade presentes nas relações sociais contemporâneas. A vinculação à proposta funcional, no entanto, deve ser reflexiva, especialmente quanto à possibilidade de pensar o direito penal não a partir da construção de edifícios, mas com a produção do conhecimento em rede⁵⁶, em que o sistema penal⁵⁷ seja um instrumento de proteção que se realize e se desenvolva a partir do desenvolvimento do ser humano e da sociedade.

1.4 SOCIEDADE, DIREITO PENAL E O COMPORTAMENTO DO PORTADOR DO BEM: A DOGMÁTICA DO *DIALELO* E A COMPREENSÃO DA *MATRIOSKA*

A análise do comportamento da vítima no direito penal não é uma novidade criada pela dogmática contemporânea⁵⁸, mas as novidades do direito penal contemporâneo trazem novas formas de abordagem sobre a valoração do comportamento dos diversos atores que podem contribuir para formação de um fato perigoso, inclusive da própria vítima⁵⁹.

Apesar das novas formas de abordagem⁶⁰, e dos múltiplos institutos criados pela dogmática penal contemporânea, existem importantes espaços da vida social que carecem de sustentação na teoria do delito. A dogmática penal atual tem se

⁵⁵ Que seja contextual, conectando a política criminal, a dogmática penal e a criminologia como partes de uma mesma realidade, que se conectam e se influenciam.

⁵⁶ MORIN, Edgard. *Complexidade e Ética da Solidariedade*. IN: Ensaios de Complexidade. CASTRO, Gustavo de. Porto Alegre: Sulina, 2006. P. 13.

⁵⁷ Com isso, faz-se necessário consignar um Direito adequado e ordenado com fundamento em uma estrutura racional, que propicie ao intelecto o controle da realidade material e do mundo espiritual sobre o seu objeto. Ou seja, sistema capaz de perseguir ideais de justiça, com fundamento na igualdade, orientada por princípios superiores. IN: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Tradução A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 132.

⁵⁸ Considerando a digressão histórica do instituto, a incidência do consentimento como forma de supressão do caráter delitivo do comportamento possui raízes no Digesto de Ulpiano (Digesto, XLVII, 10.1. § 5), que, através do aforismo *nulla injuria est quae volentem fiat*, orientava o consentimento como fenômeno capaz de excluir a injúria, ou seja, em sentido amplo, a expressão volitiva da pessoa seria capaz de excluir o caráter criminoso de lesões praticada por terceiros a objetos materiais pessoais. Conforme: ROXIN, CLaus. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Fundamentos, la estructura de la teoria del delito. Madrid: Civitas, 1997. Restringindo-se aos delitos de caráter privado, o brocardo estabelecido no Digesto se desenvolveu para máxima *violenti non fit injuria*. Em: PIERANGELI, José Henrique. *O Consentimento do Ofendido: Na teoria do Delito*. 3ª ed. Rev. Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 72.

⁵⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Contributo parra a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Editora Coimbra, 1991.

⁶⁰ Abordagem objetiva, a partir da *prognose póstuma objetiva*. Em: GRECO, Luís. *Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

preocupado em especificar cada vez mais o seu objeto, em especializar o seu conhecimento, em repartir, dividir, criar grupos e subgrupos de casos, em que alguns passam a não ter qualquer referência existencial a não ser dentro da própria teoria do delito. O diagnóstico demonstra a presença de múltiplos e complexos institutos e subteorias analíticas que demandam muito mais energia da dogmática penal para compreender a si mesma que aquela destinada ao fenômeno social que deveria tutelar.

Essa diversidade e multiplicidade alcança a relação entre a teoria do delito e os casos em que a vítima concorre para produção do fato perigoso. Uma relação que gera um *dialelo dogmático* apoiado por argumentos que se materializam como *petitio principii*, e que frustram as expectativas de um direito penal funcional em relação à garantia e proteção dos espaços de liberdade social das pessoas: o sistema dogmático pensado como um organismo isolado passa a ser o fim em si mesmo e a cada *autoexplicação*, mais há necessidade de se *autoexplicar*.

O perigo da abordagem metodológica carente de contextualização e conduzida por um modo de pensar desconexo da complexidade social em que se estabelecem as relações humanas é a presença de um conhecimento que historicamente se converte na competição pela eficiência ou pelo *autorrefinamento*. A eficiência e o *autorrefinamento* são qualidades de um sistema dogmático quando vistos a partir da capacidade e da adequação de uma expressão do poder punitivo nos moldes necessários à proteção de bens.

A questão é que a dogmática jurídico-penal moderna se caracteriza pela busca de soluções através do domínio do conhecimento. Um domínio que historicamente tem buscado o método da diferenciação só que, a cada nível sistêmico alcançado (diferenciado), mais é preciso se diferenciar: a cada porta aberta, apresentam-se caminhos a serem seguidos, com a ampliação de contextos e a criação de possibilidades.

No que se refere ao tema central do trabalho, o instituto do consentimento nos fornece um exemplo dessa diferenciação: *primeiro nível*: o consentimento do ofendido em face

de bens disponíveis pode orientar o recuo do injusto⁶¹; *segundo nível*: o injusto pode não se formar em virtude de um acordo que obsta a tipicidade formal, ou a expressão do consentimento em sentido estrito⁶²; *terceiro nível*: o consentimento em sentido estrito pode atuar como causa que exclui a tipicidade material⁶³ ou atuar como causa que exclui a ilicitude⁶⁴; *quarto nível*: para que se possa excluir a tipicidade ou a ilicitude, o bem precisa ser disponível⁶⁵; *quinto nível*, se o bem for disponível é

⁶¹ Para Aníbal Bruno: “Deve tratar-se de bem disponível. Não vale o consentimento quando o bem jurídico tem por titular o Estado, ou representa um valor coletivo, ou a sua proteção transcende do domínio exclusivo do interesse privado, sendo a vontade do seu titular insuficiente para decidir da sua disposição. É o que acontece na maioria dos casos de definição criminal, como, por exemplo, nos crimes contra a incolumidade pública, ou contra a Administração Pública, ou contra a família.” IN: BRUNO, *Op. Cit.*, 1959. p. 20.

⁶² Roxin analisa a localização sistemática das duas figuras, existem diferenças fáticas, mas as consequências sistêmicas são equiparáveis entre o consentimento e o acordo. O acordo possui uma natureza fática e o consentimento, jurídico. No acordo não há uma necessidade de manifestação externa da vontade. No consentimento, é necessário que o conteúdo da vontade seja expresso através de ações que interliguem as pessoas, No acordo, só é necessário a eficácia natural da vítima, ainda que lhe falte a capacidade de compreensão por sua idade juvenil ou por sua debilidade mental. No consentimento, é preciso que o afetado goze de de saúde mental necessário para compreender o alcance de sua manifestação, os vícios de vontade seriam irrelevantes ao acordo, mas tornaria o consentimento ineficaz. IN: ROXIN, *Op. Cit.*, 1997. p. 514 *et seq.*

⁶³ Roxin analisa que a liberdade de ação de quem consente é o fundamento para exclusão do tipo penal, independente do dissenso do ofendido integrar ou não o conteúdo formal do tipo penal. Tal posição tem base numa teoria liberal do bem jurídico que se refere ao indivíduo, pois os bens são funcionalizados para atender ao desenvolvimento da pessoa, assim, não existe lesão a ser justificada quando a conduta do terceiro tem como fundamento o assentimento do titular do bem jurídico que constitui, não um ônus, mas a expressão do desenvolvimento de tal bem. Por isso, não se deve confundir objeto material, eventualmente lesado ou posto em perigo, e bem jurídico, que se desenvolve através do consentimento “Si los bienes jurídicos sirven para el libre desarrollo del individuo (para más detalles § 2, nm. 9 ss.), no puede existir lesión alguna del bien jurídico cuando una acción se basa en una disposición del portador del bien jurídico que no menoscaba su desarrollo, sino que, por el contrario, constituye su expresión.” IN: *Ibid.* p. 516.

⁶⁴ Noll construiu sobre a base dualista o fundamento material do consentimento como causa de justificação com base na ponderação entre a liberdade individual e os interesses da sociedade na defesa de bens jurídicos. Conforme: ANDRADE, *Op. Cit.*, 1991. p. 142 *et seq.* O consentimento, assim, fundamenta uma causa de justificação quando o Direito concede prevalência ao valor de liberdade de ação inerente à vontade individual frente ao desvalor da ação e do resultado constante na lesão ao bem jurídico. Conforme: CEREZO MIR, José. *Derecho Penal. Parte General*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 765. O viés dualista, opinião dominante na doutrina da teoria do delito, o consentimento, em sentido lato, ou aquiescência do titular do objeto material, exclui a tipicidade penal ou a ilicitude, como causa supralegal. Considerando a capacidade do ofendido em consentir e a atuação do agente conforme tal consentimento, a vontade do ofendido seria capaz de remediar a lesão ao bem jurídico, atuando como a expressão de uma permissividade jurídica advinda do direito constitucionalmente estabelecido de liberdade de individual, tornando a conduta atípica ou atribuindo licitude à ação. Conforme: ROXIN, *Op. Cit.*, 1997. p. 512

⁶⁵ “O bem jurídico só pode ser conceituado como bem pessoal, mas o exercício de sua titularidade pode ser executado tanto pelo indivíduo concreto, quanto pelo Estado. A vida humana, por exemplo, é bem jurídico pessoal por excelência, o que ninguém duvida, mas o exercício da titularidade desse bem tanto é cometido ao indivíduo quanto ao Estado, que tem interesse em que seja desfrutado por todos. Assim, quando se fala de disponibilidade do bem jurídico, o que ocorre é que, segundo a sua importância para finalidade de delimitação da intervenção do Estado, está ele, como valor jurídico, conforme o caso, mais submisso ou menos submisso ao exercício de seus respectivos titulares individualizados. Só na aparência é que se pode, então, fundar a classificação entre bens do indivíduo e da coletividade.” IN: TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposo*. Rio de Janeiro: Lumen Juirs, 2009. p. 403. p. 404-405.

necessário se discutir a capacidade de quem consente⁶⁶; *sexto nível*, se o portador do bem for capaz deve se observar o consentimento sobre o viés da teoria da ação⁶⁷ ou resultado⁶⁸. Ainda tem o instituto do consentimento presumido⁶⁹, a teoria do bem jurídico e os critérios para determinação da disponibilidade do mesmo⁷⁰, o consentimento no crime culposo⁷¹ etc.

Essa diferenciação do instituto do consentimento, até certo ponto, foi necessária, pois possibilitou, para além do desenvolvimento teórico do instituto, a resolução de questões práticas da vida das pessoas⁷². No entanto, deve se ressaltar que o desenvolvimento da teoria do delito a partir de uma construção dogmática é direcionado por um método: um caminho que forma uma ponte *de e ao* conhecimento, sendo que a orientação de pautas básicas sobre o instituto é um referente adequado à sua aplicação, no entanto a sua constante especificação para garantia da eficiência dogmática, ainda que deslocada da realidade social, contradiz a missão do direito penal na sociedade atual: um instrumento de proteção da liberdade das pessoas.

Há casos, porém, que a participação da vítima se dá de formas distintas do consentimento. Nas situações em que a vítima intervém na produção do fato perigoso com a cooperação de outrem, como nos casos em que a vítima assente que outrem lhe introduza uma dose de uma substância psicotrópica, ou nos casos *do teste de aceleração*, em que jovens protagonizaram uma corrida ilegal de rua, com a morte, não querida de um dos participantes, parte da doutrina pretende utilizar o

⁶⁶ No consentimento, é preciso que o afetado goze de de saúde mental necessário para compreender o alcance de sua manifestação, os vícios de vontade seriam irrelevantes ao acordo, mas tornaria o consentimento ineficaz. IN: ROXIN, *Op. Cit.*, 1997. p. 514 *et seq*

⁶⁷ A teoria da ação, que considera que o consentimento do ofendido se refere à vontade do agente e a teoria do resultado, que pugna pela não relevância da ação, uma vez que o consentimento deve expressar a vontade do ofendido na realização do resultado. ANDRADE, *Op. Cit.*, 1991. p. 268.

⁶⁸ A teoria do resultado orienta que a manifestação do consentimento sobre o resultado é o essencial objeto do consentimento. Assim, peca por não atribuir relevância à ação, uma vez que amplia o âmbito de execução, capaz de incorporar ações estranhas à vontade do ofendido para alcançar o resultado

⁶⁹ Para Juarez Tavares, haverá consentimento justificante no crime culposos quando “a aceitação do perigo por parte da vítima não é expressa, mas tácita, ou quando se trate de consentimento presumido.” IN: TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposo*. Rio de Janeiro: Lumen Juirs, 2009. p. 403.

⁷⁰ ROXIN, *Op. Cit.*, 1997.

⁷¹ Para Juarez Tavares, haverá consentimento justificante no crime culposos quando “a aceitação do perigo por parte da vítima não é expressa, mas tácita, ou quando se trate de consentimento presumido.” IN: TAVARES, *Op. Cit.*, 2009. p. 403.

⁷² “Al posibilitar un adecuada diferenciación de los casos realmente distintos mediante la delimitación de los aspectos esenciales y accesorios, sienta las bases de una aplicación más proporcionada y justa del Derecho penal a las diversas situaciones delictivas”. IN: SILVA SÁNCHEZ, *Op. Cit.*, 1992.

consentimento do ofendido como causa de justificação, estendendo analiticamente a sua dimensão, ainda que, no contexto fático as pessoas lesadas não tenham assentido com a produção do resultado. O que representa, assim, maior importância em obter um ajuste dogmático que uma solução político-criminalmente adequada ao caso.

O caminho composto pelo método penal, nos séculos XIX e XX, período de desenvolvimento do pensamento dogmático moderno, foi formado por propostas metodológicas que dividiam o sujeito dominador e o objeto a ser dominado em lados opostos de uma realidade vazia, fria, e sem vida⁷³.

No âmbito da dogmática penal, o modo de ver as coisas e alcançar o conhecimento, através do domínio dos pressupostos analíticos do fato criminoso, resulta em uma *hiperespecialização* de elementos compartimentados e isolados do sistema social. Na teoria do tipo penal, por exemplo, a teoria da imputação surge como grande inovação do método funcionalista, ela cria um nexos normativo de atribuição objetiva do resultado.

A teoria utiliza um elemento normativo chamado de *princípio do risco* e, a partir dele passa a direcionar a imputação ou não do resultado conforme a espécie de risco criado pelas pessoas e o resultado do perigo produzido, reduzindo a importância da ação como filtro inicial da valoração jurídico-penal em face do comportamento proibido. Ocorre que, a partir do risco como elemento normativo, a teoria da imputação passou a criar institutos e atribuir aos mesmos uma ou outra função no juízo de imputação. Alguns desses institutos estão relacionados ao comportamento da vítima: *participação em autocolocação em perigo, heterocolocação em perigo consentida, ação a próprio risco, competência da vítima, princípio vitimológico, alteridade e não identidade entre autor e vítima.*

Alguns têm nomes diferentes, mas recaem sobre o mesmo problema e dão a mesma solução, outros se normatizaram tanto que, diferentemente do consentimento, passam

⁷³ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Buenos Aires: Julio Cesar Faria, 2003.

a se formar como objeto de si mesmos e perderam referência com a realidade. Os exemplos mostram mais que uma especialização, sim uma *hiperespecialização* que não se ocupa de uma comunicação ou de uma solidariedade entre as diversas formas de conhecimento que conduzem a vida social.

Por isso, a proposta de especialização a partir da crítica sobre os fundamentos e o refinamento do procedimento que orientam os institutos que incidem na teoria geral do crime, como o consentimento do ofendido e a teoria da imputação objetiva, são necessários desde que sirvam à manutenção da proteção da humanidade como ponto reitor da legitimação do controle social que se materializa a partir do direito penal. Tem-se aqui a *matrioska* como um ponto de fuga ao isolamento do conhecimento penal e a necessidade de afirmação de uma dogmática penal capaz de se desenvolver a partir de uma solidariedade que compreende que “nessa época de mundialização, os grandes problemas são transversais, multidimensionais e planetários”.

1.5 O PARADOXO DOGMÁTICO DA *MATRIX*

Você precisa entender, a maioria destas pessoas não está preparada para despertar. E muitas delas estão tão inertes, tão desesperadamente dependentes do sistema, que irão lutar para protegê-lo. [...] Se tomar a pílula azul... a história acaba, e você acordará na sua cama acreditando...no que quiser acreditar. Se tomar a pílula vermelha...ficará no País das Maravilhas...e eu te mostrarei até onde vai a toca do coelho. [...] Lembrese...tudo que ofereço é a verdade. Nada mais⁷⁴.

A ciência do direito penal tem se desenvolvido a partir da gradativa especificação de suas unidades e o afastamento de uma realidade. A criação de novos institutos e elementos a partir de múltiplas diferenciações sobre o mesmo objeto produzidas a partir da diferenciação do sistema penal e o sistema social, acaba por levar o objeto de valoração a um universo tão distante que torna quase inalcançável por um fundamento inicial, uma base reitora, uma ancoragem social.

A questão é porque a diferenciação e a negação do outro são tão importantes à ciência do direito penal. A formação do direito penal como ciência específica se deu a partir de

⁷⁴ *MATRIX* (The Matrix). Direção: Andy Wachowski e Larry Wachowski. Produção: Silver, Joel. Roteiro: Andy Wachowski e Larry Wachowski. EUA: Warner Home Vídeo, 1999. 1 DVD (136 min.). Nós influenciados e somos influenciados pelo *contexto social*. A *matrix* é a carência de nossa percepção sobre o programa (fundamento) dos sistemas sociais que estruturam esse *contexto*.

sua diferenciação, ou seja, a partir do estabelecimento de uma identidade pelos aspectos que o especifica e o isola. Mas esse processo não é específico do direito penal, sim da forma em que se criam os edifícios científicos: a superespecialização por experts que esgotam o detalhamento do objeto dentro do próprio detalhe.

Essa postura acaba por gerar um sistema penal superespecializado, mas ao mesmo tempo desconexo de um conteúdo, que se satisfaz mais pela explicação a partir de organogramas que pela legitimidade do conhecimento que se produz. Há um momento que o sistema penal está tão dividido e diferenciado que fica difícil encontrar a sua unidade, o seu fundamento e a finalidade que deve cumprir cada elemento do delito, é um processo que amplia a complexidade, mas o pensamento sobre ele, que necessita da relação entre o todo e a parte, não é complexo.

Nas últimas décadas, por exemplo, a dogmática penal⁷⁵ se aproximou das teorias sociológicas⁷⁶. Foi uma aproximação que se deu especialmente pela tendência pós-moderna, em que a compreensão do objeto social se estabelece a partir de valores e signos fluídos, líquidos, pluridimensionais e *comunicacionistas* e, ao mesmo tempo, sofre influências da cibernética, da informática e do encanto que decorre da possibilidade de controlar passado e futuro por redes de expectativas sistêmicas.

A questão é o saber penal se esgotar na busca pela adequação com determinada teoria, e seus aspectos intrassistêmicos, criando o risco do sistema se perder no infinito de si mesmo: em que a dificuldade em buscar a unidade justifique a necessidade de mais e mais diferenciações. Uma amostra dessa questão está na teoria da imputação objetiva do funcionalismo sistêmico: não haverá imputação

⁷⁵ A análise crítica e exposição do desenvolvimento da dogmática jurídico-penal serão objeto de capítulo específico, no entanto, neste momento, cumpre ressaltar que a dogmática será compreendida na construção do estudo como campo de análise que tem a finalidade de desenvolver os elementos que constituem analiticamente o delito, voltada à sistematização do conteúdo interno do Direito Penal. Um espaço de abordagem normativa que se designa como a Ciência do Direito Penal. Cf. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Montevideo – Buenos Aires: Editorial B de F, 2015. P. 49; PRADO, Luiz Régis. CARVALHO, Érika Mendes de. CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 67

⁷⁶ MIR PUIG, *Op. Cit.*, 2003. P. 257; CONTRERAS, Guillermo Portilla. *La influencia de las ciencias sociales en el derecho penal: la defensa del modelo ideológico neoliberal en las teorías funcionalistas y en el discurso ético de habermas sobre selección de los intereses penales*. IN: ZAPATERO, Luis Arroyo. NEUMAN, Ulfrid. MARTÍN, Adan Nieto. (orgs) *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el Cambio del Siglo: El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003. P. 99.

objetiva da ação quando as pessoas cumprem as expectativas normativas inerentes ao seu papel, esse papel é composto pelo risco como elemento normativo que orienta o permitido e o proibido; desse modo, não haverá imputação da ação se a pessoa atua dentro do risco permitido; daí não haverá imputação nos casos de proibição de regresso, quando aplicável o princípio da confiança e nos casos de competência da vítima. No caso de competência da vítima, ela se subdivide em consentimento final e o consentimento não final. O consentimento não final é a ação a próprio risco da vítima, que orienta que, quando a vítima frustra as expectativas sobre o papel que deve desempenhar, não se deve imputar o resultado ao autor. É um pensamento sistematicamente lógico, mas precisa de desenvolvimento e correção, como o diz o próprio Jakobs, “ainda há algumas questões pouco claras”⁷⁷.

Em face dessa necessidade de clarificação, inicialmente se apresentam dois caminhos: o da separação e o da união. (da realidade ou da ilusão) O caminho da separação pela diferenciação vai buscar a especificação do objeto e a próxima pergunta seria: o que é que normativamente determina o papel de vítima? Quais as especificidades da vítima que a diferencia do autor? O caminho da união busca reagrupar o que foi dividido e ordenar o que está desordenado e, assim, a pergunta é: qual o fundamento que orienta o direito penal a uma atribuição de responsabilidade à vítima ou ao autor, já que ambos produziram o perigo? Como o direito penal poderá ser necessário, adequado e legítimo em face dessa situação?

O distanciamento entre os sistemas penal e a vida social é o fundamento da objeção que se opõe às construções dogmáticas. É certo que o sistema psíquico, através da audição humana, não possui a capacidade de alcançar todos os níveis de frequência que provém da natureza⁷⁸. O sistema penal também não tem a capacidade de compreender e valorar todos os fenômenos que formam o conteúdo do seu meio, ainda mais se tratando de um meio social que se caracteriza pela complexidade alimentada pela diversificação da comunicação.

⁷⁷ JAKOBS, Günther. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução: André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. P. 31.

⁷⁸ “O sistema não tem a capacidade de apresentar uma variedade suficiente para responder, ponto por ponto, à imensa possibilidade de estímulos provenientes do meio.” LUMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Petropolis: Vozes, 2001. P. 179.

A crescente flexibilização dos elementos do fato punível, no entanto, e a substituição excessiva de elementos ontológicos por normativos, resulta na crise de rótulos que expande a normativização da pessoa às custas do indivíduo, gera o que Kai Ambos denomina de *hiperdogmatização* do Direito penal⁷⁹. Em que a dogmática penal passa a sofrer a ameaça de uma autodissolução: uma ameaça decorre do excesso de refinamento do sistema, que passa a produzir mais conhecimento sobre si mesmo, sem relação com a prática. As construções passam a se formar por categorias funcionais que compreendem e se exaurem em dimensões de simples significado, substituindo, assim, a realidade por uma comunicação sobre a realidade⁸⁰.

O problema é que o direito penal vem tratando a complexidade como aquele lugar inalcançável, de difícil acesso e oculto. O olhar sobre a dogmática penal decorre de um método de produção de conhecimento mecânico que se destina à conhecer o passado e prever o futuro. O determinismo universal. Torna-se oculto porque a dogmática penal moderna se desenvolveu a partir da separação e isolamento das categorias analíticas do delito, não considerando a importância das interações, a importância do complexo: “o tecido que junta o todo.”⁸¹

O desafio da dogmática atual é buscar o retorno, rejuntar as incertezas. Para isso é necessário um olhar sobre o todo. Por exemplo, costuma-se afirmar que a pessoa que viola as normas administrativas de segurança, como as normas de trânsito, viola o dever objetivo de cuidado, havendo, nesse sentido, uma conduta como primeiro pressuposto para imputação da responsabilidade do crime culposos, um homicídio culposos, por exemplo.

Então, duas pessoas estão trafegando em uma motocicleta em um dia de muita chuva, o condutor não possui habilitação, fato conhecido pelo carona. Em virtude das condições precárias da via, o condutor perde a direção do veículo que cai e gera a morte do carona. Não é possível afirmar que o condutor que dirige sem a habilitação,

⁷⁹ AMBOS, Kai. *Dogmática Jurídico-penal y concepto universal de hecho punible*. IN: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Nº 74. Ano 16. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

⁸⁰ SCHUNEMANN, Bernd. *El propio sistema de la teoría del delito*. El presente trabajo constituye una ampliación del texto del mismo nombre publicado en GA, 2006, p. 378-382.

⁸¹ MORIN, Edgard. *Complexidade e Ética da Solidariedade*. IN: Ensaios de Complexidade. CASTRO, Gustavo de. Porto Alegre: Sulina, 2006. p. 11.

violando uma norma administrativa de segurança, por si só, pratica uma conduta que produz um perigo proibido à vida: bem ao qual se destina a proteção do tipo de homicídio.

A dogmática penal é a ciência auxiliar que possui maior sofisticação dentre aquelas que compõem o sistema penal. Mas essa sofisticação não deve eliminar a apreensão do contexto, das dimensões humanas que estão presentes na relação entre o direito penal e a sociedade, o que diz respeito à vida “às paixões, aos sofrimentos e aos gozos humanos”⁸², em toda conduta típica ao direito penal haverá uma dimensão da existência humana.

Pensar a complexidade de modo crítico na busca dos fundamentos que justificam e orientam a construção das estruturas do sistema do direito, nesse sentido, passa a ter caráter essencial para manutenção dos interesses da humanidade como ponto reitor da legitimação do controle social. A intervenção penal deve ser adequada e necessária, ou seja, só se demonstra como útil quando trouxer ganhos, esses ganhos decorrem da aproximação entre o direito penal e a realidade social.

1.6 O FUNDAMENTO MATERIAL DA PROIBIÇÃO: O *TOTEM*

O Totem é um amuleto pessoal. Quando olhar para o seu totem, vai saber sem sombra de dúvidas que não está no sonho de uma outra pessoa⁸³.

O caminhar não é apenas avançar, mas recuar quando se for necessário a entender porque se caminha, é o que também desenvolve Sartre, com o *Método Progressivo-Regressivo*⁸⁴. Aquele que desejar entender o porquê da caminhada, aliás, da corrida do desenvolvimento da dogmática penal contemporânea, antes de se realizar a inscrição acadêmica na maratona expansiva dos últimos anos, recomenda-se ter algum tempo para recuar, voltar à *origem*: a origem não é limite espaço-temporal em

⁸² MORIN, *Op. Cit.*, 2006. P 12.

⁸³ A ORIGEM (Inception). Direção: Christopher Nolan. Produção: Christopher Nolan e Emma Thomas. EUA: Warner Bros Pictures, 2010. 1 DVD (148 min.).

⁸⁴ SARTRE, Jean-Paul. *O existencialismo é um humanismo; A imaginação: uma questão de método*. Tradução de Rita Correia Guedes, Luiz Roberto Salinas Forte, Bento Prado Júnior. 3º Edição. São Paulo: Nova Cultural, 1997. P. 149-184.

que ela, a dogmática, tem início, mas o fundamento material que sustenta o seu desenvolvimento.

O processo regressivo, como o descer de uma escada, das longínquas instituições dogmáticas abstratas e *hiperespecializadas* até a base da teoria do delito resultará em um núcleo, que orientará toda a construção: o totem, o fundamento inicial que sustenta a manutenção de uma realidade na estrutura abstrata do sistema. Um exemplo pode ser visto no caso do consentimento do ofendido no funcionalismo teleológico. Em uma situação simples do dia-a-dia, como uma pequena intervenção cirúrgica, Roxin entende que o consentimento do ofendido excluirá a tipicidade penal⁸⁵.

Como o tipo penal tem a função de proteção de bens essenciais ao desenvolvimento humano em sociedade, o conteúdo desse bem é formado não apenas pela essência da coisa (objeto material) mas da proteção à liberdade do portador no gozo de tal bem. Nesse sentido, se a conduta do ator é consentida pelo portador do bem, não haverá lesão ao bem jurídico e, conseqüentemente, não haverá tipicidade material: o *totem* da construção roxiniana é o bem jurídico-penal a partir de uma perspectiva liberal.

Esse *totem* é o que fundamenta a limitação de alguns espaços sociais de ação com a criação de proibições penais, ou seja, proíbe-se penalmente para proteger os bens considerados essenciais ao desenvolvimento humano em sociedade⁸⁶. A teoria do bem jurídico na perspectiva de Roxin está longe de ser unanimidade enquanto fundamento da proibição penal e elemento capaz de orientar o conteúdo dos elementos da dogmática penal contemporânea. Na relação entre as diversas

⁸⁵ ROXIN, *Op. Cit.*, 1997. p. 512

⁸⁶ Érika Mendes de Carvalho e Gustavo Noronha de Ávila sustentam que “[...] o conceito de bem jurídico, embora forjado no plano normativo (valorativo), apresenta um referencial material (ontológico), conectado à realidade existencial (material ou imaterial). O substrato empírico que serve de base ao bem jurídico não exclui a análise axiológica do sentido funcional desses elementos, dados, interesses ou relações concretas sob a perspectiva individual ou coletiva. Esse ‘filtro valorativo’ será responsável pela seleção dos concretos elementos, dados, interesses ou relações cujo significado social ou político, extraído à luz de um determinado momento histórico, ensejará o recurso à tutela penal (subsidiária).” CARVALHO, Érika Mendes de. ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsos bens jurídicos e política criminal de drogas: uma aproximação crítica*. Direito Penal, Criminologia e Segurança Pública [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/Madrid-Espanha; Coordenadores: Romuldo RehmoPalitot Braga, Amparo Martínez Guerra– Madrid: CONPEDI, 2015. P. 138.

propostas de fundamento se tornou mais uma disputa entre escolas penais que uma procura por um *totem* capaz de fazer parar a ilusão quando a ilegitimidade do sistema passa a ser algo eminente.

A partir de recortes da realidade, a doutrina penal apresenta múltiplos fundamentos para explicar a realidade da proibição penal, influenciando no conteúdo adquirido pelas categorias do sistema: proteção ao direito subjetivo, proteção ao bem natural, proteção ao bem jurídico penal, evitação da lesividade social, *comunicacionismos*, expectativas normativas. A busca por um totem em muito se confunde com a procura por uma âncora, por algo capaz de prender a dogmática a uma realidade que se encontra fluída. Mas, para além da fundamentação que legitima o plano existencial do sistema punitivo, que se observa com a *ratio* da proibição, um sistema penal racional deve levar essa razão aos métodos dispostos pelas construções dogmáticas na determinação da matéria de proibição.

A questão é que, por isso, ao se mudar os fundamentos, muda-se o direcionamento de todo o sistema. Jakobs, por exemplo, partindo de uma perspectiva sistêmica, defende que há uma *ação a próprio risco* da vítima quando uma pessoa pega uma carona com um condutor embriagado e, em virtude dessa embriaguez, ocorre um acidente que resta em lesão a quem pediu a carona. Roxin, partindo de uma perspectiva teleológico racional, tende imputar o resultado nesses casos, pois o carona não tem a mesma capacidade de entender o desenvolvimento do perigo como se ela estivesse ao volante⁸⁷.

Seria possível afirmar que a diferença entre a postura de Roxin e a de Jakobs nesse caso seria que Roxin diferencia *participação em autocolocação em perigo* que é impunível da *heterocolocação em perigo consentida*, em regra punível, salvo nos casos de equiparação com autocolocação em perigo. E, por outro lado, Jakobs recorre à *ação a próprio risco* da vítima, já que ela não cumpriu o seu papel.

Essa construção sistêmica é a resposta da *matrix do conhecimento*, e em face dela é necessário ter um totem que mostre uma verdade, o fundamento de cada construção.

⁸⁷ Ver Capítulo 07.

É esse totem que fará com que a resposta seja diferente. Para Roxin⁸⁸, as categorias do sistema devem ser valoradas conforme a finalidade que o direito cumpre em um Estado social e democrático de direito: proteção subsidiária de bens jurídicos. Assim, só se encontra no alcance do tipo os resultados que violem o bem jurídico-penal, não há violação dele nos casos em que o próprio portador do bem é o responsável pelo desenrolar do perigo. Para Jakobs⁸⁹, o direito penal tem a finalidade de proteger expectativas normativas e as categorias do delito devem se funcionalizar a partir dessa função. Então, não haverá imputação, pois assim como o autor, para ele, a vítima tem a obrigação de garantir expectativas.

A dogmática penal desenvolve institutos que justificam às verdades que ela cria, institutos até certo ponto necessários, mas a decisão sobre a liberdade ou a proibição segue um núcleo, um programa, o fundamento de cada construção. A discussão atual, pós-finalista, está centrada no fundamento material a partir da teoria do bem jurídico ou no *normativismo* sistêmico, discussão que tem procurado mais uma negação do outro que procurar os pontos de encontro ou aproximação com o próximo para alcançar um direito penal mais adequado.

E o direito penal vira um campo de batalha discursiva, o que não é ruim, pois a tolerância, que é necessária ao desenvolvimento de uma ética da compreensão, tem como postulados respeitar a fala do próximo e saber que essa fala pode ser diferente da sua, mas espanta a necessidade de afastamento e *rivalização*⁹⁰. Jakobs diz que o direito penal não tem a missão de proteger bens, mas as expectativas normativas do próprio sistema. Roxin afirma que o direito penal deve proteger bens jurídicos essenciais ao livre desenvolvimento do ser humano. Stratenwerth⁹¹ diz que a teoria do bem jurídico é incompleta, pois insuficiente para alcançar o fundamento dos crimes

⁸⁸ ROXIN, Claus. *A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal*. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª ed., 2ª tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

⁸⁹ JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal*. Tradução: André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

⁹⁰ Maria Auxiliadora Minahim afirma que “O Direito deve, porém, na medida do possível, apresentar-se co a abertura suficiente para atender ao pluralismo moral, realizando o princípio da tolerância e respeito á diversidade, incentivado nas sociedades ocidentais contemporâneas”. Em: MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal e Biotecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. P. 45.

⁹¹ STRATENWERTH, Gunther. *Derecho Penal*. Parte General, I. El Hecho Punible. Tradução: Gladys Nancy Romero. Buenos Aires: Di Placido, 1999.

que lesam interesses *supraindividuais*. Schunemann⁹² diz que fundamentar o direito penal em expectativas sistêmicas leva à arbitrariedade.

Analisando a relação entre o processo de socialização e o pensamento referido à pessoa como crítica ao fundamento material do direito penal, Hassemer defende que não se deve abrir mão de uma tradição da teoria personalista do bem jurídico, pois “essa tradição consiste em funcionalizar os interesses da coletividade e do Estado a partir do indivíduo: bens jurídicos universais têm, nessa medida, somente uma base, quando comprovadamente forem interesses indiretos do indivíduo”⁹³.

Em estudo sobre o bem jurídico-penal como limite ao poder de punir, Amelung⁹⁴ defende uma aproximação entre a teoria do bem jurídico e a teoria das normas, considerando o viés da lesividade. Em momentos de tanta divisão e separação, essa é uma postura que orienta um caminho possível para compreensão cíclica da proximidade entre a teoria do bem jurídico e a teoria sistêmica como bases à proibição penal.

1.7 CONCLUSÕES PRELIMINARES

As propostas de solução dogmática à incorporação do comportamento da vítima na teoria do delito requerem a compreensão da relação entre o direito penal e o sistema social. A valoração do sistema punitivo sobre os elementos do fato perigoso depende

⁹² A. von Feuerbach buscou no fundamento material da proibição penal na lesão de direitos subjetivos. Michal Franz Birnbaum, em 1834, superou a concepção de direito subjetivo e propôs uma concepção de bem jurídico apoiada em uma concepção naturalística que aproximava os conceitos de bem jurídico e objeto material. Karl Binding passou a buscar o conceito de bem jurídico a partir do direito positivo, sendo bem jurídico o interesse determinado pelo direito como digno de proteção jurídica. A partir da primeira metade do século XX, surge a significativa mudança na compreensão do conceito de bem jurídico. Conceito metodológico, de base normativa, da Escola de Baden ou sudocidental alemã. O bem situa-se no mundo espiritual subjetivo dos valores culturais. Nesse sentido: SCHÜNEMANN, Bernd. *O Princípio da Proteção de Bens Jurídicos como Ponto de Fuga dos Limites Constitucionais e da Interpretação dos Tipos*. IN: GRECO, Luís. TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Rio de Janeiro: Lumenn Juris, 2011.

⁹³ HASSEMER, Winfried. *Linhas Gerais de uma Teoria Pessoal do bem Jurídico*. IN: GRECO, Luís. TÓRTIMA, Fernanda. *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 23.

⁹⁴ AMELUNG, Knut. *O Conceito de Bem Jurídico na Teoria Jurídico-Penal da proteção de bens jurídicos*. IN: GRECO, Luís. TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 157-158.

de um contexto que é estabelecido pela vinculação entre pessoa, sociedade e direito penal.

O método dogmático, na resposta necessária aos casos em que a vítima se expõe ao risco, devem privilegiar a análise do problema concreto. A criação de pautas dogmáticas é importante, no entanto, as soluções devem se referir à função de proteção e manutenção dos espaços sociais de liberdade.

Nesse sentido, a aproximação do sistema penal com o sistema social deve ocorrer de modo crítico, em que o autodesenvolvimento do sistema seja voltado à proteção das relações interpessoais. A resolução do problema requer um pensamento que busque menos a satisfação da lógica interna do sistema de controle que a resolução dos casos concretos.

CAPÍTULO 02

A COMPREENSÃO NORMATIVA DO MÉTODO DOGMÁTICO E O COMPORTAMENTO DA VÍTIMA

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No último capítulo, a aproximação entre o direito penal e a sociedade foi o objeto central da crítica sobre a orientação de uma solução ajustada à complexidade presente nos casos em que a lesão decorre de um perigo cooperado por diversos atores, dentre eles a própria vítima. *Este capítulo analisa o desenvolvimento crítico da dogmática penal como pressuposto para que essa solução seja sistematicamente segura e político criminalmente justa.*

A abordagem será construída a partir da necessidade de desenvolvimento do método destinado à compreensão da teoria do delito em comunhão com o viés ideológico que sustenta a dogmática penal contemporânea. A partir dessa abordagem, evidencia o funcionalismo penal como corrente dogmática que amplia o rendimento da teoria do delito para alcançar novas dinâmicas sociais como os casos que apresentam a

possibilidade de valoração do comportamento da vítima no fato punível, no entanto, com a crítica sobre a caracterização das teorias como um projeto ainda inacabado.

2.2 O MÉTODO DOGMÁTICO E O *SEGREDO DO FERRO*

Na Terra criada por Obatalá, em Ifé, os Orixás e os seres humanos trabalhavam e viviam em igualdade. Todos caçavam e plantavam usando frágeis instrumentos feitos de madeira, pedra ou metal mole. Por isso o trabalho exigia grande esforço. Com o aumento da população em Ifé, a comida andava escassa. Era necessário plantar uma área maior. Os Orixas então se reunirão para definir como fariam para remover as árvores do terreno e aumentar a área da lavoura. Ossaim, o Orixá da medicina, dispôs-se a ir primeiro e limpar o terreno. Mas seu facão era de metal mole e ele não foi bem-sucedido. Do mesmo modo que Ossaim, todos os Orixás tentaram, um por um, e fracassaram na tarefa de limpar o terreno para o plantio. Ogum, que conhecia o segredo do ferro, não tinha dito nada até então. Quando todos os outros Orixás tinham fracassado, Ogum pegou seu facão, de ferro, foi até a mata e limpou o terreno. Os Orixás, admirados, perguntaram a Ogum de que material era feito tão resistente facão. Ogum respondeu que era de ferro, um segredo recebido de Orunmilá⁹⁵.

A mitologia apresentada em *Ogum dá aos homens o segredo do ferro* oferece um universo de possibilidades quanto às críticas sobre a forma de viver na contemporaneidade, mas, o que interessa aqui é o que ela mostra sobre o pensar a complexidade da dogmática penal na rede de complexidades das relações sociais contemporâneas: ou seja, sobre a forma que a dogmática penal pensa a sociedade e a forma que a sociedade pensa a dogmática penal⁹⁶.

Descartes, em *O discurso do método*, apresenta as bases de um método lógico e racional que inaugura a forma de pensar a vida moderna e, que de certo modo, ainda influencia o conhecimento nos dias atuais⁹⁷. Um método como o caminho para encontrar a verdade, um conjunto de procedimentos destinados à obtenção do conhecimento cientificamente válido para determinar a essência ou a razão da

⁹⁵ PRANDI, Reginaldo. *Mitologia dos Orixás*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. P. 86

⁹⁶ Ver capítulo 04.

⁹⁷ “[A]s ciências dos livros, ao menos aquelas cujas razões são apenas prováveis e que não apresentam quaisquer demonstrações, pois foram compostas e avolumadas devagar com opiniões de muitas e diferentes pessoas, não se encontram, de forma alguma tão próximas da verdade quanto os simples raciocínios que um homem de bom senso pode fazer naturalmente acerca das coisas que se lhe apresentam.” DESCARTES, René. *Discurso do Método*. Tradução: Enrico Corvisieri. Edição virtual. IN: http://www.4shared.com/document/bFSU9nww/Descartes_-_discurso_do_metodo.html. Acesso em 19 de março de 2014. P. 04.

existência de determinado objeto. É o método que determina o caminho a se seguir para alcançar a verdade sobre uma realidade⁹⁸.

O domínio do conhecimento, do sujeito sobre o objeto, do ser humano sobre a natureza⁹⁹: a divisão entre o sujeito e o objeto, com a constante afirmação do ser humano como um ser superior em virtude do potencial de sua racionalidade, não deixou de existir nas pretensões de construção de edifícios dogmáticos contemporâneos.

O cartesianismo¹⁰⁰ e o poder do ser humano sobre o domínio da natureza influenciaram a necessidade de certeza sobre a essência do objeto apreendido pelo ser humano, agora um Deus de si, e de sua criação, pois derogados os *ídolos*¹⁰¹, o ser humano passa a ter o método certo que produz o conhecimento exato. Os estudos sobre as relações sociais buscam aderir esse método *positivista* de descrever o

⁹⁸ COSTA, Lucas Gabriel S. *O direito penal como instrumento de controle social do método ideológico de dominação*. Criminologias e política criminal [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS; Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Bartira Macedo Miranda Santos, Marília Montenegro Pessoa De Mello – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

⁹⁹ “Nem a mão nua nem o intelecto, deixados a si mesmos, logram muito. Todos os feitos se cumprem com instrumentos e recursos auxiliares, de que dependem, em igual medida, tanto o intelecto quanto as mãos. Assim como os instrumentos mecânicos regulam e ampliam o movimento das mãos, os da mente aguçam o intelecto e o precavêm. [...] O intelecto, deixado a si mesmo, na mente sóbria, paciente e grave, sobretudo se não está impedida pelas doutrinas recebidas, tenta algo na outra via, na verdadeira, mas com escasso proveito. Porque o intelecto não regulado e sem apoio é irregular e de todo inábil para superar a obscuridade das coisas. [...] Para que se penetre nos estratos mais profundos e distantes da natureza, é necessário que tanto as noções quanto os axiomas sejam abstraídos das coisas por um método mais adequado e seguro, e que o trabalho do intelecto se torne melhor e mais correto.” BACON, Francis. *Novum Organum*: Ou verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza. Tradução: José Aluysio Reis de Andrade. Minas Gerais: Virtual Books on line. IN: http://www.4shared.com/document/HDn3wwOC/Francis_Bacon_-_Novum_Organum.html. Acesso em 20 de março de 2014. P. 07-10

¹⁰⁰ A partir do método cartesiano, apresentam-se quatro postulados de fundamentação: “O primeiro era o de nunca aceitar algo como verdadeiro que eu não conhecesse claramente como tal. [...] O segundo, o de repartir cada uma das dificuldades que eu analisasse em tantas parcelas quantas fossem possíveis e necessárias a fim de melhor solucioná-las. O terceiro, o de conduzir por ordem os meus pensamentos, iniciando pelos objetos mais simples e mais fáceis de conhecer, para elevar-me, pouco a pouco, como galgando degraus, até o conhecimento dos mais compostos, e presumindo até mesmo uma ordem entre os que não se precedem naturalmente uns aos outros. E o último, o de efetuar em toda parte relações metódicas tão completas e revisões tão gerais nas quais eu tivesse a certeza de nada omitir”. DESCARTES, *Op. Cit.*, 2014. P. 04.

¹⁰¹ Assim como para traçar uma linha reta ou um círculo perfeito, perfazendo-os a mão, muito importam a firmeza e o desempenho, mas pouco ou nada importam usando a régua e o compasso. O mesmo ocorre com o nosso método. Ainda que seja de utilidade nula a refutação particular de sistemas, diremos algo das seitas e teorias e, a seguir, dos signos exteriores que denotam a sua falsidade; e, por último, das causas de tão grande infortúnio e tão constante e generalizado consenso no erro. E isso para que se torne menos difícil o acesso à verdade e o intelecto humano com mais disposição se purifique e os ídolos possa derogar. BACON, *Op. Cit.*, 2014. P. 21-22.

mundo; é aqui que Comte¹⁰² inaugura a sociologia científica com a obra *A física social*, em prol de uma ciência positiva do social¹⁰³, que alcança o sistema dogmático penal com as pretensões de exatidão e certeza.

O olhar sobre a dogmática penal e da dogmática penal sobre a realidade moderna foi realizado por um indivíduo que tinha em si todo o conteúdo necessário à sua identidade como ser humano que, por seu caráter irrepetível, possuía em sua essência o conteúdo de sua dignidade: um ser humano considerado como um fim em si mesmo¹⁰⁴. O mundo naturalístico das construções dogmáticas do século XIX refletia, na forma de conhecer o objeto de controle, a própria percepção da forma que o ser humano enxergava a si mesmo: fechado, perfeito e completo.

É ponto comum de crítica ao positivismo dogmático, político criminal e criminológico: a limitação do pensamento ao viés naturalístico em que o domínio do conhecimento sobre a essência que forma o conteúdo de uma parte era o suficiente para explicar o todo social. Daí a crítica pela ausência de crítica ao processo de criminalização na política criminal¹⁰⁵, da criminologia positiva, que considerava o crime como um ente

¹⁰² Comte desenvolve a lei dos três estados e a classificação das ciências, “na primeira, o espírito humano explica os fenômenos atribuindo-os aos seres, ou forças, comparáveis ao próprio homem. Na segunda, invoca entidades abstratas, como a natureza. Na terceira, o homem limita-se a observar os fenômenos e a fixar relações regulares que podem existir entre eles, seja num dado momento, seja no curso do tempo; renuncia a descobrir as causas dos fatos e se contenta em estabelecer as leis que os governam.” ARON, Raymond. *As Etapas do Pensamento Sociológico*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. P. 67. COMTE, Augusto. *Princípios de Filosofia Positiva*. Santiago: Imprenta de la libreria del mercurio, 1875. p. 73.

¹⁰³ É importante destacar a análise de Tércio Sampaio Ferraz Júnior que, sobre o positivismo enquanto método social, orienta: “O termo positivismo não é, sabidamente, unívoco. Ele designa tanto a doutrina de Auguste Comte, como também aquelas que se ligam à sua doutrina ou a ela se assemelham. Comte entende por ‘ciência positiva’ *coodination de faits*. Devemos, segundo ele, reconhecer a impossibilidade de atingir causas imanentes e criadoras dos fenômenos, aceitando os fatos e suas relações recíprocas como o único objeto possível de investigação científica.” IN: FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 1980. P. 31.

¹⁰⁴ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Textos Filosóficos. Lisboa: Edições 70, 2007.

¹⁰⁵ “O reconhecimento de que a pena é um dos meios à disposição do Estado na luta contra o crime nos leva além dos limites do direito vigente, e suscita a questão do fundamento jurídico e dos fins do poder de punir que ao Estado pertence, bem como a da origem e natureza do crime. A solução científica de taes questões é objecto da Política Criminal.” LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tomo I. Tradução: José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. BRIGUIET & C. — Editores, 1899. P. 03. Nesse sentido, Jorge de Figueiredo Dias critica que para Liszt, a política criminal deveria se limitar à sua função específica de orientar os caminhos da reforma penal, pois “ela não tinha a competência para influenciar, de qualquer forma, a compreensão, a sistematização, e, em definitivo, a aplicação das normas jurídico-penais, não se encontrava titulada para agir ao nível de *iure constituto*.” FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 27-28. O viés ideológico do positivismo naturalista influenciou a

natural¹⁰⁶, à limitação da dogmática a partir da compreensão isolada da natureza das unidades do delito¹⁰⁷.

No âmbito da dogmática penal, por exemplo, a causação de um resultado formalmente proibido era o suficiente para dizer que o comportamento de uma pessoa era típico, pois a ação e o resultado já possuíam um significado apresentado pela natureza; o papel do direito era apenas de descrevê-lo¹⁰⁸. Nesse caso, era típica a ação do enfermeiro que, com o consentimento do paciente, portador do bem, aplicava uma simples injeção.

O sistema penal operava como uma máquina, de modo linear e abstrato: um sistema fechado e artificial que acreditava ser possível a uniformização do conhecimento sobre o fato punível. Queriam que a segurança na exatidão dos resultados das Leis da Natureza e da física fossem reproduzidos pela dogmática penal¹⁰⁹.

E, realmente, ao ser humano foi (talvez ainda o seja para muitos) desafiador e surpreendente ter o poder de dominar a natureza, determinar o futuro, saber que há em si um *super homem* capaz de modificar toda a criação: as múltiplas dimensões da vida resumíveis e controlados por cálculos físico-matemáticos, fórmulas químicas e ajustes biológicos. O direito também, desejou e em muito deseja, esse poder.

construção de uma realidade absoluta em que o fenômeno criminoso é descrito como expressão de uma realidade inata ao ser, nesse sentido Bustos Ramírez afirma que: “Afinal, graças à invariabilidade das leis é possível prever as ordens futuras aprimoradas de forma contínua. Dá-se um contínuo e progressivo descobrimento desse absoluto que é a realidade, seja natural, seja social.” RAMÍREZ, Juan Bustos. *Criminologia e Evolução das Ideias Sociais*. Em: BERGALLI, Roberto. RAMÍREZ, Juan Bustos. *O Pensamento Criminológico I: Uma análise Crítica*. Rio de Janeiro: Revan, 2015. P. 60.

¹⁰⁶ “O delito é, também para a Escola positiva, um ente jurídico, mas o direito que qualifica este fato humano não deve isolar a ação do indivíduo da totalidade natural e social”. BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do direito penal*. Tradução e prefácio: Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011. P. 38.

¹⁰⁷ Nesse sentido, “o direito penal tem um método jurídico-dogmático e seu proceder é dedutivo sistemático. O Direito penal tem natureza formal e normativa. Ele isola um fragmento parcial da realidade, com critérios axiológicos, e a intervenção estatal tem por imperativo o princípio da legalidade.” SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. P. 45.

¹⁰⁸ Nesse sentido Cláudio Brandão, ao desenvolver a evolução dogmática do conceito de ação na Teoria Jurídica do Crime, afirma que a ciência jurídica “ao invés de compreender o Direito, procurava-se explicá-lo.” BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. P. 20.

¹⁰⁹ “A física chegou à compreensão de que o universo é um sistema fechado, que não pode aceitar nenhum tipo de imput de uma ordem que não esteja contida nele próprio, e que a lei da entropia é aí inexorável. Mas, isso é válido para o mundo físico, não o é, sem mais, para a ordem biológica e social.” LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Tradução: Ana Cristina Arantes. Petrópolis: Vozes, 2011. P. 62.

O racionalismo cartesiano encontrou no *newtonianismo*¹¹⁰ um caminho para afirmar o viés ideológico da ciência moderna, viés que foi compreendido pela dogmática penal na primeira metade do século XX. Observando o caráter *ôntico* do objeto, apoiado nos estudos da fenomenologia¹¹¹, a construção finalista da ação deu um salto essencial ao desenvolvimento da teoria do delito, trazendo o ser humano ao centro de toda valoração jurídico penal. Mas o cartesianismo e o determinismo limitaram a expansão do maior desenvolvimento estrutural já realizado pela dogmática penal¹¹², a criação da teoria do delito a partir do ser humano com a formação do *injusto pessoal*¹¹³, pois ainda era necessário ser universal, ter mais certezas que dúvidas; ao finalismo penal ainda havia a necessidade de se estabelecer como edifício teórico científico¹¹⁴ conforme os vieses de cientificidade à época¹¹⁵.

¹¹⁰ A relação se estabelece na formação da cientificidade moderna, “Isaac Newton conferiu à modernidade seu arcabouço científico ao descrever o mundo físico como uma máquina, cujas leis imutáveis de funcionamento poderiam ser apreendidas pela mente humana.” SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Elementos de Teoria Geral de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 181.

¹¹¹ A mente não apenas vê o objeto, mas, igualmente o cria. O objetivo não é uma construção do subjetivo sobre determinado objeto. Nesse sentido, a realidade social se constitui a partir da percepção do fenômeno como um projeto arquitetado pela consciência. Nesse sentido, ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos Pensamentos Criminológicos*. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2015. P. 547.

¹¹² Dentre os avanços do finalismo, sem pretensão exaustiva, pode se considerar: A construção do modelo/quadro da conduta prevista no tipo penal, em que os aspectos objetivo e subjetivo da ação integram a conduta como elemento dogmático que sustenta o tipo penal. A equiparação entre o desvalor da ação e do resultado no âmbito do injusto. A separação entre o dolo e a consciência da ilicitude, posicionando um no tipo e o outro na culpabilidade. Orientou a distinção entre a coautoria e a participação a partir da finalidade da ação típica. Nesse sentido, ROXIN, Claus. *Finalismo: um balanço entre os seus méritos e deficiências*. Tradução: Marina Pinhão Coelho. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Março – abril de 2007 – ano 15. Nº 65. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P. 20-21. Para Jorge de Figueiredo Dias, “A Hans Welzel (1904-1977) pertence o mérito de ter transportado para o direito penal, com uma clarividência inultrapassável e uma lógica sem desfalecimento, todo o patrimônio ideológico sobre o Jurídico e o seu método.” FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. P; 198.

¹¹³ O conceito pessoal de injusto desenvolvido por Welzel leva em consideração: “os elementos pessoais (relativos ao autor); o desvalor pessoal da ação do agente, que se manifesta pelo dolo de tipo (desvalor doloso/tipo de injusto doloso) ou pela culpa (desvalor culposos/tipo de injusto culposos). E ao desvalor da ação corresponde um desvalor do resultado, consistente na lesão ou perigo de lesão do bem jurídico”. PRADO, Luiz Regis. CARVALHO, Érika Mendes de. CARVALHO, Gisele Mendes. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 13ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. P. 239.

¹¹⁴ Paulo César Busato, analisando o isolamento voluntário da teoria finalista, conclui que “uma discussão travada exclusivamente em termos de etéreos conceitos de ação, ou da posição do dolo na estrutura dos elementos componentes do crime, como foi o centro da polêmica causal-finalista, afasta-se da preocupação com a justiça do resultado final produzido pela aplicação do sistema no caso concreto.” BUSATO, Paulo César. *Direito Penal e Ação Significativa: Uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 55.56.

¹¹⁵ “Jusnaturalismo-existencial” [...] que parte da existência de um mundo com a pluralidade de ordens às quais o legislador e o direito se vinculam, e cujo desconhecimento provoca ineficácia, salvo o da estrutura lógicoreal fundamental, que é o que vincula o direito com a pessoa e cuja quebra implica a

Após a Segunda Guerra Mundial, o existencialismo com foco no *ser* ocupou o ponto central no método penal. O *jusnaturalismo existencial* ou finalismo considerava um universo natural que emanava significados diversificados que vinculavam a dogmática jurídico-penal. A estrutura logico-real fundamental que liga o direito à pessoa é a ação humana direcionada por uma finalidade: a relação entre as estruturas logico-reais de sentido ontológico, pré-jurídico, e o direito penal, que é o vínculo que atribui o caráter ético ao direito enquanto instrumento de controle social¹¹⁶.

Pensar a minha identidade se esgotando em mim, levou à percepção moderna da identidade do outro se exaurindo nele. No entanto, a carteira de identidade do ser humano apresenta uma história “bio-sócio-cultural”, que lhe confere o enraizamento do ser humano em uma identidade cultural¹¹⁷ que se obtém a partir da compreensão do seu *habitat*, que deriva do *ethos* grego, ou seja, a raiz da palavra ética, que é a morada humana¹¹⁸.

A compreensão do sistema penal se tornou reflexo de um *sujeito unicompreensivo* e alimentado por um *Juspositivismo* que vê em si toda a racionalidade e consciência que o torna o centro do universo: o “centro essencial do eu era a identidade de uma pessoa”, afirma Stewart Hall¹¹⁹; e o centro essencial da ciência penal era explicar o fenômeno criminoso a partir da descrição, agrupamento e dedução de conhecimentos decorrentes de um olhar cartesiano sobre a identidade presente na natureza das pessoas e das coisas.

Faltou ao finalismo incluir o social. Essa ausência é referível especialmente ao finalismo pós-guerra. É certo que Welzel a partir do conceito de *adequação social*

negação do próprio direito.” Em: ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos Pensamentos Criminológicos*. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008. P. 547.

¹¹⁶ *Ibid.* P. 547.

¹¹⁷ O conceito de cultura que aqui se reconhece é contextual, “não como uma ciência experimental em busca de leis, mas como uma ciência interpretativa, à procura do significado. É justamente uma explicação que eu procuro, ao construir expressões sociais enigmáticas na sua superfície. Todavia, essa afirmativa, uma doutrina numa cláusula, requer por si mesma uma explicação.” Em: GEETZ, Clifford. *A Interpretação das Culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 2008. P. 04.

¹¹⁸ BOFF, Leonardo. *Identidade e complexidade*. Em: CASTRO, Gustavo de. CARVALHO, Edgard de Assis. ALMEIDA, Maria da Conceição de. *Ensaio de Complexidade*. Porto Alegre: Sulina, 2006. 56.

¹¹⁹ HALL, Stewart. *Identidade Cultural na Pós-modernidade*. Tradução: Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 8ª Edição. Rio de Janeiro: DP&A, 2003. P. 10-11.

trouxe a realidade social para valoração do fato penalmente proibido, o que ocasionaria ganhos às pessoas e à sociedade, pois, para ele, o fato socialmente adequado, como o da injeção que citamos, não seria proibido por ser socialmente adequado. Posturas utilitaristas, especialmente do *direito penal do autor*, levaram Welzel ao recuo ao *ontologismo*¹²⁰. Mais tarde o seu discípulo, Jakobs retoma o seu conceito de adequação social como conteúdo do risco permitido que fundamenta categorias sistêmicas, como veremos¹²¹.

O fato é que o pensar contemporâneo, especialmente a partir da segunda metade do século XX, conduzido por uma *identidade fluida*¹²², mostrou a insuficiência da dogmática penal compreendida por um modo cartesiano e linear para justificar a restrição dos espaços de liberdade social na pós-modernidade. Esse olhar é compreendido não apenas por um viés estético sobre a compreensão interna de cada teoria, mas de sua crítica como parte da realidade de nossa história social¹²³.

O olhar atual evidencia a fragilidade, sem desconsiderar a importância, do método passado para compreender as demandas sociais do presente¹²⁴. Os instrumentos *feitos de madeira, a pedra e o metal mole* foram importantes em um contexto em que, apesar do esforço, era o método adequado para aquisição de alimentos, cumprindo uma importante função comunitária e pessoal: assim como os instrumentos de madeira, pedra e metal mole, a dogmática penal moderna foi importante e até

¹²⁰ Roxin destaca que Welzel já considerou como atípicas o homicídio praticado em guerra e a execução de penas de morte, no entanto, pós Segunda Guerra, apresentou uma segunda fase do seu pensamento, como o recurso ao ontologismo. “no qual a finalidade é considerada ‘estrutura objetiva do ser’, contabilizada como ‘verdade eterna da esfera lógico-objetiva’ e como ‘resultado do direito natural!’”. Welzel abdicou, pois, do significado social do tipo penal e declarou – o que ele, anteriormente havia condenado -, que ‘a finalidade seria uma definição ontológica, assim como a causalidade (e, portanto neutra, livre de valores)”. ROXIN, *Op. Cit.*, 2007. P. 12.

¹²¹ A valoração da permissividade do risco orienta a construção de institutos dogmáticos que pretendem orientar o recuo da proibição penal a partir da valoração jurídico-normativa do comportamento da vítima. Nesse sentido, partes II e III.

¹²² Stewart Hall afirma que o sujeito que tinha uma identidade estável e unificável agora está se tornando fragmentado. Em: HALL, *Op. Cit.*, 2003. P. 12.

¹²³ JAMESON, Fredric. *Pós-Modernismo. A lógica cultural do Capitalismo tardio*. Tradução: Maria Elisa Cevasco. São Paulo: Ática, 2002. P. 72.

¹²⁴ A construção causal-naturalista, por exemplo, é a responsável pelo desenvolvimento dos institutos analíticos que atualmente formam a moderna teoria do delito. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 1ª Parte. Rio de Janeiro, Forense: 1978. P. 09. BELING, Ernest von. *Esquema de Derecho Penal. La Doctrina del Delito-Tipo*. Colección Clássicos del Derecho. Buenos Aires: El Foro, 2002. LISZT, *Op. Cit.*, 1899.

adequada a um contexto social passado, pois a valoração do método dependerá de um contexto sociocultural considerando a relação entre o espaço e o tempo¹²⁵.

A mudança do contexto pode gerar novas relações sociais, adequadas, necessárias ou até imprescindíveis ao desenvolvimento das pessoas na sociedade. Inovações podem fazer com que os instrumentos utilizados sejam insuficientes a essa missão, criando a necessidade de reorientação do método conforme a observação dele em comunhão com o todo, as pessoas, a comunidade e o próprio método. A avaliação do método deve decorrer de uma função que ele cumpre para o desenvolvimento do todo (*o método deve ser adequado*) e de que forma o todo precisa da função dele (*o método deve ser necessário*).

O aumento da população de *Ifé*, a alimentação escassa e a necessidade de plantar em maior área mudam o contexto comunitário. Essa mudança influi em novas relações entre todos que vivem na comunidade, e uma passa a influenciar a existência e o conteúdo das outras, em que a busca pelo significado de uma relação específica só tem um sentido comunitário com a compreensão das outras relações. Isso quer dizer que o método deve ser pensado considerando a complexidade social, ou seja, a sua adequação ou necessidade se obtém a partir de um pensamento sistêmico que compreenda o todo: o *facão de ferro* de *Ogum* é adequado e necessário não apenas porque ele limpou o terreno, oportunizou o plantio e forneceu um novo método de caça e pesca, mas porque a comunidade plantou em uma maior área e haverá alimentação para todos (o método deve ser legítimo).

A sociedade contemporânea é de maior *complexidade* que a dos Séculos XIX e XX¹²⁶. Uma das expressões dessa *complexidade* está no aumento da permissividade social das relações arriscadas, que fazem parte de uma realidade cada vez mais comum da vida contemporânea¹²⁷. E, a partir desse contexto, o que se demonstra como mais

¹²⁵ HARVEY, David. *Condição Pós-Moderna: Uma Pesquisa sobre as Origens da Mudança Cultural*. São Paulo: Edições Loyola, 2012. P. 185.

¹²⁶ A complexidade marca o espaço social em que o significado da relação é inalcançável sem a compreensão da unidade em relação ao meio, o que requer a demarcação da identidade a partir de sua existência em um contexto.

¹²⁷ Considerar tal comportamento como elemento que influi no fato punível, no recuo da proibição penal, tem como consequência a abertura da teoria do delito ao acolhimento de novos problemas, que demandam soluções a partir da fundamentação material, substancial, e teleológica do fato punível.

complexo à dogmática penal é a valoração do comportamento das pessoas lesadas que cooperaram para o desenvolvimento do perigo como elemento capaz de orientar os espaços de proibição.

São, por exemplo, as lesões inerentes às colocações em perigo voluntárias nas atividades desportivas de alto impacto, no uso compartilhado de drogas, na realização de atividades perigosas no âmbito do tráfego viário, a submissão à intervenções cirúrgicas etc. São renovadas relações sociais¹²⁸, em um ambiente em que a velocidade e a expansão da capacidade de produzir informação¹²⁹ torna o sistema social cada vez mais complexo¹³⁰. Em face desse novo fenômeno se questiona qual a dimensão do método capaz de atribuir significado aos elementos que compõem o fato punível quando as pessoas se lesionam em decorrência de uma exposição própria, voluntária, a um fenômeno perigoso, especificamente, se os atores que cooperam na produção do perigo devem ser responsabilizados por tais lesões.

A dogmática jurídico penal pretende alcançar essa nova realidade, tentando compreender o risco e dar respostas ajustadas à necessidade de proteção dos espaços de liberdade social, mas os resultados podem ser equiparáveis àqueles do *facão de metal mole, pedra ou madeira* quando usados para limpar o terreno: exige grande esforço e não se legitima como método adequado ao desenvolvimento da pessoa, da sociedade e do direito penal.

Em face dessa complexidade, os instrumentos da dogmática precisam de um olhar compreensivo sobre o contexto social e do próprio direito penal, reconhecendo a sua importância a partir da importância das interações entre todos os sistemas que compõem o fato perigoso (indivíduo, sociedade e direito penal). A partir dessa

¹²⁸ Nesse contexto, a globalização e a revolução tecnológica, especialmente, com a ampliação das possibilidades de produzir comunicação, acompanhados do gradativo predomínio da impessoalidade nas relações sociais - agora observadas a partir de expectativas direcionadas por papéis sociais que informam deveres pessoais - produzem gabaritos comportamentais não alcançados pelos sistemas penais tradicionais, que desenvolvem os elementos analíticos do crime a partir de uma estrutura fechada e classificatória.

¹²⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 49 – 52.

¹³⁰ ARANA. Raúl Pariona. *El Derecho Penal "moderno": sobre la necesaria legitimidade de las intervenciones penales*. IN: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 15. Nº 68. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P. 114 – 116.

perspectiva, a legitimidade pode ser alcançada por um método capaz de aproximar a percepção social do fato, composto pela interveniência de múltiplos atores, da valoração normativa realizada pelo direito penal, criticando a ação de tais atores como elementos formadores do fato proibido: a partir dessa percepção é possível compreender o comportamento como um elemento que influi no *desvalor objetivo* da ação daqueles que interveem no perigo.

As construções funcionalistas possuem um método mais refinado ao desenvolvimento dessa proposta, pois abrem espaço à valoração político-criminal ou normativa da estrutura da dogmática penal, compreendendo a teoria do delito como uma fonte de elementos destinados à materializar a função política de garantia das pessoas em face à necessidade de limitação da expressão punitiva.

2.3 O SISTEMA TELEOLÓGICO RACIONAL: *UM CAVALO DE TRÓIA?*

A dogmática penal moderna foi se distanciando cada vez mais da criminologia e da política criminal. É possível dizer que a política criminal ficou responsável pelos estudos dos fins do direito penal, a criminologia com a explicação empírica do crime e a dogmática penal com a sistematização da matéria penal.

As decisões da dogmática penal não poderiam levar em consideração a finalidade que o direito penal cumpre na sociedade, que é o objeto que justifica a função e o conteúdo de outra área de conhecimento que é a política-criminal. A teoria do delito era organizada por uma máquina, por um sistema fechado, que desconsiderava os dados de uma realidade vivida para assegurar os valores de segurança, certeza e universalidade de seu método.

Especialmente a partir da década de 70 do último século, surgiram perspectivas funcionalistas cuja finalidade é de aproximar o direito penal da realidade social. Isso se deu com a abertura da dogmática penal ao conteúdo da política criminal¹³¹, os

¹³¹ Nesse sentido, “os pontos de vista valorativos reitores, que constituem o sistema do Direito Penal, só podem ser de índole político-criminal, pois os pressupostos da punibilidade têm, naturalmente, de se orientar segundo os fins do Direito Penal. Sob esta perspectiva, as categorias fundamentais do sistema tradicional são vistas como instrumentos de valorações político-criminais, que se mostram

elementos do delito passaram a ser percebidos através de uma abordagem axiológica, referida aos valores que decorrem da política criminal de um Estado Social e Democrático de Direito¹³². A partir daí é possível compreender que, para o crime, passa a não bastar a mera causação de um resultado formalmente típico, para que ele exista é necessário a violação significativa ao bem jurídico-penal por um autor responsável.

A redescoberta da proposta axiológico-valorativa do delito¹³³ acompanha a necessidade social de controle e desenvolvimento de um direito penal crítico de uma teoria do delito que produz um fato punível não mais desenvolvido por métodos que privilegiam a descrição de axiomas, como a ação naturalística, como pedra angular de todo o sistema do delito¹³⁴. Trata-se de uma sociedade que não mais se compreende a partir da explicação de dados ontológicos através da dedução compartimentada que se fundamenta na descrição de objetos isolados¹³⁵.

As portas abertas pelo funcionalismo penal são caminhos *menos áridos*¹³⁶ para o desenvolvimento dogmático de propostas que pretendem ampliar a compreensão do comportamento da *vítima* como um fenômeno capaz de orientar a atribuição da responsabilidade penal a outras pessoas¹³⁷. O consentimento do ofendido, como descrição subjetiva da vontade do portador do bem, expressão máxima da autonomia

indispensáveis também para um sistema teleológico.” ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. P. 232.

¹³² ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico Penal*. Trad. Luís Greco. Renovar, 2000.

¹³³ “El avance consiste sobre todo en que se sustituye la algo vaga orientación neokantiana a los valores culturales por un criterio de sistematización específicamente jurídicopenal: las bases políticocriminales de la moderna teoría de los fines de la pena.” ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Tomo I. Madrid: Editorial Civitas, 1997. P. 203.

¹³⁴ São sistemas construídos com a base inicial no fenômeno pré-jurídico, ontológico, que possuem uma percepção sólida, permanente sobre a realidade. IN: SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992. p. 367.

¹³⁵ Para Claus Roxin os defensores do sistema teleológico-funcionalista do Direito Penal rechaçam o ponto de partida do sistema finalista e consideram que a formação do sistema jurídico penal não deve se atrelar a uma estrutura ontológica decorrente de uma realidade prévia. De outro modo, deve seguir as finalidades do direito penal. IN: ROXIN, *Op. Cit.*, 1997. P. 203.

¹³⁶ A construção passa a possuir um viés normativo ao vincular os elementos do delito à valoração político criminal, mas sem perder a aproximação com o âmbito ontológico, a partir da análise de grupos de casos. Nesse sentido, Roxin insere a política criminal na dogmática jurídico penal, a dogmática se torna um instrumento para funcionalizar a política criminal, uma vez que os elementos do delito são deduzidos da política criminal e indicados à aplicação prática a partir de grupos de casos.

¹³⁷ Jeschek aponta uma construção mais recente da dogmática penal. Para além da manutenção dos postulados do finalismo, como nos trabalhos de Hirsh, surgem propostas próprias de dogmática penal como a de Schmidhäuser, Kaufmann, Zielenki, Stratenwerth. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Op. Cit.*, 1993. P. 193-194.

como limite à proteção penal, passa a ser acompanhando de figuras normativas que retiram da valoração objetiva do comportamento da vítima um referencial sistêmico da autonomia como forma de dimensionar o recuo da proibição penal.

A inserção de conteúdos normativos a partir da valoração objetiva do comportamento dos atores que compõem a relação perigosa possui como ponto de partida a ruptura com o método ontológico-dedutivo, *positivista*, e a adesão da proposta axiológico-valorativa, que acompanha o viés ideológico que reforça os valores que integram o *pós-positivismo jurídico*¹³⁸. A valoração do sistema do delito passa a acompanhar e compreender os valores que produzem a identidade social.

Por exemplo, no *caso da corrida de motocicletas*, em que dois jovens decidem praticar uma corrida ilegal, cada um pilotando a sua motocicleta, e, após um acidente, um deles vem à óbito. A construção fechada tende a imputar a responsabilidade ao autor pelo crime de homicídio culposo; a construção funcionalista de base teleológica nega a imputação com base na *autorresponsabilidade* do portador do bem. Ou seja, insere no conteúdo do tipo penal, aqui do tipo objetivo, critérios valorativos que decorrem da política criminal para determinar quando a proibição será funcional à proteção de bens.

A partir da reconstrução dos elementos do delito, o injusto penal é composto por uma lesão injustificável dos bens essenciais ao desenvolvimento humano em sociedade. O tipo penal tem a função de garantia, elemento que materializa o *nullum crimen*, ao tempo em que baliza o equilíbrio entre a adequação da proibição e a necessidade de proteção ao bem.

O tipo penal deve ser compreendido a partir da missão político criminal da proibição penal: a proteção de bens. Se o direito penal proíbe condutas para proteger bens, então só fará sentido proibirem-se condutas que de alguma forma representem

¹³⁸ O sistema juspositivista foi ultrapassado por um conjunto de reflexões sobre a função e a finalidade do direito em que as noções de justiça e legitimidade formam o conteúdo de uma abordagem valorativa e finalística do sistema jurídico. “Buscou-se, então, conceber a ordem jurídica como um sistema plural, dinâmico, e aberto aos fatos e valores sociais, erguendo-se um novo paradigma, denominado, por muitos estudiosos, pós-positivismo jurídico.” SOARES, *Op. Cit.*, 2016. P. 203.

ameaças a tal bem, ou seja condutas perigosas¹³⁹. Só se deve restringir a liberdade do cidadão dentro do estritamente necessário; nesse sentido, ações não perigosas, sob um ponto de vista sistêmico-penal, não podem ser consideradas típicas: a finalidade é que o sistema do delito seja capaz de orientar o equilíbrio entre interesses de proteção e interesses de liberdade social¹⁴⁰.

A construção reformula o tipo objetivo, funcionalizando a valoração da proibição a partir do princípio do risco e do conceito de imputação¹⁴¹. O problema do juízo de imputação normativo vinculado a um nexos de causalidade, evidentemente, naturalístico, é uma questão essencial que compõe a pauta de discussão da proposta de reformulação do pensamento dogmático na transição pós-finalista¹⁴².

De fato, o finalismo representa a maior expressão de desenvolvimento na teoria do delito, mas não superou os problemas do método causal-naturalista no âmbito da atribuição do resultado objetivamente típico. É no tipo objetivo que se estabelece o limite entre os espaços destinados à liberdade social de ação e a necessidade de proteção de bens a partir de núcleos de proibição. Por isso, considerar qualquer causação de resultado formalmente proibido como comportamento típico agrava a liberdade de ação em um espaço em que não se justifica a existência de proibição com fundamento na evitação de lesão a bens.

A teoria da imputação objetiva é o instrumento que tem a pretensão de reduzir o âmbito de responsabilidade objetiva decorrente da utilização do nexos de causalidade como nexos de imputação da responsabilidade pelo resultado objetivamente típico. A proposta funcional é de inserir a teoria como um elemento normativo no âmbito do tipo objetivo que funciona como um nexos de imputação do resultado, conduzindo a limitação da imputação do tipo objetivo apenas à causação de um resultado materialmente típico.

¹³⁹ ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico Penal*. Trad. Luís Greco. Renovar, 2000.

¹⁴⁰ ROXIN, Claus. ROXIN, Claus. *Reflexões Sobre a Construção Sistemática do Direito Penal*. Novos Estudos do direito penal. Organização: Alaor Leite. Tradução: Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2014. P. 113.

¹⁴¹ Nesse sentido, GRECO, Luís. *Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 19-25.

¹⁴² Nesse sentido, FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento Típico e Imputación del Resultado*. Tradução: Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004. P. 24.

Os casos em que atores interagem com uma exposição voluntária da vítima no perigo é apenas uma amostra; daí, vieram vários estudos e institutos que influenciaram a doutrina nacional nos vários estágios analíticos do crime. Por exemplo: o *princípio da insignificância*, as *teorias inferenciais do dolo a partir da normatização da vontade*, as *teorias da participação e as ações neutras*, a *reconstrução da culpabilidade a partir do conceito de responsabilidade*.

Partindo-se da missão de proteção subsidiária ao bem jurídico-penal de um Estado democrático de direito, o sistema penal passou a dizer se a pessoa atuou, queria atuar e era responsável por sua atuação. Mas, uma questão deve ser levantada, não como negação, mas como dúvida sobre a teoria, para evidenciar incertezas que servem ao desenvolvimento da construção e como advertência à criação da proposta funcional racional-teleológica como dogma irrefutável: não há necessidade de perfeição, atualmente não precisamos chegar sempre ao mesmo ponto, mas chegar a um ponto justo.

Com isso, é preciso advertir que o Estado democrático social e democrático de direito que fundamenta a política criminal apoiada na proteção de bens essenciais ao livre desenvolvimento humano necessita de um acréscimo para se ajustar ao direito penal brasileiro: considerar a realidade social brasileira, as pessoas e a identidade cultural do Brasil. Se o sistema dogmático se destina ao Brasil, com base nesse referencial reitor, a legitimidade de todas as construções e institutos estaria vinculada ao caráter social e democrático de nossa Constituição.

A questão é que “vivemos em um mundo confuso e confusamente percebido”. Com essa afirmação, Milton Santos inicia uma crítica sobre a possibilidade de uma outra globalização, em que o pensamento único e isolado sobre as pessoas e os objetos cede lugar à consciência universal, como crítica à realidade social. A afirmação de Milton Santos revela uma preocupação: se estaríamos diante de um momento em que o fundamento que projeta a missão do direito penal na sociedade contemporânea seria orientado por um projeto artificial de sociedade que seguem “os dados de um

mundo físico fabricado pelo homem, cuja utilização, aliás, permite que o mundo se torne esse mundo confuso e confusamente percebido”¹⁴³.

Parafrazeando Milton Santos, se queremos escapar da ideia de que essa percepção do direito penal é verdadeira, desejando uma realidade diversa, é possível encontrar pelo menos a presença de um fundamento do direito penal como uma *fábula*, seria a função do direito penal como nos fazem vê-lo; o fundamento do direito penal como *perversidade*: o direito penal como o que ele é; o direito penal como *ele pode ser*, uma outra relação entre o direito penal e a sociedade contemporânea.

O direito penal como *fábula* se vincula a questão do direito penal como instrumento de controle social voltado proteção subsidiária de bens-jurídicos, que cumpre função essencial ao desenvolvimento humano em comunidade, garantindo os espaços sociais de ação a partir da criação de núcleos de proibição que atendem a finalidade de uma Constituição que funda o sistema jurídico estatal de um Estado social e democrático de Direito.

Nesse sentido, a *fábula* é de um direito penal democrático que, se orientado por uma perspectiva racional-teleológica do delito, seria capaz de utilizar a política criminal do Estado brasileiro para solucionar o problema no caso concreto e, após, buscar no sistema dogmático uma adequada sistematização capaz de racionalizar a solução. Um método lógico, dedutivo-indutivo, capaz de atender a uma orientação sistemática e alcançar uma justa solução no caso concreto.

A questão é qual o *totem* que deve ser assumido pelo direito penal em uma *sociedade em rede*. As fronteiras físicas já não demarcam as fronteiras ideológicas em uma sociedade que se produz a partir da velocidade: em se constituir como mais veloz¹⁴⁴. A força do Estado, como o Leviatã de Hobbes, está a cada dia diluído pela identidade coletiva da globalização cosmopolita que faz com que os lugares permaneçam fixos,

¹⁴³ SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. Rio de Janeiro: Editora Record, 2011. p. 18

¹⁴⁴ CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1999. 39-50.

é neles que estabelecemos nossas raízes, mas, seguindo Stwrt Hall, “o espaço pode ser cruzado num piscar de olhos – por avião a jato, por fax ou por satélite”¹⁴⁵.

Mir Puig, analisando a fluidez das fronteiras da Europa, adverte sobre os benefícios e os riscos de uma uniformização ideológica do direito penal¹⁴⁶. Em face da *cosmopolitização* das realidades, no entanto, o sistema penal no último século apresentou-se como um potencial instrumento produtor de identidade coletiva que busca a *singularidade* cultural e o controle das pessoas e de suas vidas¹⁴⁷.

O problema é que a eficácia dos direitos fundamentais ainda é um dos efeitos negativos das constituições programáticas, como a brasileira. O rol de direitos fundamentais previstos em nossa constituição ainda não alcança o âmbito necessário para se concretizar uma eficácia horizontal dos direitos humanos, ou seja, a capacidade de atribuir o mesmo valor material de humanidade a todos os brasileiros. Em uma constituição simbólica, o conteúdo programático não espelha a realidade social da população.

Roxin considera que “o caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal”¹⁴⁸. A política criminal que se extrai da constituição brasileira é configurada a partir de princípios que indicam o curso de um sistema penal legal, social e democrático, em que o processo de criminalização está vinculado a limites formais que se obtém a partir da relação entre a proibição e a necessidade de proteção de bens que decorrem da constituição. E a materialização da proibição pede a incorporação dessa proibição no juízo de desvalor do fato lesivo. São processos que devem respeitar princípios que orientam e limitam o poder punitivo presentes na própria Constituição.

A questão é que a construção de todo o sistema a partir de uma proposta democrática formal pode ser prejudicial àqueles que, apesar de estarem submetidos ao ônus do Estado de direito, não são beneficiados com as garantias de um Estado liberal

¹⁴⁵ HALL, Stwrt. *A identidade Cultural na Pós-modernidade*. Tradução: Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. Rio de Janeiro: DP&A, 2006. P. 72-73.

¹⁴⁶ MIR PUIG, Santiago. *Bases Constitucionales del Derecho Penal*. Madrid: lustel, 2011.

¹⁴⁷ CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. São Paulo: Paz & Terra, 2008. P. 18-19.

¹⁴⁸ ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico Penal*. Trad. Luís Greco. Renovar, 2000. P. 20.

democrático. Ferrajolli alerta ao perigo da ausência de uma *democracia substancial* na supressão direitos e garantias das pessoas pelo direito penal¹⁴⁹, preocupação que também se expressa nas críticas de Jorge de Figueiredo Dias quando defende um Estado de Justiça como fundamento reitor à valoração da dogmática jurídico-penal¹⁵⁰.

A Constituição brasileira estabelece como ideal o Estado social e democrático de direito. O aspecto formal da política criminal que decorre dessa constituição, como programa político que indica a função e fundamentos que o direito penal terá na sociedade brasileira: i se apoia no postulado da dignidade humana; ii estabelece o vínculo com princípios que limitam e orientam a expressão punitiva; iii estabelece os bens que são dignos de tutela penal. O aspecto material dessa política criminal é de expansão do direito penal e progressiva violação de princípios liberais, e da própria *ratio* da proibição penal que advém do conceito de bem jurídico de estabelecer o ser humano como centro das decisões penais.

Nesse caso, o pensamento funcional teleológico-racional do delito propõe que o conteúdo dos elementos da dogmática penal, assim como o desenvolvimento de novos institutos, sejam deduzidos a partir do marco constitucional brasileiro. O problema é que a constituição é programática e a dogmática é procedimental, material, e serve não apenas ao *dever ser*, mas para estabelecer o que é. Nesse contexto, quando o sistema social reflete um horizonte político-criminal distante

¹⁴⁹ E todavia, em um sentido não formal e político, mas substancial e social de "democracia", o Estado de direito equivale à democracia, no sentido que reflete, além da vontade 11 da maioria, os interesses e necessidades vitais de todos. Neste sentido, o garantismo, como técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos, voltado a determinar o que estes não devem e o que devem decidir, pode bem ser concebido como a conotação (não formal mas) estrutural e substancial da democracia: as garantias, sejam liberais ou sociais exprimem de fato os direitos fundamentais dos cidadãos contra os poderes do Estado, os interesses dos fracos respectivamente aos dos fortes, a tutela das minorias marginalizadas ou dissociadas em relação às maiorias integradas, as razões de baixo relativamente às razões do alto." FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: a teoria do garantismo penal*. Tradutores: Ana Paula Zomer Sica Fauzi, Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. P. 693.

¹⁵⁰ "Todo Estado democrático e social que mantém intocada a sua ligação ao direito, e mesmo a um esquema rígido de legalidade, e se preocupa por isso antes de tudo com a consistência efetiva dos direitos, das liberdades e das garantias da pessoa; mas que, por essa razão mesma, se deixa mover, dentro daquele esquema, por considerações de justiça na promoção e na realização de todas as condições – políticas, sociais, culturais, econômicas – do desenvolvimento mais livre possível da personalidade ética de cada um. Não se trata, pois, tanto aqui de tomar qualquer posição na moderna controvérsia acerca da subsistência do Estado-providência ou do regresso a um Estado-liberal, quanto de caracterizar o Estado, fundamentalmente e na sua acepção social mais lata, como um Estado de Justiça." IN: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 34. 208

daquele que se deduz do texto constitucional, as valorações dos institutos da teoria do delito e a construção de institutos a partir da dedução do ideal de proteção ao bem jurídico, faz da dogmática penal o instrumento violador do Estado de direito: um direito penal como *perversidade*.

A teoria do bem jurídico representou um grande avanço à centralidade da dignidade humana como fundamento e referência ao direito penal contemporâneo. A dogmática funcionalista do delito auxilia o desenvolvimento da teoria do delito no país, e ainda tem muito a nos dar, mas, pensar o global não prescinde da compreensão de que existem sociedades com realidades sociais diversas, com níveis de materialização da democracia que se vinculam ao desenvolvimento sociocultural de cada nação, e por isso entender o direito penal requer um olhar sobre o social, para que a teoria do bem jurídico não venha reforçar o viés material político criminal brasileiro, de viés expansionista e *punitivista*, que tanto destoa do conteúdo *garantístico* do nosso texto constitucional.

A teoria do bem jurídico, especialmente a partir de uma expectativa normativa, pode abrir portas para uma criminalização expansiva (a partir da *espiritualização do bem jurídico*) e uma dogmática utilitarista (os fins justificam os meios para avançar ou recuar a proibição penal a partir de institutos dogmáticos *ad hoc*).

À dogmática penal, o momento requer pensar mais que um exercício de lógica com o reagrupamento de rótulos sistemáticos a partir do conceito normativo de bem jurídico. Ele, o bem jurídico, como adverte Schünemann, é um conceito que não deve ser abandonado, é importante para ter o ser humano como centro do direito penal¹⁵¹. Mas em uma época em que existem várias verdades e nenhuma realidade¹⁵², a dogmática

¹⁵¹ “Não só se deve insistir na posição central do conceito de bem jurídico-penal, como também de que a teoria do bem jurídico ainda está por ser verdadeiramente construída”. SCHÜNEMANN, Bernd. *O Princípio da Proteção de bens Jurídicos como Ponto de Fuga dos Limites Constitucionais e da Interpretação dos Tipos*. Em: Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013. P. 67.

¹⁵² Ricoeur, nesse sentido, analisa o poder da ideologia na construção do imaginário social, enquanto um poder constitutivo da forma que a sociedade se vê em si, assim como, por seu viés dissimulatório como verdades que produzem a alienação. “Ela parece ligada à necessidade de um grupo qualquer construir uma imagem de si mesmo, de ‘se representar’, no sentido literal da palavra, de se pôr em jogo e em cena” RICOEUR, Paul. *Interpretação e Ideologias*. 4ª Ed. Organização, tradução e apresentação de Milton Japiassu. Rio de Janeiro, F. Alves, 1990. 209. “A patologia que nasce do fenômeno ideológico procede de sua própria função de reforço e de repetição do elo social em situações de fora-de-tempo.

penal deve ter na crítica social uma parte do seu fundamento para que não se torne robusta teoricamente, mas frágil e simplificadora do ser social.

A base reitora do direito penal, considerando a forma e função que possui no sistema social, como *ele pode ser*, inclui a identidade constituída pela proteção e desenvolvimento dos direitos humanos¹⁵³. Para cumprir com a função de proteção, o sistema penal desenvolve estruturas voltadas à manutenção da humanidade como referencial comportamental que indica o caminho correto em face das múltiplas possibilidades de interação da pessoa com o sistema social.

A dogmática penal apoiada na teoria do bem jurídico não merece ser um *cavalo de tróia*: um presente formalmente belo, lógico e que produz caminhos ao desenvolvimento abstrato da teoria do delito, mas que se molda à perspectiva frágil do constitucionalismo latino-americano e às ideologias *punitivistas* e anti-humanistas que marcam a história do sistema penal. Um presente que satisfaz menos os interesses de quem recebe do que o daquele que dá.

A proposta funcional avança na construção de um pensamento dogmático mais ajustado aos problemas sociais contemporâneos, mas como todo conhecimento ele é inacabado. A imperfeição está na essência do ser humano e, conseqüentemente em todos os empreendimentos que decorrem dele, mas imperfeição pela *desfuncionalização* da funcionalização teleológico-racional da dogmática penal gera um horizonte de expectativas anti-humanista na sociedade brasileira.

Simplificação, esquematização, estereotipia e ritualização procedem da distância que não deixa de se cavar entre a prática real e as interpretações através das quais o grupo toma consciência da sua existência e de sua prática. Uma certa não-transparência dos nossos códigos culturais parece, de fato, ser a condição da produção das mensagens sociais” *Ibid.* p. 229.

¹⁵³ A dignidade humana aqui compreendia enquanto valor histórico-cultural. “Uma fórmula de justiça substancial, passível de ser invocada concretamente pelos sujeitos de direito, sem os limites decorrentes das concepções jusnaturalista e positivista de fundamentação do direito justo.” SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Elementos de Teoria Geral de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 253.

2.4 O SISTEMA PENAL AUTORREFERENTE E A *MATRIX*

O direito penal é sujeito e objeto de uma mesma realidade, ao mesmo tempo em que produz efeitos na vida das pessoas, as pessoas produzem o seu conteúdo, essa é uma conexão necessária, mas está longe de ser plenamente aceita. Com a evolução da cibernética, da informática e da comunicação, amplia-se a importância das teorias que compreendem a sociedade a partir de sistemas.

Essa forma de pensar e de agir, aliás de compreender a vida, teve inserção em diferentes espaços de conhecimento. No direito penal possui maior evidência a Teoria dos Sistemas desenvolvida por Niklas Luhmann, especialmente a partir dos estudos sistêmicos e *comunicacionistas* estruturalistas: se não é possível determinar todos os sentidos da existência humana, a teoria dos sistemas cria a percepção sobre a criação de um ser humano determinado e definido pelo sistema.

A teoria dos sistemas, especialmente a luhmanniana tem cadeira cativa nas pesquisas jurídicas, não só no âmbito da teoria geral do direito, mas, sobretudo no espaço destinado às ciências penais (criminologia, dogmática penal e política criminal). A teoria chega ao sistema jurídico brasileiro como uma inovação que carrega mais superstições, temores e rótulos que certezas quanto ao seu conteúdo, estrutura ou potencial de alcance à compreensão da sociedade contemporânea e do próprio direito penal.

A partir da década de 70 do século XX, Gunther Jakobs iniciou uma proposta de funcionalização do direito penal a partir de uma compreensão sistêmica, apoiado principalmente no trabalho de Luhmann, mas também apoiado na teoria do direito a partir da circularidade normativa da pena desenvolvida por Hegel¹⁵⁴. A proposta de Jakobs apresentou ganhos à dogmática penal, especialmente pela produção de um conhecimento lógico e cognitivamente aberto à ideologia social, criando uma construção coerente à compreensão e desenvolvimento dos institutos da teoria do delito.

¹⁵⁴ A pena tem caráter contrafático: recai sobre o agente com a finalidade de reafirmar a norma violada pelo comportamento criminoso.

A maior crítica à teoria se centra no encerramento operativo do sistema do delito que faz com que o sistema possa ressignificar fenômenos que são inerentes ao ser humano, atribuindo um significado útil ao próprio sistema. Aqui a teoria satisfaz aquele desejo do *super homem*, pois a partir dela se pode controlar todos os aspectos de uma realidade: aquela que advém de um universo paralelo criado pelo próprio sistema. Essa compreensão pode resultar na substituição da ação pela comunicação, do indivíduo pela pessoa, da ética da solidariedade pela lógica, abstração e eficiência do sistema.

Mas, em um período em que todos têm suas verdades isoladas, em que as *redes sociais* criam uma sociedade paralela, com personalidades diferentes, rostos, corpos e hábitos diversos daqueles observados no plano físico, naturalístico e ontológico, em uma sociedade com tantos universos, o que custa ter mais uma verdade? Custa é que a verdade sistêmica penal pretende ressignificar conceitos, dentre eles o de indivíduo e pessoa.

Kant¹⁵⁵, na *Metafísica dos costumes*, elevava o ser humano ao patamar máximo de sua existência, ele em sua essência tem em si o potencial de viver livremente guiado por sua vontade, um indivíduo que por ser humano já possui todo o valor possível de humanidade. Esse sentido máximo de humanidade contrasta com a necessidade atual de controle e funcionalização da pessoa para atender a finalidades sistêmicas, que requer um instrumento heterônomo, o que evidencia o patamar mínimo de essência humana.

Não é o direito penal quem deve dizer ao indivíduo quando e de que forma ele é uma pessoa: a autonomia e a racionalidade não devem deixar de ser atributos do ser humano para configurar um signo atribuível a alguns indivíduos pelo sistema penal. Manuel Castells adverte que junto com toda essa revolução tecnológica, a partir do último quarto do século XX, também avançam “expressões poderosas de identidade

¹⁵⁵ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Textos Filosóficos. Lisboa: Edições 70, 2007.

coletiva que desafiam a globalização e o cosmopolitismo em função da singularidade cultural e do controle das pessoas sobre suas próprias vidas e ambientes”¹⁵⁶.

A proposta de um sistema penal axiologicamente neutro pode ser um poderoso instrumento de produção de identidade, dependerá do viés ideológico adotado como programa ao sistema. Ao olhar um magnífico edifício, a beleza da obra pode ocultar a finalidade de sua construção, assim como o olhar do construtor sobre a sua própria construção. O sistema funcional de Jakobs apoiado na funcionalidade sistêmica, assim como o de Roxin que tem por base a política criminal de um Estado garantista, necessitam de uma orientação teleológica que é utilitarista. No entanto é importante diferenciar uma dogmática penal de estrutura utilitarista de um direito penal de viés ideológico e político criminal utilitarista, que tem na dogmática o seu instrumento¹⁵⁷.

A teoria dos sistemas de Luhmann não se preocupa com ideologias, contramotivação de comportamentos, combate a regimes ditatoriais ou maximização dos espaços de liberdade. Fornece um método que pretende teorizar a sociedade, aferida isoladamente como um ente amorfo, que funciona a partir de suas próprias estruturas, guiada por um programa reitor, cognitivamente aberta a outros sistemas, como o psíquico, mas operativamente fechada, pois decide a partir de suas próprias estruturas. A questão é que Luhmann não explica a sociedade a partir do ser humano, mas da própria sociedade. Ele não prescinde da existência humana, mas encontra uma unidade sociológica a partir da *autorreferencialidade* do sistema social.

Nesse processo, o ser humano não é mais necessário para compreensão da sociedade, não que ele deixe de existir, ou Luhmann negue a sua existência, mas a existência humana, a individualidade e a ação não seriam os fundamentos ao desenvolvimento do sistema social, pois ela se desenvolve a partir de elementos formados por sua própria unidade. Para isso, o sistema passa a se apoiar no conceito de comunicação, que está na própria sociedade como consequência do seu desenvolvimento histórico.

¹⁵⁶ CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. São Paulo: Paz & Terra, 2008. P. 18.

¹⁵⁷ SILVA SANCHEZ. Jesús-Maria. *Aproximacion al Derecho penal Contemporáneo*. Barcelona: Bosch Editor, 1992. P. 72.

O ser humano, nesse caso, interage com a sociedade a partir do que Luhmann chama de acoplamento estrutural, que acopla o sistema psíquico que está no ser humano com o sistema social que compreende a sociedade. A partir dessa interação, a sociedade organiza todos os seus processos internos com suas próprias estruturas, autofuncionaliza-se para manter a identidade do sistema a partir da redução da complexidade do seu meio e a criação de expectativas. A questão é que o direito penal é um ramo do direito eminentemente aflitivo e a utilização da teoria dos sistemas como instrumento de atribuição de responsabilidade sem a determinação de um programa vinculado à dignidade humana, acaba por priorizar o controle, a previsibilidade e a organização, ainda que em detrimento de valores: como o de humanidade, democracia e justiça.

Nesse sentido, podem se criar percepções divergentes entre o sistema social e o subsistema de referência imediato à valoração do fato. Se um casal de namorados se abraça em umas das praias de Salvador, não temos uma relação de afeto entre duas pessoas, mas uma interação de cada indivíduo a partir do acoplamento estrutural¹⁵⁸ entre o sistema psíquico deles e o sistema social que, a partir da comunicação, passa a desenvolver estruturas para atribuir um significado sistêmico de *afeto*¹⁵⁹.

A medida em que o meio do sistema social se torna complexo, a estrutura do próprio sistema passa a se diferenciar criando subsistemas para redução dessa

¹⁵⁸A relação, aliás interação, para utilizar o termo correto, entre a sociedade e o indivíduo se estabelece a partir do acoplamento estrutural que se define como o canal de comunicação, sendo relevante ao sistema a comunicação capaz de se compatibilizar com as estruturas do próprio sistema, que tem como função a redução da complexidade do seu meio. A partir do acoplamento estrutural é possível uma canalização de causalidade que pode produzir efeitos que são aproveitados pelo sistema. O acoplamento estrutural deve ser compatível com a *autopoiesis*. O acoplamento estrutural exclui, portanto, que dados existentes no meio possam definir, conforme as próprias estruturas, o que acontece no sistema. LUMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Petropolis: Vozes, 2001. P. 131.

¹⁵⁹ Auto-organização e autopoiesis são dois conceitos que devem se manter claramente separados. Cada um acentua aspectos específicos do encerramento de operação. [...] Auto-organização significa construção de estruturas próprias dentro do sistema. Como os sistemas estão enclausurados em sua operação, eles não podem conter estruturas. [...] Portanto, o conceito de auto-organização deverá ser entendido, primeiramente, como produção de estruturas próprias, mediante operações específicas. Autopoiesis significa, ao contrário, determinação do estado posterior do sistema, a partir da limitação anterior à qual a operação chegou. O conceito de *Autopoiesis* foi desenvolvido pelos Biólogos Huberto Maturana e Francisco Varela que tratavam da propriedade de auto-produção da célula, através da ciência biológica. Se autoproduzem independente de estímulos externos. *Ibid.* P. 113.

complexidade. E a medida em que o sistema reduz a complexidade do seu meio, amplia a sua complexidade interna, pois torna-se necessário o desenvolvimento de novas estruturas e novas expectativas. Daí que para Luhmann a descrição do significado psíquico individual não tem o potencial para dizer o que é a sociedade, pois a sociedade é formada por aspectos culturais reafirmados historicamente por uma ideologia.

E essa estrutura normativa da comunicação pretende ultrapassar a perspectiva individual como forma de compreender e reduzir a complexidade inerente ao sistema social¹⁶⁰. A teoria dos sistemas observa a complexidade da sociedade contemporânea e busca reduzi-la¹⁶¹, a partir de um processo de seleção que parte para apreensão do conteúdo que tem relevância para manutenção do próprio sistema¹⁶².

A função do sistema, assim, segue um esquema que permite que cada estrutura seja fundadora de conceitos operativos que possibilitam à sociedade alcançar resultados, diminuindo a complexidade inerente à troca comunicativa, que é duplamente contingente, ou seja, em face da impossibilidade de determinar o comportamento do outro, há uma expectativa em sua seletividade: a expectativa da expectativa do outro em face da complexidade.

¹⁶⁰ Portanto, o social pode ser explicado sob a forma de uma rede de operações que gera uma fenomenologia de *autopoiesis*. Nessa perspectiva, é muito difícil que o conceito de ação seja adequado para definir o operador social, já que a ação pressupõe, ao menos no entendimento comum, um processo de atribuição que nem sempre desemboca em um acontecimento de socialização. A ação pode também ser descrita como um acontecimento solitário, individual, sem nenhum tipo de repercussão social. *Ibid.* P. 91.

¹⁶¹ A maneira mais acessível de entender a complexidade é pensar, primeiramente, no número de possíveis relações, dos possíveis acontecimentos e dos possíveis processos. Imediatamente, compreender-se-á que cada organismo, máquina ou formação social, tem sempre um meio que é mais complexo, e oferece mais possibilidades do que aquelas que o sistema pode aceitar, processar ou legitimar. [...] Por complexo se designa, então, aquela soma de elementos, que em razão de uma limitação imanente de capacidade de conexão do sistema, já não possibilita que cada elemento permaneça sempre vinculado. *Ibid.* P. 184.

¹⁶² O sistema não tem a capacidade de apresentar uma variedade suficiente para responder, ponto por ponto, à imensa possibilidade de estímulos provenientes do meio. Assim, o sistema requer o desenvolvimento de uma disposição especial para a complexidade, no sentido de ignorar, rechaçar, criar indiferenças, enclausurar-se em si mesmo. Por isso, surgiu a expressão redução de complexidade, no que se refere à relação do sistema com o meio, mas também consigo mesmo, principalmente quando se tratava de compreender as instâncias de racionalidade, as agências de planejamento localizadas dentro do próprio sistema. *Ibid.* P. 179.

O sistema não busca compreender a complexidade pela comunhão de elementos que influem significativamente um no conteúdo dos outros. Nesse caso, o altruísmo como tolerância ao próximo como o contínuo do *eu* é substituída pela compreensão da complexidade social pela diferenciação do sistema no meio e formação de novos subsistemas: o que se busca é programar o sentido lógico objetivo das relações para determinar a previsão de um futuro próximo a partir do progressivo encadeamento de expectativas também objetivas.

O sistema autopoietico existe na diferença com o seu próprio ambiente: é uma unidade na diferença, a diferença da diferença¹⁶³. O sistema, assim, não é uma unidade no meio, mas a diferença da diferença no meio. O sistema é a diferença da forma no meio: é o que se diferencia do que é diferente nele mesmo, sendo, por isso, que a análise do sistema não é realizada de fora, mas dentro do próprio sistema, sem uma realidade transcendental *a priori*, mas a partir das estruturas que se formam no instante em que o sistema se opera¹⁶⁴.

O processo de contingência se forma com a imprevisão da relação inerente às múltiplas possibilidades expectáveis no ambiente social. Como não há como determinar todas as possibilidades de relação possíveis socialmente a uma pessoa, ainda mais no período atual em que a informática ampliou a capacidade de ação do ser humano a um nível quase inimaginável outrora, sistema possibilita ao observador valorar objetivamente as expectativas que se apresentam como possíveis às pessoas. O que há é uma dupla contingência e uma finalidade de controle e segurança, pois não posso controlar o outro dentro da minha verdade, mas com o sistema é possível determinar papéis com limites de ser e de agir e, assim, posso ter a expectativa da expectativa do outro.

O direito é um subsistema social que tem a função de reduzir essa complexidade ao, através da norma, orientar expectativas normativas de outras pessoas, pois o observador (controlador) espera que a atuação seja em conformidade com a norma. Por exemplo, o paciente que se submete a uma intervenção cirúrgica tem a

¹⁶³LUHMANN, Niklas. *The Myth Functional Analysis as a Special Method in Sociology and Anthropology*, in: *American Sociological Review* 24 (1959), págs. 757-772.

¹⁶⁴LUHMANN, *Op. Cit.*, 2011. P. 80 et seq.

expectativa de que o médico atuará conforme a *lex artis*, e o médico, na cirurgia não é necessário ir além das expectativas sistêmicas que lhe são exigidas. A expectativa normativa é objetiva, olha o conteúdo do papel e não o conteúdo da pessoa, compreende deveres de organização e não a solidariedade.

O sistema social passa a produzir o signo comunicativo necessário à sua *autorreferencialidade* e sua otimização. Essa *autorreferencialidade* vem da ideia de *autopoiesis* que diferencia o sistema psíquico e social em relação às máquinas, pois, para Luhmann, assim como os organismos se autoproduzem para construção biológica, através da combinação celular, os sistemas sociais se caracterizam e se diferenciam com a reprodução da comunicação¹⁶⁵.

A pretensão é de que como uma célula é o elemento de operação no sistema biológico, capaz de formar, desenvolver e diferenciar a vida, a sociedade se diferenciaria pela comunicação, que orienta a formação das estruturas do sistema e as reproduz¹⁶⁶. A partir dessa perspectiva, a análise da sociedade se constrói por uma operação única, em que a referência central não é o ser humano em sua diferenciação ou domínio sobre natureza, ou sobre outro ser humano: a referência central é comunicação, como um *start* para o sistema social, pois só ela é capaz de comunicar.

Tomando essa construção como referência, é a própria ciência penal que tem a capacidade de reestruturar e formar o conteúdo dos elementos que compõem a dogmática jurídico-penal, como os conceitos de vítima, ação e imputação¹⁶⁷. A funcionalidade desse sistema, no entanto, não se observa pela razão de ser de um elemento da vida das pessoas, mas sobre a eficiência de suas estruturas para manutenção da unidade própria do sistema.

¹⁶⁵ LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociais*. Esboço de uma teoria geral. Petropolis: Vozes, 2016. p. 161 e seguintes.

¹⁶⁶ LUHMANN, *Op. Cit*, 2011. p. 250 e *et seq.*

¹⁶⁷ Nesse contexto, não é cabível o conceito de evolução fundado na causalidade (acaso), colocando a relação entre sistema e meio no terreno dos impulsos de variação que se situam fundamentalmente na parte relativa ao meio. Segundo essa teoria, tais impulsos levam a mutações no sistema. [...] A teoria da seleção natural cujo impulso fundamental reside na seleção de formas de sobrevivência que não estão de modo algum visíveis no sistema, mas se encontram basicamente nos estímulos do meio, tratando-se, portanto, de uma determinação externa da estrutura do sistema. *Ibid.* P. 129.

2.5 O SISTEMA E A DOGMÁTICA PENAL

A partir de alguns elementos da teoria dos sistemas, Jakobs desenvolve uma proposta funcionalista da dogmática penal apoiada na prevenção geral da pena. Mais que isso, utiliza o conceito de *autorreferencialidade* da proposta de Luhmann para criar um sistema jurídico-penal *autopoietico* com base na proposta de proteção de expectativas normativas¹⁶⁸. Em que é capaz de distanciar o significado das estruturas do sistema penal daquele que se obtém a partir da apreensão das relações sociais¹⁶⁹.

Jakobs defende que o sistema penal não se fundamenta na perspectiva individual, não se vincula à lógica da satisfação e insatisfação do indivíduo, mas por um viés do permitido e não permitido que decorra do *rol* assumido pela pessoa¹⁷⁰. Assim, o que ordena uma sociedade para Jakobs não é um esquema voltado à garantia de satisfação em face da superação da insatisfação individual, mas, de outro modo, a partir de esquemas normativos que define o rol de papéis sociais atribuíveis às pessoas.

O direito assimila a identidade cultural¹⁷¹ e as reafirma através das normas, que contém parâmetros que informam os papéis e expectativas comportamentais voltados aos cidadãos.¹⁷² É nesse sentido que o papel informado pelo sistema, e que vincula a pessoa a uma rede de significação, é o instrumento para orientar a ação a que se deve atribuir o fato que merece ser contramotivado através da pena.¹⁷³ É o sistema

¹⁶⁸ RAMOS, Enrique Peñaranda. GONZÁLEZ, Carlos Suárez. MELIÁ, Manuel Cancio. *Um Novo Sistema Jurídico Penal. Considerações sobre a teoria de Günther Jakobs*. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003. P. 18.

¹⁶⁹ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 160-167.

¹⁷⁰ JAKOBS, Günther. *La Imputación Jurídico-Penal y Las Condiciones de Vigencia de la Norma*. IN: CASABONA, Carlos María Romeo. *Teoría de Sistemas y Derecho penal: Fundamentos y posibilidades de Aplicación*. Granada: Editorial Comares, 2005. P. 178-179.

¹⁷¹ JAKOBS, Gunther. *Danosidade Social? Anotações sobre um problema teórico fundamental do Direito Penal*. IN: *Teoria da Pena, bem jurídico e imputação*. São Paulo: LiberArs, 2012. P. 93.

¹⁷² “Na concepção de Jakobs, o Direito penal obtém sua legitimação material de sua necessidade para garantia da vigência das expectativas normativas essenciais (aquelas das que depende a própria configuração da identidade da sociedade) frente a aquelas condutas que expressam uma máxima de comportamento incompatível com a norma correspondente põem a esta, por tanto, em questão como modelo geral de orientação no contrato social.” IN: RAMOS, Enrique Peñaranda. GONZÁLES, Carlos J. Suárez, MELIÁ, Manuel Cancio. *Consideraciones sobre la Teoría de la Imputación de Günther Jakobs*. IN: JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Civitas --- p. 18.

¹⁷³ Para justificar o fechamento operativo do direito penal, a construção funcionaliza todo o sistema a partir da finalidade preventiva geral da pena. A pena, nesse sentido, perde o seu viés retributivo ou

que deve dirigir as interações simbólicas que determinam o comportamento admissível frente ao sistema social¹⁷⁴.

O fundamento material do sistema jurídico-penal¹⁷⁵, nessa perspectiva, é a preservação da vigência das expectativas normativas¹⁷⁶ que contém a identidade social formada por uma comunidade¹⁷⁷. Jakobs considera que a individualidade e as condições de liberdade só se desenvolvem em sociedade, pois “sem uma sociedade em funcionamento, faltam as condições empíricas da subjetividade”¹⁷⁸.

Ele tem razão, mas não existe sociedade sem as condições empíricas de subjetividade, somos construtores e ao mesmo tempo somos formados por uma mesma realidade, sem o indivíduo não haveria nem a possibilidade de explicar a sociedade. Edgard Morin a partir da ideia de *looping autoproductivo* defende que “é preciso juntar as partes ao todo e o todo às partes”, ou seja, não é possível conhecer toda a sociedade a partir de um indivíduo, mas são os indivíduos que formam a realidade.

O trabalho de Jakobs é menos referenciado por seus acertos que por seus equívocos. E, nesse sentido, é comum reduzir toda a relação entre a teoria dos sistemas e o direito penal à proposta funcional sistêmica e, igualmente, toda a construção funcional

preventivo especial e passa a ser um instrumento de comunicação da refutação da violação e de reafirmação da norma. JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal*. Tradução: André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 70.

¹⁷⁴ O pedestre espera que o condutor respeite a sinalização do semáforo e o limite de velocidade e o condutor espera que o pedestre atravesse à via utilizando a faixa de pedestres. Ambos se comunicam e estabelecem seus comportamentos conforme as expectativas derivadas dos sistemas de comunicação resultantes da sociedade.

¹⁷⁵ O funcionalismo sistêmico parte do fundamento da ideia de sistema social que se orienta através da reafirmação da identidade cultural que é fonte para construção do sistema jurídico. Nessa perspectiva, para preservação e restauração da identidade social violada, todo o sistema passa a ser funcionalizado e fundamentado no fim de prevenção geral positiva da pena, que passa a ser um elemento de estabilização da ordem normativa, que supostamente reforçaria a historicidade da comunidade.

¹⁷⁶ JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Civitas, 1997. p. 18. Nesse sentido, “[O] Direito Penal obtém sua legitimação material de sua necessidade para garantir a vigência das expectativas normativas essenciais (aquelas de que depende a própria configuração ou identidade da sociedade) diante das condutas que expressam uma regra de comportamento incompatível com a norma correspondente e colocam nesta, portanto, uma questão como modelo geral de orientação no contato social.” IN: RAMOS, Enrique Peñaranda, GONZALES, Carlos Suarez, MELIÁ, Manuel Cancio. *Op. Cit*, 2003. p. 03

¹⁷⁷ *Ibid.* p. 01.

¹⁷⁸ JAKOBS, Gunther. *Sociedade Norma e Pessoa: Teoria de um Direito Penal Funcional*. Barueri-São Paulo: Manole, 2003. P. 15.

sistêmica ao *direito penal do inimigo*. E, nesse sentido, a redução das construções sistêmicas ao lado negativo da dogmática penal.

Seria um exagero exigir a extinção da dualidade entre o *bem* e o *mal* de um juízo de valoração qualquer, pois todos os juízos possíveis se vinculam à circularidade da comunicação humana como forma de apreensão de significado e, não é de agora, que o ser humano tende a valorar o seu *eu* em relação ao *outro* a partir da dualidade, que muito se transforma em combate entre o *bem* e o *mal*: é possível citar a própria crítica de Jakobs quando toma a narrativa do *pecado original* como referência para explicar as múltiplas vertentes da teoria da imputação objetiva do resultado, considerando Adão ter comido o fruto proibido, que tanto na ciência da imputação penal quanto na narrativa do *pecado original* o fato representa um *mal*. A dogmática penal tem vivido essa relação de dualidade. No entanto, o contrário da verdade estabelecida pelo pensamento majoritário na dogmática penal atual não é um erro, mas pode ser visto como uma verdade contrária.

A utilização de pressupostos sistêmicos na dogmática penal é acompanhada de muitos adjetivos: burocrata, desumano, violador da dignidade, utilitarista etc. Não que estes adjetivos estejam incorretos, mas, entre o *eu* e o *outro*, entre o *bem* e o *mal* existem muito mais identidades e unidades que diferenças: os métodos dogmáticos apresentam terrenos com fronteiras voláteis que exigem uma análise mais profunda do objeto que se pretende adjetivar, uma vez que o *outro* sempre será o *eu* na perspectiva de um *outro*, ou seja: o *próximo*; e o *bem* pode conviver com um outro *bem*.

A proposta de Jakobs traz ganhos à dogmática penal: a criação de pautas básicas essenciais à teoria do delito, que auxiliam na resolução de casos complexos de modo mais refinado, servindo o conteúdo das unidades analíticas a partir da compreensão do sistema, especialmente a necessidade de uma valoração dos institutos em rede: a descrição de um elemento isolado não é capaz de determinar o sentido do sistema. É necessário conectar o sistema penal e o sistema social, mas a essa conexão sempre se faz com a presença do ser humano: o indivíduo forma a sociedade, ao mesmo tempo que a sociedade forma a pessoa. As pessoas estão em constante

desenvolvimento a partir de um processo de socialização, em que é necessária uma sociedade em curso para apreensão de valores culturais.

A física quântica expôs com o princípio da indeterminação, que todos os resultados que possam ser mensuráveis estão vinculados a um limite mínimo da incerteza na unidade última, subatômica. A observação desse limite mínimo, desse núcleo da matéria, sempre será comprometida pela avaliação do observador, existe um conteúdo mínimo que não pode ser determinado, pois ele mudará sempre de sentido seguindo fatores universais do ambiente, dentre eles a própria existência do observador. A questão é que se o determinismo newtoniano não consegue explicar física, do rol das ciências exatas, quiçá em uma ciência da cultura como o direito penal.

Essa indeterminação que nos retira a possibilidade de determinar o futuro, retira também a possibilidade de previsão do comportamento do outro a partir da criação de expectativas normativas. Retira mais! a certeza sobre o fundamento e o conteúdo do comportamento permitido e do proibido que, em um núcleo mínimo, como ponto reitor de todo o pensamento que se ergue a partir de expectativas normativas, necessitará do ser humano e da vida como referencial ao *primeiro átomo* da permissividade do risco.

As propostas sistêmicas procuram sanar o indeterminismo e a complexidade pela ausência de expectativas sobre um futuro próximo do direito penal. Um procedimento voltado ao controle, como a dogmática, não pode deixar de ter o controle, mas mais que controle é necessário ter funcionalidade, e a função da dogmática penal não deve ser controlar por controlar, mas orientar os limites à manifestação do direito penal conforme as necessidades do ser humano.

O funcionalismo sistêmico ainda acredita que através do refinamento da técnica conseguirá compreender e solucionar os conflitos existentes em um sistema social. Uma utopia: a indeterminação está na complementariedade que é a essência da vida,

como diz Niels Bohr¹⁷⁹. O mundo sempre estará em transformação, ao tempo que ele transforma todos.

Assim como na física, na teoria normativa sistêmica também haverá um núcleo mínimo que é incerto e que revela a instabilidade de todo o sistema montado sem o reconhecimento da importância das pessoas no processo de valoração. Ao responder sobre o fundamento mínimo da permissividade do risco, Jakobs retoma a concepção de adequação social, ao processo de ponderação e à figura do ser humano prudente como referência ao comportamento permitido, uma vez que não é possível estabelecer papéis vinculativos a todas as relações sociais.

Ao estabelecer esses critérios como determinação ao fundamento das expectativas, Jakobs abre espaço à indeterminação e à imprevisibilidade do núcleo mínimo, bem como de todo o sistema: se as expectativas que devem ser garantidas precisarão de um juízo de ponderação em face ao caso concreto, considerando o *standart* do ser humano prudente, então, o sistema de Jakobs passa a ser uma *matrix*, gestada por aquele que realizará a ponderação. Não é o sistema que se encerra operativamente sem os seres humanos, mas, nesse caso, um ser humano é que detém todo o sistema. O fundamento material é a expectativa normativa, mas o núcleo mínimo é o sistema psíquico daquele que gere todo o sistema.

Essa foi a preocupação de Welzel, ao recuar quanto ao desenvolvimento do sistema finalista a partir do princípio da adequação social da ação. O conceito de adequação social tinha como base reitora os valores culturais afirmados socialmente por uma ideologia, não seria adequado aos fins de proibição o comportamento culturalmente aceito. O conteúdo da ação poderia ser obtido não de uma perspectiva ontológica enquanto manifestação da vontade como expressão da dignidade humana, mas a partir de valores dados pelo viés ideológico de uma sociedade. A partir dessa concepção, o conceito de ação e o de pessoa perderia o valor que decorre da essência da natureza humana e seria definido pela identidade cultural: o projeto finalista poderia

¹⁷⁹ BETTO, Frei. *Indeterminação e complementariedade*. IN: Ensaio de Complexidade. CASTRO, Gustavo de. Porto Alegre: Sulina, 2006. P. 45.

ser utilizado para fins antidemocráticos e violadores da dignidade humana, como o pensamento dogmático social-nacionalista alemão.

Jakobs, discípulo de Welzel, deu continuidade e refinou projeto esboçado na teoria da adequação social, o próprio Jakobs afirma que o risco permitido é a concreção do princípio da adequação social¹⁸⁰, e também que o conteúdo das expectativas normativas que devem ser asseguradas pelo direito penal decorre da identidade cultural de uma sociedade em curso. Diferentemente de Welzel, Jakobs não recuou em face da ampliação da capacidade de rendimento para fins utilitaristas e anti-humanistas que esse sistema pode alcançar.

A máquina artificial¹⁸¹ da dogmática penal pós-moderna é operada por um sujeito oculto, artificial: a ciência penal se estabelece a partir do olhar da dogmática penal sobre a sociedade, mas pouco tem a dizer sobre o olhar daquele que olha a dogmática penal. Essa máquina artificial, com o seu mecanicismo e formalismo, acaba por desconsiderar “o que é subjetivo, afetivo, livre e criador”¹⁸².

O olhar da dogmática sobre a sociedade mudou, mas a compreensão do olhar da sociedade sobre a dogmática como forma de desenvolvimento da dogmática não avançou muito. A teoria normativa sistêmica pode render e alcançar mais se ultrapassar os limites que a prende na abstração da produção de um conhecimento segmentado, as propostas *comunicacionistas* apresentam possibilidades ao conhecimento sistêmico no direito penal.

O desafio da dogmática penal atual é compreender o conteúdo dos institutos que são trazidos como símbolos que carregam o poder da autoridade filosófica centrada em uma perspectiva ainda insuficiente à nossa realidade. O “poder simbólico é, com efeito, esse poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem.” Por isso, os

¹⁸⁰ JAKOBS, Günther. *A imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução: André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. P. 35.

¹⁸¹ A artificialidade se evidenciará se o sistema não tiver como objeto o ser humano com a finalidade de ampliar a liberdade e restringir a esfera de proibição.

¹⁸² MORIN, Edgard. *Educação e Complexidade: os sete saberes e outros ensaios*. São Paulo: Cortez, 2013. P. 18.

institutos construídos pela dogmática penal contemporânea importam ao direito penal brasileiro, são referência ao perfil dogmático pátrio, mas essa referência deve ser crítica e reflexiva.

Essa crítica se mostra mais adequada a partir da adoção de uma rede de conhecimentos que vinculem pessoa, sociedade e o direito penal. É nesse sentido que é possível se desenvolver um sistema penal a partir de uma rede, de um sistema, capaz de orientar a organização lógica do conhecimento historicamente desenvolvido pelo direito penal, observando a sua comunicabilidade com o universo em que está inserido.

2.6 CONCLUSÕES PRELIMINARES

O método dogmático orientado pelo jusnaturalismo e pelo positivismo sociológico não alcança as demandas de controle da sociedade atual, que, orientada por uma perspectiva ideológica pós-moderna reforçada pela relação entre a sociedade local e a comunidade global, requer um método capaz de alcançar o significado do objeto a partir de uma valoração contextual.

O sistema racional-teleológico do delito, nesse sentido, mostra-se como um caminho possível à compreensão do fato punível a partir de uma valoração normativa sobre o comportamento objetivo da vítima no curso do perigo. Mas o sistema, para ser legítimo, deve considerar a sociedade em que se dispõe como instrumento de controle.

O sistema funcional é utilitarista. A orientação a ser assumida pelo sistema, e que orientará as suas estruturas, decorrerá do perfil ideológico que se observe como programa ao sistema autorreferente ou à política criminal que é base reitora ao sistema apoiado na proteção de bens jurídicos. Esse programa define o curso da solução de imputação nos casos em que a vítima voluntariamente se expõe ao perigo.

CAPÍTULO 03

A VALORAÇÃO DO COMPORTAMENTO DA VÍTIMA NO FATO PERIGOSO

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A globalização é um fenômeno que modifica o perfil ideológico do sistema social e influi na função dos sistemas de controle social, dentre eles o direito penal. A universalização dos direitos humanos, uma das características da globalização, informa a necessidade de respeito e centralidade da proteção à humanidade como uma conquista universal e, assim, gradativamente se torna um postulado fundamental dos sistemas jurídico-constitucionais domésticos.

A universalização da dignidade humana como construção histórico-cultural que tem em seu núcleo direitos e garantias que legitimam a proteção e o desenvolvimento da pessoa, no entanto, como uma pretensão de proteção a um ser humano padrão e abstrato, não desagrava as vulnerabilidades do ser local e *irrepetível*.

O desenvolvimento tecnológico, um dos fenômenos que caracteriza o processo de globalização, amplia a complexidade social e a necessidade de crítica e compreensão de relações intersubjetivas: os significados das relações sociais são fluídos e a realidade, para além das vontades dos atores das relações, são conduzidas por diversas fontes de significação. O desafio é considerar o contexto global, com referência ao humano local.

No âmbito penal, as decisões que privilegiem a aproximação entre a política criminal, a dogmática penal e a sociedade é um caminho a essa referência. Dessa forma, a questão do tratamento a ser dispensado à vítima passa pelo universal e pelo local como forma de respeito aos valores de cada cultura.

Duas pessoas imputáveis decidem compartilhar uma dose de uma substância alucinógena e potencialmente lesiva à saúde e, igualmente, à própria vida. O potencial lesivo é conhecido por ambos. Durante o compartilhamento, tais pessoas fornecem

um ao outro tal substância, que é usada com a finalidade eminentemente ritualística, mas, em virtude do excesso, um deles morre, resultado não contido no desejo deles.

O problema é qual a verdade que será construída pelo sistema penal em face desse fenômeno. *Desse modo, a abordagem deste capítulo tem o objetivo de expor e analisar a complexidade inerente à intervenção da vítima no fato perigoso, que se diferencia dos casos de intervenção no fato lesivo, e necessita de uma valoração jurídico penal específica com maior refinamento para compreender o significado de um comportamento autorresponsável no curso do perigo.* Um filtro que pede a adoção de um método compreensivo que busque juntar a complexidade presente na compreensão do fato perigoso a partir da relação entre a sociedade, o sistema penal e o comportamento das pessoas que compõem o fenômeno perigoso, dentre elas a própria vítima.

3.2 O DIREITO PENAL NA COMPLEXIDADE ENTRE O RISCO E O PERIGO

“No mundo *realmente invertido*, a verdade é um momento do que é falso”¹⁸³.

Essa é uma das máximas de Gil Debord, para traçar os contornos da sociedade do espetáculo, em que a representação se torna realidade e a realidade uma parte da representação. A dogmática penal contemporânea tem representado uma verdade de um direito penal invertido. O problema é que as ideologias não se esgotam na representação de uma verdade, elas criam verdades, influem nos espaços de liberdade, determina símbolos de poder e o funcionamento de instituições como o direito penal¹⁸⁴.

¹⁸³ Debord critica o perfil ideológico de dominação, ou seja, o potencial alienatório da ideologia que, nesse caso, atende a um ideal de consumo que retira das massas a capacidade de crítica sobre a sua própria realidade. A crítica recai sobre a cultura midiática que subalterniza o indivíduo em face do consumismo. DEBORD, Guy. *A Sociedade do Espetáculo: Comentários sobre a sociedade do espetáculo*. Tradução: Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. P. 16.

¹⁸⁴ “O espetáculo, o divertimento vazio e efêmero, produziria uma ‘situação’, um presente perpétuo apoiado no espelhismo da tecnologia, no qual é possível a ocultação, o simulacro e a mentira [...] a ficção e a aparência tomam a dianteira em relação à realidade, e a ‘não-vida’ garante a autonomia frente à ‘vida’”. No entanto, as verdades que são criadas pela sociedade do espetáculo ganham vida, fazem parte da realidade social e modula a vida das pessoas, pois “A verdade é, por conseguinte, uma construção social e acarreta efeitos de poder: o ser, o Sujeito de um discurso verdadeiro implica ocupar uma posição numa relação de forças. Não existe a possibilidade de um saber objetivo e neutro.”

A sociologia costuma teorizar o período atual¹⁸⁵ como *pós-moderno, ultramoderno, hipermoderno, contemporâneo*, de uma *modernidade tardia, sociedade líquida*, são muitos os significados com diversos pontos de vista e características próprias para conceituar o passado mais próximo, porque essas fórmulas estarão sempre vencidas para conceituar o que vivemos atualmente. Pontos comuns em todas é a velocidade da mudança do perfil comportamental, acompanhada de um progressivo desenvolvimento tecnológico que decorre do processo de *globalização como fábula*¹⁸⁶: pontos que ampliam as possibilidades e espaços de liberdade, mas também dissolve certezas como previsibilidade de um futuro próximo.

Em uma sociedade em que a velocidade e a ausência de expectativas passam a caracterizar as relações sociais, pouco resta às teorias que pretendem solidificar as relações entre o sistema penal e a sociedade com base no determinismo e na *racionalização*¹⁸⁷. A consequência delas, como analisa Boaventura Santos, é a criação de *auto-teorias*, ou seja, quando se crê que a teoria é a própria realidade com outro nome, “[...] isto é, que a teoria se auto-realiza [...] Vivemos assim uma condição

ANITUA, Gabriel I. *Histórias dos Pensamentos Criminológicos*. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 645. Nesse sentido, Foucault, ao analisar o uso da ideologia como instrumento de alienação, ressalta: “Ora, creio que o problema não é de se fazer a partilha entre o que num discurso releva da cientificidade e da verdade e o que relevaria de outra coisa; mas de ver historicamente como se produzem efeitos de verdade no interior de discursos que não são em si nem verdadeiros nem falsos.” FOUCAULT, Michel. *A Microfísica do Poder*. Organização, introdução e Revisão Técnica de Roberto Machado. IN: https://www.nodo50.org/insurgentes/biblioteca/A_Microfisica_do_Poder_-_Michel_Foucault.pdf P. 07

¹⁸⁵ A pós-modernidade foi um estágio de transição entre o moderno e o contemporâneo. Este é marcado pela *hiperindividualização* e pelo *hiperconsumismo* em que a realidade se constrói por relações sociais com temporalidades divergentes caracterizadas pela ausência do tempo. LIPOVETSKY, Gilles. CHARLES, Sébastien. *Os Tempos Hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 58-59.

¹⁸⁶ A globalização de uma aldeia global, de rapidez no processo de comunicação com a difusão instantânea de notícias que realmente informam as pessoas. Com o encurtamento de distâncias, para quem pode viajar. Um universo de tecnologias em que o mundo está acessível a todos. É necessário se questionar se, “não estaríamos, de fato, diante da presença de uma ideologização maciça, segundo a qual a realização do mundo atual exige como condição essencial o exercício de fabulações”. SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. Rio de Janeiro: Editora Record, 2011. P. 19.

¹⁸⁷ O processo racionalizador se trata de um processo de burocratização da vida social. “A razão foi definida como a possibilidade de realizar críticas, ou reflexões, sobre o que acontece. A racionalização, porém foi também utilizada como justificativa de um poder. A racionalização, nesse sentido, é como o contrário da crítica. A crítica, esse lugar onde eu gostaria de me posicionar, deve advogar por muitas ‘razões’ democráticas e ‘civilizadas’ contra as violências e a dor provocadas intencionalmente.” IN: ANITUA, Gabriel Ignácio. *História dos Pensamentos Criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2008. P. 30.

complexa: um excesso de realidade que se parece com um déficit de realidade; uma auto-teorização da realidade que mal se distingue da auto-realização da teoria”¹⁸⁸.

Esse paradoxo alcança o direito penal. Nele, coloca-se sob suspeita a capacidade de compreensão da realidade a partir de uma orientação do pensamento dogmático desenvolvido com a progressiva separação e decomposição normativa do fato perigoso sem a busca de um plano de referência que reconstrua todo o caminho de subdivisões de volta à sua unidade: um fenômeno social. Se se perde a referência com a unidade, se perde a significação e a compreensão da realidade, e o que se tem a cada momento são amostras de relações não compreensíveis em sua complexidade e não expectáveis, que se configuram atualmente como expressões do risco.

Nas últimas décadas, os estudos das ciências sociais sobre a relação entre o risco e a sociedade contemporânea alcançou evidência com Ulrich Beck¹⁸⁹, crítico dos riscos da pós-modernidade como fenômeno que marca uma perspectiva ideológica social-política da contemporaneidade. A crítica à política criminal contemporânea tem tomado os estudos sociológicos sobre a sociedade de riscos como parâmetro sobre a expansão do direito penal nas últimas décadas¹⁹⁰. O efeito expansionista decorre de mudanças das relações sociais influenciadas pelos efeitos do desenvolvimento tecnológico que maximizaram os riscos inerentes às relações financeiras, consumistas e da exploração da energia nuclear¹⁹¹.

Em face desses riscos, é perceptível a tendência de endurecimento e expansão do direito penal contemporâneo, como avalia Silva Sánchez¹⁹². Esse processo individual influi no *mal estar* da contemporaneidade que preenche o conteúdo da tensão entre o

¹⁸⁸ SOUSA SANTOS, Boaventura. *Pela Mão de Alice: O Social e o Político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 2001. P. 18-19.

¹⁸⁹ BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade*. Tradução: Sebastião Nascimento. Rio de Janeiro: Editora 34, 2011.

¹⁹⁰ Importante destacar que, segundo Felix Herzog “em el discurso sobre la sociedad del riesgo se trata también de rupturas y destrucciones de conceptos tradicionales de la modernidade y de la pregunta acerca de nuevas orientaciones o recuperación de ideas.” HERZOG, Felix. *Sociedad del Riesgo, Derecho Penal del Riesgo, Regulación del Riesgo: Perspectivas más allá del Derecho Penal*. P. 250.

¹⁹¹ BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade*. Tradução: Sebastião Nascimento. Rio de Janeiro: Editora 34, 2011. P. 23-60.

¹⁹² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A Expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2ª Edição. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

medo do outro, do diferente e do incontrolável e a necessidade de segurança social que figura nas sociedades ocidentais atuais¹⁹³, ao lado da autonomia e da racionalidade, como *pseudo* condição *sine qua non* à dignidade humana, e que requer proteção pelo sistema penal¹⁹⁴.

Mir Puig¹⁹⁵ adverte que a relação que exige ao direito penal o alcance dos novos riscos da sociedade de riscos tem levado o direito penal para um caminho diverso de uma proposta garantista e liberal, o que, apesar das características especiais que se apresentam na interação entre o direito penal e cada forma de risco específico, leva a críticas sobre a própria legitimidade do direito penal como instrumento de controle, conforme critica Prittwitz¹⁹⁶.

Os riscos se formam como expressões consideradas adequadas e necessárias ao desenvolvimento social, mas a sua redução à previsibilidade do comportamento do outro como um dos objetivos da dogmática penal tem gerado uma contradição: quanto mais se controla o meio, mais aumenta a complexidade interna do sistema de controle e, em face dessa complexidade que se amplia, mais diferenciações e novos sistemas serão necessários para reduzir a complexidade, e ao reduzir essa nova complexidade, aumentarão a complexidade do seu meio. “O problema é que vivemos em um mundo em que cada vez mais há incertezas”, afirma Edgard Morin¹⁹⁷. Incertezas que, em face

¹⁹³ Nesse sentido: BAUMANN, Zygmunt. *Comunidade: A busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

¹⁹⁴ “A cultura do medo produz um sentimento de desconfiança universal e, no campo da dogmática penal, as exigências de prevenção (geral/especial) buscam um espaço de atuação a partir da própria construção do conceito de crime. Nesse sentido, procura-se uma categoria (responsabilidade, culpabilidade) para abrigar a prevenção. O discurso doutrinário é de limitação dos espaços de criminalização, mas, concretamente, o ingresso das exigências preventivas no campo de construção (dogmática) do crime favorece a discricionariedade judicial.” CARVALHO, Érika Mendes de. ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Medo do crime: uma abordagem a partir das estratégias preventivas*. DIREITO penal, processo penal e criminologia [Recurso electrónico] / Gustavo Noronha de Ávila, Romulo Rhemo Palitot Braga (coords.). — Zaragoza : Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2019 P. 100.

¹⁹⁵ MIR PUIG, Santiago. *Bases Constitucionales del Derecho Penal*. Madrid: Iustel, 2011.P. 24.

¹⁹⁶ PRITTWITZ, Cornelius. *O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e o Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal*. IN: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Nº 47. Março-Abril de 2004 – ano 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. P. 44.

¹⁹⁷ MORIN, Edgard. *Complexidade e Ética da Solidariedade*. IN: Ensaios de Complexidade. CASTRO, Gustavo de. Porto Alegre: Sulina, 2006. P. 11.

do pensamento dogmático atual, gera complexidade e a criação de mais institutos dogmáticos para alcançar alguma certeza¹⁹⁸.

A globalização amplia o desenvolvimento tecnológico e, com a expansão da tecnologia, também há a majoração da capacidade de ação humana¹⁹⁹, bem como a consequente necessidade de compreensão do curso causal e dos resultados que decorrem de tais ações. Junto com a ampliação da capacidade de ação, também há uma ampliação da capacidade de criticar os resultados das ações, o desenvolvimento tecnológico se caracteriza pela expansão do potencial de compreensão da realidade individual e social. O complexo está no espaço ainda não alcançável por tal crítica e compreensão.

A necessidade de rediscussão da dogmática penal está na adequação da teoria do delito à solução do espaço complexo que se demonstra na forma de valoração do comportamento da vítima que causa o fato perigoso como elemento capaz demonstrar a ausência da conduta típica do autor que coopera para tal causação. Esse problema agrava o sentido de compreensão e crítica da dogmática do delito que tradicionalmente pensa a complexidade a partir de sistemas fechados, uma relação descritiva de elementos abstratos e isolados: tipo objetivo, tipo subjetivo, dolo, culpa etc. Como se fossem elementos desconexos, mas que em realidade formam um único contexto: o crime. A realidade social, com a compreensão das ações pessoais, pede mais que um pensamento fechado e classificatório.

Dois amigos, A e B decidem realizar uma viagem marítima utilizando um barco. Ambos conheciam o perigo do mau tempo, mas voluntariamente decidiram seguir na aventura perigosa. Em virtude do mar revolto pelas fortes chuvas, o barco naufraga e A morre afogado. Pensando em soluções dogmáticas para o caso a partir de um pensamento

¹⁹⁸ Celso Fernandes Campilongo analisa que “Não há no direito moderno relações necessárias e unívocas. Sua única necessidade é de contingência. Por isso a indeterminação e a instabilidade estão entre as principais características dos sistemas complexos.” CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa: com a apresentação e ensaio de Raffaele De Giorgi*. São Paulo: Max Limonad, 2000. P. 149.

¹⁹⁹ “Vê-se que o homem contemporâneo se encontra diante de uma situação peculiar: seu poder transformador aumenta ao mesmo tempo que o aparato ético de que dispunha se enfraquece, seja pela desconsideração de antigos valores em nome de uma concepção modificada do que seja sua liberdade, seja pela inadequação dos limites conhecidos ao novo horizonte de possibilidades descortinado pelo poder ampliado pela tecnologia.” Em: ROCHA, Alexandre S. *Responsabilidade*. P 19. *No prelo*.

classificatório, a análise recairia sobre as ações de A e B isoladamente, com pouco espaço para compreender que a valoração do fato requer a aferição do comportamento de todos, pois, conforme Alfred Schütz: “toda doação de sentido desse mundo por mim realizada toma como referência original a doação de sentido feita pelo tu em seu vivenciar e, assim, se constitui sentido enquanto fenômeno intersubjetivo”²⁰⁰.

No caso apresentado, analisando isoladamente a ação de A, não seria possível obter o sentido que ele deu a sua ação no curso do perigo. Analisando isoladamente o comportamento de B, houve a causação de uma lesão, pois sem a sua ação A não teria se afogado, é um fato socialmente inadequado e juridicamente proibido. O pensamento dogmático isolado não compreende o contexto, não alcança a complexidade inerente à relação entre as ações de A e B na produção do perigo.

É possível, no entanto, uma outra forma de pensar: pensar no elo que liga todas as partes, não nas partes isoladas. O risco, assim, pode ser considerado como a frustração de certezas que deveriam ser obtidas como esperança na tolerância ao comportamento do próximo. Ele, o risco, é o imprevisível que determina a urgência de crítica ao pensamento dogmático atual, pois ele traz um futuro incerto, uma insuficiência de expectativas em face das diversas possibilidades das formas de compreender a natureza dos fenômenos sociais: o que orienta a necessidade de pensar essa complexidade como uma característica que vincula todos os elementos do fato analisado, ou seja, considerando os múltiplos aspectos que produzem o conteúdo dos fatos sociais.

O risco que decorre da frustração de expectativas sistemáticas sobre a resposta dogmática adequada à valoração do comportamento da pessoa na teoria do delito, nesse contexto, pode ser tomado no sentido positivo: como o elemento chave e necessário ao desenvolvimento da dogmática penal. O risco do novo e do inevitável é inerente à complexidade dos sistemas sociais contemporâneos, ele justifica a

²⁰⁰ SCHÜTZ, Alfred. *A Construção Significativa do Mundo Social: Uma introdução à sociologia compreensiva*. Tradução de Tomas da Costa. Petrópolis, Rj: Vozes, 2018. P. 162.

compreensão da unidade e do meio para que a vida se torne viável, é uma referência à ação humana suportável pelo sistema penal.

Esse risco influi na primeira geração do direito penal do risco, desenvolvida por Wolter, Frisch e Kratzsch, o que Prittwitz chama de dogmática do risco²⁰¹. Trata-se de uma dogmática em que o ponto central de valoração dos elementos dogmáticos é a criação ou aumento do risco até um perigo proibido contra um bem jurídico-penal que consta no núcleo de proteção de uma norma penal incriminadora. Nesse sentido, as categorias do delito alcançam o significado dogmático a partir do princípio do risco (elemento que viabiliza um juízo normativo de significação a partir da valoração objetiva do fato potencialmente perigoso).

“A essência do perigo é a proximidade do dano que pode ou não se concretizar. A essência do risco, não mais a decantada fortuna, é a inerência e a permanência de escolhas humanas.”²⁰² O risco orienta um fenômeno social que conduz à cursos causais atribuíveis à decisão pessoal.

Esse risco quando contido nonexo de imputação passa a ser um elemento que orienta os espaços de proibição a partir da finalidade que o direito penal cumpre no sistema social, é um elemento normativo, e o conteúdo de sua permissividade passa a ser valorado a partir de uma ideologia político-criminal que aqui, segue o discurso da expansão dos espaços de liberdade, fragiliza a proteção à vida e à liberdade que decorrem imediatamente da autonomia e da racionalidade como núcleos da dignidade humana.

3.3 A FENOMENOLOGIA ESPECÍFICA DA INTERVENÇÃO DA VÍTIMA NO PERIGO

A pauta científica que postula a abertura e o desenvolvimento da dogmática jurídico-penal, em face das novas demandas de controle direcionadas ao sistema penal

²⁰¹ PRITTWITZ, Cornelius. *Sociedade de Riesgo y Derecho Penal*. Tradução: Adán Nieto Martín y Eduardo Demetrio Crespo. IN: ZAPATERO, Luis Alberto Arroyo. MARTÍN, Adán Nieto. NEUMANN, Ulfrid. *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Universidad de Castilla-La Mancha, 2003. P. 260.

²⁰² MARQUES, Daniela de Freitas. *Sistema Jurídico-penal do perigo proibido e do risco permitido*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2008. P.34.

contemporâneo é um dos fatores que orienta a necessidade de apreensão e análise dos elementos que constituem o fato punível. Um dos pontos mais controvertidos do sistema penal atual é o modo que a dogmática penal compreende o comportamento da vítima na teoria do delito. A controvérsia apresenta, no âmbito do injusto, soluções que pretendem negar o tipo objetivo pela ruptura do nexo de imputação ou negar a ilicitude do fato em virtude do consentimento do ofendido.

No entanto, nesse rol de possíveis saídas dogmáticas, também é importante analisar se existe uma conduta típica nos casos em que a vítima se lesiona em decorrência de uma colocação própria, voluntária, em uma situação de perigo, cooperada com outrem. A resposta a ser dada pela dogmática jurídico-penal a esse questionamento é um indicador da legitimidade do direito penal como instrumento de controle a ser utilizado, quando adequado e necessário, à proteção de bens jurídicos essenciais ao desenvolvimento das pessoas.

A valoração penal do comportamento da vítima em fatos arriscados não é uma criação contemporânea, mas o próprio desenvolvimento do pensamento penal tem como consequência a criação de campos de abordagem teóricos que influem no aumento da necessidade de compreensão científica do problema. Pensar o comportamento da vítima no juízo de imputação requer a ampliação da capacidade da teoria do delito de aproximar a percepção social do fato, composto pela interveniência de várias pessoas, da apreciação normativa realizada pelo direito penal.

Para Silva Sanchez²⁰³, o direito penal sempre esteve em crise, uma crise que se revela pela ausência de equilíbrio entre a proibição e a liberdade. Uma crise até necessária

²⁰³ “En nuestros días, se ha convertido en un auténtico lugar común la alusión a que el Derecho penal está en «crisis». Por ello, es frecuente que las exposiciones de temas de fundamento o de política criminal comiencen abordando los motivos y la concreta configuración de la referida crisis. Sin pretender negar la parte de razón que asiste a tales planteamientos, se acoge aquí la hipótesis de que tomar la «crisis» como un fenómeno característico únicamente del Derecho penal contemporáneo resulta incorrecto o, al menos, inexacto. La crisis, en realidad, es algo connatural al Derecho penal como conjunto normativo o, como mínimo, resulta, desde luego, inmanente al Derecho penal moderno, surgido de la Ilustración y plasmado en los primeros Estados de Derecho. En ellos, en efecto, la antinomia entre libertad y seguridad (expresada en el ámbito penal en la tensión entre prevención y garantías, o incluso, si se quiere, entre legalidad y política criminal)', empieza a no ser resuelta automáticamente en favor de la seguridad, de la prevención; así se detecta ya un principio de crisis, de tensión interna, que permanece en nuestros días.” Em: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación ao Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1992. P. 13.

para o desenvolvimento da dogmática penal moderna, uma vez que propicia a crítica constante sobre os limites do direito penal. Atualmente, no entanto, a crise adquire novos contornos. O panorama atual é de uma sociedade que se qualifica pela velocidade e pela capacidade de produzir informação, o que se traduz em uma dogmática penal eclética que produz soluções *ad hoc* para problemas a partir da lógica mais tópica que sistemática. O problema é que, concordando com Jescheck, uma ordenação sistemática segura é aquela que produz um conceito tão claro e simples “que possa ser manejado segura e regularmente”²⁰⁴.

O fato social inaceitável, por ser reprovável socialmente, por causar lesão a um bem significativo, e o fato punível que decorre da reprovação normativa que recai sobre o injusto penal, formando o crime, não devem ser expressões contraditórias. A não contradição depende do desenvolvimento de uma dogmática penal, lógica e racional, capaz superar as adaptações e extensões desarrazoadas de institutos tradicionais, como o consentimento do ofendido.

A doutrina e jurisprudência brasileiras, de viés eclético quanto ao método dogmático, mesclam a utilização de institutos de vieses metodológicos naturalistas, finalistas e funcionalistas. Em face desse ecletismo, é possível encontrar fundamentos que negam a possibilidade de apreensão da conduta da vítima considerando a impossibilidade de concorrência de culpas, que vincula o desvalor do comportamento do autor à violação da norma penal de determinação, de caráter público, que não cede a sua eficácia em face do comportamento da vítima.

De outro modo, é possível encontrar decisões utilizando os rótulos de institutos que necessitam de uma compreensão funcional, como a participação em *autocolocação em perigo*, a *heterocolocação em perigo consentida* e o *princípio da confiança*. O problema neste caso reside na disfuncionalidade dos institutos. Como alerta Silva Sanchez, a dogmática funcionalista se sustenta por um pensamento utilitarista: cabe ao aplicador do direito preencher o conteúdo dos institutos com a valoração político-criminal ajustada à proteção de bens e a limitação material do direito de punir estatal.

²⁰⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Traducción Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 1993. P. 178

De certo modo, considerando a complexidade da argumentação proposta pelo pensamento funcionalista atual sobre o tema²⁰⁵, o que se pode observar no Brasil é a utilização dos fundamentos da *dogmática do consentimento*, com a denominação dos institutos funcionalistas. Esse diagnóstico reflete a presença de um pensamento dogmático em que uma resposta compreensível e adequada ao problema perde espaço para elaborações que partem de *topoi* e não alcançam a lógica e a coerência do instituto em face à realidade interna do viés dogmático defendido, não compreensível à realidade da vida social.

As múltiplas propostas dogmáticas para compreensão do comportamento do portador do bem na teoria do delito têm um ponto comum: tendem de algum modo negar a responsabilidade autor a partir de uma valoração de tal comportamento, como expressão da autonomia de uma pessoa que se realiza socialmente. As soluções buscam deduzir da autonomia, ou do princípio da *autorresponsabilidade* como o seu referencial sistêmico, o fundamento material para o desenvolvimento de soluções que buscam desde o recuo da ilicitude a partir de uma ficção jurídica sobre a vontade do portador do bem, até a exclusão do tipo penal tomando o comportamento de tal portador como elemento normativo do juízo de imputação.

A análise sobre as propostas de imputação e compreensão dogmática dos casos de autoexposição do portador do bem ao perigo ficarão para outro momento, obedecendo à sistemática adotada na construção lógica do texto. Qual seja, como já foi dito, aproximar as construções dogmáticas da teoria do delito à propostas de solução que compreenda a complexidade da valoração do comportamento da vítima na formação do fato perigoso. O primeiro passo importante é demonstrar que há uma diferença entre o fato em que uma pessoa se lança no perigo e os casos em que ela deseja a lesão.

²⁰⁵ O tema forma um espaço de abordagem que evidencia um amplo debate dogmático internacional, especialmente na Alemanha e Espanha, e muitas controvérsias no âmbito jurisprudencial. Após as críticas de Roxin posteriormente a abordagem do tema no âmbito da proibição de regresso, a discussão sobre a possibilidade de recuo da proibição penal em face do comportamento do portador do bem, tem produzido menos certezas que dúvidas.

O pensamento penal atual diferencia e analisa as formas de interação entre diversos atores no fenômeno perigoso, desde a *participação em autolesão* até a *heterolesão consentida*, sendo que as expressões da vítima no perigo são categorias intermediárias contidas nessa relação. Compreender as categorias intermediárias, a especificidade que existe no contexto que liga a *auto* e a *heterolesão* constitui o núcleo da complexidade que se impõe à dogmática penal atual.

A *autoexposição ao perigo* e *autolesão* formam categorias que possuem signos que recaem sobre fenômenos diferentes no plano social, e que ensejam valoração específica no sistema penal. O problema da solução dogmática nos casos em que alguém coopera para exposição ao perigo da vítima se coloca em um nível de complexidade diverso do da *participação em autolesão* e, assim, a diferenciação se edifica a partir: i o desejo e domínio do curso causal pelo ator lesado voltados à produção do resultado lesivo; ii possibilidade de atribuição de responsabilidade pela lesão ao terceiro interveniente no curso lesivo; iii grau de perigo do fato realizável pelo terceiro lesado.

Entregar uma seringa com substância nociva para que o próximo realize o suicídio, ato voluntário e desejado de retirar a própria vida – *autolesão* –, difere da entrega da seringa para que uma pessoa use drogas e em virtude do uso excessivo voluntário ocorra uma morte não querida, *exposição ao perigo da vítima*. São formas de projeção de perigo diferentes ao bem e que possuem um desvalor normativo diferenciado. O comportamento típico enseja reprovação penal pelo seu desvalor, que se afere tanto subjetivamente a partir da marca psicológica descritiva da vontade do autor quanto ao ataque ao bem, assim como pelo desvalor objetivo que se refere ao risco proibido do comportamento de terceiros em virtude do bem.

Na *intervenção na autoexposição da vítima ao perigo*, a conduta do próximo se adere a um comportamento perigoso do portador do ator lesado, não direcionado à produção da lesão. Na *participação em autolesão*, a conduta do próximo está direcionada à ação perigosa e ao resultado lesivo, ontologicamente considerados como obras próprias do próprio portador do bem. São níveis diversos de desvalor, objetivo e subjetivo, da conduta daquele que participa e, por isso, a decisão político-criminal no Brasil é

direcionada à formalização do espaço de proibição ao induzimento, à instigação e ao auxílio ao suicídio.

A *autolesão* orienta um vínculo subjetivo na realização do resultado em que a dirigibilidade do curso causal do risco que produz a lesão segue a vontade da pessoa que porta o bem lesado: essa pessoa possui o domínio do fato inerente ao resultado lesivo. A *autolesão*, assim, representa um nível imediato de manifestação da autonomia quanto ao resultado lesivo ao bem, pois a pessoa deseja e executa a ação lesiva, ele é o responsável pela lesão.

A proposta funcional teleológica do delito toma o fundamento da impunidade da participação de terceiro em *autolesão* como ponto de partida à análise da solução dogmática dos casos de *participação em autocolocação em perigo*. O fundamento de tal impunidade resulta de uma ponderação entre o potencial lesivo da exposição ao perigo e a realização da própria lesão. O que se propõe é que a partir do *princípio da autorresponsabilidade* como referencial material, desenvolvam-se critérios normativos com a capacidade de orientar uma responsabilização do portador do bem.

A *heterolesão consentida*, por sua vez, é diferente de uma *exposição da vítima no perigo de outrem*. A primeira das diferenças diz respeito à representação da vontade do ofendido quanto ao resultado lesivo. Nos casos em que o portador do bem se expõe ao perigo, não quer o resultado lesivo, diferentemente dos casos de *heterolesão consentida* em que o portador do bem quer a produção do resultado lesivo.

A e B, lutadores profissionais, decidem participar de uma competição clandestina de MMA. Ambos conheciam os perigos da atividade especialmente arriscada, mas voluntariamente assentiram em participar do evento perigoso. Durante o combate, A golpeia B com o intuito de vencer a luta, B morre em virtude do golpe aplicado.

Nesse caso, B manifestou a vontade de se aventurar em uma jornada especialmente arriscada, mas, no curso do perigo não é possível determinar que ele queria a realização da lesão. Não se pode dizer que aquele que assente na ação arriscada também deseja o resultado lesivo, mas aceita como possível a prática a que se dedica.

A segunda e fundamental diferença está manifestação do resultado como expressão da autonomia do portador do bem. Na *autolesão*, na *autocolocação em perigo* e na *heterolesão* existe um direcionamento direto da expressão da autonomia na manifestação do resultado lesivo ao bem: são situações que revelam manifestação pessoal da vítima quanto ao resultado, seja através da manifestação objetiva de uma ação própria como na *autolesão* e na *autocolocação em perigo*, seja na manifestação da vontade quanto ao resultado produzido por outrem como na *heterolesão consentida*. Na *heterocolocação em perigo consentida*, não há relação entre a autonomia e o resultado produzido, tanto a partir da manifestação da vontade quanto de uma ação do próprio do titular do bem direcionado à lesão.

Isso é importante, pois se a atribuição da responsabilidade ao autor requer um desvalor objetivo e subjetivo do comportamento. Desonerar a responsabilidade do autor e carregar a vítima a uma responsabilização pelo resultado danoso ao bem que porta, igualmente requer presentes pressupostos de responsabilidade, e o primeiro é a presença de um comportamento do portador do bem que demonstre não o desvalor, mas o valor de sua autonomia como fundamento positivo capaz de romper a conflitualidade entre a necessidade de proteção do bem e o respeito à autonomia do seu titular.

3.4 O COMPORTAMENTO DA VÍTIMA E OS NÍVEIS DE ATRIBUIÇÃO DE SENTIDO

O risco, para ser adequado, precisa ser exercido dentro de um limite²⁰⁶. O que o sistema jurídico-penal busca é estabelecer um limite máximo de permissividade das ações arriscadas: o estabelecimento desse limite gera uma crise de legitimação do direito penal na sociedade contemporânea, pois ao método da teoria do delito se pede que desagrave a liberdade das pessoas quando a proibição de um perigo, materialmente, não for voltada a conter a espécie do risco contido nas ações sociais, ainda que o risco seja existente²⁰⁷.

²⁰⁶ As normas deontológicas não esgotam o conteúdo da permissividade do risco ao direito penal, em atenção ao princípio da subsidiariedade da proibição penal, mas servem como uma referência ao limite jurídico suportável a realização da atividade perigosa.

²⁰⁷ O tipo penal cumpre uma função indispensável à materialização do princípio da legalidade, pois define *prima facie*, os limites do permitido e do proibido na *praxis* social, nas relações intersubjetivas.

3.4.1 O sistema penal como filtro-limite à atribuição de sentido ao fato jurídico-penalmente relevante

É possível em alguns casos que o risco considerado normal e até adequado resulte em lesão a alguém que voluntariamente cooperou à sua produção. Um grupo de casos paradigmáticos é o do uso compartilhado de drogas. Atualmente, por exemplo, aumentam-se²⁰⁸ os casos em que jovens, especialmente universitários, compartilham medicamentos de uso restrito como o *cloridrato de metilfenidato*, comercializado com o nome de *Ritalina*²⁰⁹ com a finalidade ampliar a capacidade de concentração, memória, o que levaria a um maior desempenho nos estudos²¹⁰. São drogas que, para além de causar dependência, podem causar danos à integridade física e à saúde. No entanto, dentro dos limites administrativamente estabelecidos, o uso, ainda que arriscado e potencialmente perigoso, é permitido. Considerando que um estudante *A* tenha compartilhado essa substância com um outro colega *B*, sendo que *B*, possuindo o mesmo conhecimento de *A* sobre o potencial lesivo, usa a substância com a finalidade de potencializar seus estudos, mas acaba morrendo em virtude do uso excessivo.

Por isso, para além da segurança, é interessante pensar em uma construção dogmática próxima da realidade social, ou seja, que não informe que o comportamento de uma enfermeira ao aplicar uma simples injeção é uma ação relevante ao direito penal.

²⁰⁸ No Brasil, o aumento foi de 775% entre 2003 e 2012. Cf. <http://www.ufrgs.br/secom/ciencia/pesquisadores-analisam-efeitos-da-ritalina-sobre-o-cerebro-em-desenvolvimento/>.

²⁰⁹²⁰⁹ “Ritalina é utilizada para o tratamento do Transtorno de déficit de atenção/hiperatividade. O Transtorno de déficit de atenção/hiperatividade (TDAH) ou Transtorno hipercinético é um distúrbio de comportamento em crianças e adolescentes. Ritalina também é utilizada para o tratamento da narcolepsia. A narcolepsia é um distúrbio do sono. Pacientes com narcolepsia vivenciam repetidos ataques de sonolência durante o dia, mesmo após uma noite adequada de sono. A narcolepsia deve ser diagnosticada por um médico através do padrão registrado de sono-vigília. age melhorando as atividades de certas partes do cérebro que são pouco ativas. A Ritalina melhora a atenção e a concentração, além de reduzir comportamento impulsivo.” Cf. http://www.anvisa.gov.br/datavisa/fila_bula/frmVisualizarBula.asp?pNuTransacao=10716102013&pldAnexo=1909485.

²¹⁰ TRIGUEIRO, Emília S. de Oliveira. *Adolescentes, o aprimoramento cognitivo farmacológico e o acesso ao ensino superior*. (Tese de Doutorado). Instituto de Psicologia. Universidade de São Paulo. 2017. “A ritalina tem sido usada tanto para o tratamento de patologias da atenção como para melhoria de funções cognitivas em pessoas saudáveis.” Cf. ORTEGA, F. et al. *Ritalin in Brazil: production, discourse and practices*. Interface - Comunic., Saude, Educ. In: <http://www.scielo.br/pdf/icse/2010nahead/aop1510.pdf>.

A questão apresentada nesse caso, assim como outros que estão vinculados ao uso compartilhado de drogas, de prática sexual sem o preservativo, a utilização de veículos automotores de modo irregular, apresenta à dogmática penal a necessidade de apreender qual o nível de permissividade do comportamento dos atores para materializar a proibição penal. Isso requer que a construção possa compreender e estabelecer a importância dos diversos níveis sistêmicos de valoração e atribuição de significado presentes nessas relações.

Se se parte de uma proposta de descrição naturalística do fato como forma de determinação da proibição penal, o risco produzido no caso apresentado sempre orientará um comportamento típico, uma vez que o estudante *A*, que cedeu o medicamento proibido causou a morte do estudante *B* que queria potencializar os seus estudos. Se se partir de uma proposta de compreensão sociológica do fato, ainda assim o comportamento do estudante *A* será proibido, pois pressupomos que o uso de medicamentos de prescrição restrita sem a devida indicação e autorização não é socialmente adequado para quem deseja ter um rendimento melhor nos estudos. A questão é que se deve pensar a complexidade na relação que se apresenta, pois a descrição naturalista, a compreensão sociológica deve vir acompanhada da valoração sistêmica do fato: nesse sentido, o que se deseja da dogmática (como um conjunto de requisitos que racionaliza a aplicação da pena) é um método capaz de observar se nesse caso o risco da ação do estudante *A* produz o perigo proibido pela norma que incrimina matar alguém.

Nesse sentido, o pensamento complexo, que conecta as partes, é capaz de buscar na expressão do risco, no comportamento de todos os atores que compõem o fato, um referencial normativo do perigo suportável em face dos bens *titularizados* pelos indivíduos, especialmente a vida e a integridade física e a saúde. Para isso, é preciso que o risco seja tomado como elemento que conduz à existência do comportamento proibido, sendo necessário uma valoração objetiva do comportamento de todos os atores que compõem o curso de um fato arriscado.

3.4.2 A valoração objetiva do comportamento dos atores no fato perigoso

Para além do uso indevido de medicamentos controlados e do compartilhamento de drogas, as relações no tráfego viário com a utilização de veículo automotor também caracterizam um grupo de casos que carrega riscos²¹¹ em sua execução²¹². No entanto, para uma resposta correta em face das possíveis lesões que decorrem do exercício da atividade arriscada, o método dogmático deve compreender o significado do fato lesivo a partir de um sistema de significação capaz de orientar a justa atribuição da responsabilidade penal e a limitação consequente da liberdade de ação.

Considerando que *A* foi aconselhado por *B*, em um dia não recomendado à navegação, a atravessar a Baía de Todos os Santos. Ambos conhecem a dimensão do perigo e *A* voluntariamente se lança na jornada especialmente arriscada, no meio do trajeto, o barco de *A* naufraga e ele morre. A resolução político-criminalmente ajustada do caso requer a compreensão das múltiplas dimensões de sentido do fato.

Um primeiro sentido do comportamento de *A* pode ser descrito sobre o que ele quis ao se lançar no fato perigoso. Nesse caso, não há como obter uma valoração psicológico-descritiva (subjéctiva) da vontade de *A* em face do resultado produzido. Nas ações imprudentes, a vontade é dirigida ao desenvolvimento causal do perigo e não ao resultado lesivo. Nesse sentido, a valoração do comportamento de *B* não seria alcançado pela manifestação da vontade de *A*. Ainda que fosse possível, como

²¹¹ Segundo o Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada – IPEA, “Em 2014 ocorreram 169.163 acidentes nas estradas federais fiscalizadas pela PRF, sendo que 8.227 pessoas perderam a vida e cerca de 100 mil ficaram feridos. Pouco mais de um quarto dos feridos teve lesões graves.2 Nesse ano, 4% dos acidentes apresentaram vítimas fatais; 37%, vítimas feridas; e 59% foram acidentes sem vítimas. Aproximadamente 67% dos acidentes com vítimas fatais ocorreram em zonas rurais, e 23% das mortes foram causadas por excesso de velocidade ou ultrapassagem indevida. [...]Nesse mesmo ano, ocorreram em média 463 acidentes e houve 23 mortos por dia. Esses acidentes envolveram 301.351 veículos, uma média de 1,78 veículos por ocorrência” IN: Acidentes de Trânsito nas Rodovias Federais Brasileiras: Caracterização, tendências e custos para a sociedade. Relatório de Pesquisa, 2015. Disponível em:

http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150922_relatorio_acidentes_transito.pdf

²¹² “A limitação das ações no trânsito se vincula ao especial caráter danoso decorrente da exasperação do risco constante nas relações inerentes ao tráfego viário. Importante destacar que, mundialmente, mais de 1,2 milhões de pessoas morrem em decorrência de lesões no trânsito e, no mínimo, 20 milhões sofrem traumatismos não mortais. A projeção para 2030 é que os traumatismos por acidente de trânsito passem a ser a 5ª maior causa de morte no mundo”. Cf. COSTA, Lucas Gabriel. *Heterocolocação em Perigo Consentida*: em condutas imprudentes de trânsito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. P. 39-42.

veremos, a indisponibilidade do bem seria um obstáculo à frustração da tutela penal à vida em atenção à vontade de *A*.

Considerando o sentido atribuído por um observador da vida diária *C* que, descrevendo causalmente a ação de *A*, poderia se dizer que o comportamento de *A* causou a morte de *B*, e que *B* participou voluntariamente do fato, haveria um sentido *S1*. Um outro observador *D*, também compreende a vida diária, mas conhece o contexto social em que o fato foi praticado por *A* e *B*, uma corrida ilegal de rua, avaliaria que *A* causou a morte de *B*, e *B* aceitou participar de um fato antissocial com *A*, pois o contexto social mostra que para além do vínculo físico, os comportamentos de *A* e *B* não eram adequados socialmente, haveria um sentido *S2*²¹³. Um terceiro avaliador *E*, a partir de uma compreensão normativa, pode questionar se o comportamento de *A*, apesar do vínculo físico com o resultado e de ser uma ação socialmente inadequada, produziu o risco contido na proibição penal de matar alguém, uma vez que *B* era uma pessoa *autorresponsável* que, conhecendo todas as circunstâncias do risco, quis se expor ao perigo.

As análises realizadas por *C*, *D* e *E* possuem caráter objetivo, ou seja, pretendem atribuir um sentido heterônomo às ações de *A* e *B*. Nesse sentido, o juízo de valoração parte de uma referência que não se esgota na explicação da vontade dos intervenientes no fato perigoso, valoração subjetiva, mas requer a compreensão e atribuição de sentido à ação de tais intervenientes. Nos casos em que a vítima se expõe voluntariamente ao perigo, a solução dogmática requer uma valoração objetiva e, a partir dela, orientar a resposta adequada ao caso concreto.

Compreender objetivamente o comportamento dos atores no curso do perigo é necessário para estabelecer o âmbito permitido à liberdade de ação. Nesse processo, o princípio do risco é um elemento capaz de conduzir ao *standart* penal da permissividade do risco a ser suportado como penalmente adequado, valorado a partir do viés político-criminal que resulta da reiteração ideológica de valores fornecidos por uma sociedade global, e que apoia o programa do sistema penal.

²¹³ Método de valoração e compreensão de sentido analisado por Alfred Schütz. Cf. SCHÜTZ, *Op. Cit.*, 2018. P. 58.

Com isso, a determinação do comportamento penalmente típico requer que, nos casos em que diversos atores contribuem ao desenvolvimento de um fato perigoso, o risco, enquanto elemento normativo seja capaz de orientar a determinação do espaço material de proibição com referência ao perigo que a norma penal tem a finalidade de evitar. Essa finalidade se obtém a partir de um viés teleológico-funcional de compreensão das categorias do delito, especialmente do tipo penal. Ou seja, é necessário que a construção dogmática possa compreender as categorias do delito a partir da função social e político-criminal que elas cumprem no sistema penal.

O funcionalismo penal, nesse sentido, analisa restritivamente os tipos penais, excluindo da sua finalidade protetiva os fatos que expressem a realização de um comportamento *autorresponsável da vítima*. A proposta funcional, acompanha o viés político criminal e criminológico de ressurgimento da vítima como objeto de valoração nas ciências penais.

3.5 A CONTINGÊNCIA DO RISCO NO FATO PERIGOSO

Em uma sociedade que se orienta e se desenvolve a partir de relações arriscadas, não cabe a proibição de qualquer tipo de risco, mas aqueles que justifiquem a existência da proibição penal, para isso, é necessário a determinação de uma base de referência e determinação da desaprovação do risco criado.

3.5.1 Fundamentos da permissividade do risco

Especialmente após o funcionalismo penal, com o desenvolvimento da teoria da imputação objetiva, bem como da inserção de elementos normativos na conduta típica, o princípio do risco passou a orientar o juízo de tipicidade penal. É lugar comum na construção teórica da dogmática penal, assim como na jurisprudência contemporânea a utilização do princípio do risco para negar a tipicidade penal de fatos que carregam um risco permitido.

A discussão sobre os *fundamentos da permissividade* do risco, entretanto, não alcança a mesma evidência (popularidade) doutrinária e jurisprudencial que a aplicação tópica do rótulo *risco permitido*: nega-se a imputação pela não criação de um risco juridicamente proibido, mas é preciso analisar o fundamento do risco permitido e os pressupostos à concreção do risco proibido, pois o espaço do risco permitido deve se ajustar pela utilidade social e pelo tipo específico de perigo produzido pelo comportamento dos atores quem intervêm no fato lesivo.

A permissividade do risco possui um problema metodológico que se refere ao alcance das formulações comuns para fundamentar a multiplicidade de casos que demandam a valoração penal a partir do tipo objetivo. Com isso, o fundamento passa a ser melhor delineado a partir da valoração entre a liberdade de ação, ainda que arriscada, e as necessidades de proteção sistêmica.

Welzel, com o princípio da adequação social, expôs a existência do risco que se encontra atrelado à configuração da sociedade - sob uma perspectiva ampla, no entanto – alcançando não apenas a adequação do comportamento arriscado, mas o espaço e o modo de realização do comportamento socialmente aceito. A adequação social é um indicador da permissividade do comportamento, mas é o risco permitido quem garante a sua materialização jurídica.

Essa orientação segue estado normal de interação entre as pessoas e o sistema social, em que o determinante é a manutenção das liberdades de ação a partir de uma constituição histórica de uma identidade.²¹⁴

A identidade social é a fonte do risco permitido, o socialmente adequado precede ao direito: a aprovação do risco depende de como a sociedade se define, nas relações que se formam como base dos ideais que são sustentados pela ideologia, e que formam a identidade da comunidade²¹⁵. É a expressão da autonomia do portador do

²¹⁴ RAMOS, Enrique Peñaranda. GONZÁLEZ, Carlos Suárez. MELIÁ, Manuel Cancio. *Um Novo Sistema Jurídico Penal*. Considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003. P. 87.

²¹⁵ “Devemos chegar à conclusão de que o socialmente adequado, especialmente também quando aparece em forma da permissão de um risco, não fica legitimado pela referência ao direito, mas que se legitima por definir o esboço do socialmente adequado e o perfila. Isto, como veremos, tem ligar, em parte inclusive por meio de normas jurídicas; o Direito, entretanto, não desempenha mais que essa

bem que confere o fundamento material à permissividade do comportamento arriscado de terceiros. No entanto, em um sistema que opera para cumprir uma função eminentemente pública, a expressão da autonomia como condutor à frustração da proteção penal é limitada. Limite que se expõe na possibilidade de dispor do bem, assim como na compreensão da manifestação do titular sobre a disposição.

As ações arriscadas consideradas em si mesmas são neutras, o perigo deve se determinar em face de uma base de valoração do perigo. Por isso, em última instância, a medida de liberdade que a sociedade reconhece ao indivíduo decorre de representações valorativas de base histórica, que precede e fundamenta o direito²¹⁶, mas, considerando a proibição penal como uma construção normativa, a valoração deve alcançar os filtros de não imputação determinados pelo sistema penal. É o direito quem determina o risco permitido, mas o fundamento da permissividade²¹⁷ deve decorrer de “sua preponderante utilidade social”²¹⁸.

3.5.2 A concreção do perigo proibido

A criação de um risco em direção a violação às expectativas normativas de não lesão ao bem é o conteúdo que compõe o desvalor objetivo do comportamento típico²¹⁹. É importante considerar, entretanto, que nem sempre o perigo produzido é significativamente negativo ao sistema social, existem lesões que afetam bens como forma de expressão da liberdade dos portadores: nem toda lesão é prejudicial ao sistema social e, conseqüentemente, a causação de uma lesão ou um perigo de lesão

função auxiliar.” IN: JAKOBS, Günther. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução: André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. P. 38.

²¹⁶ ROXIN, Claus. JAKOBS, Günther. SCHÜNEMANN, Bernd. FRISCH, Wolfgang. KÖHLER, Michael. *Sobre el estado de la teoría del delito*. (Seminario em la Universitat Pompeu Fabra). Madrid: Civitas, 200. P. 186.

²¹⁷ O problema é que o conceito da criação de um risco desaprovado se projeta não mais nem menos que a própria ideia de configuração do direito, das esferas de liberdade recíproca dos cidadãos e do princípio de generalização” IN: *Ibid.* P. 182.

²¹⁸ ROXIN, Claus. *A teoria da imputação objetiva*. IN: Estudos de direito penal. Tradução: Luís Greco. São Paulo: Renovar, 2006. P. 110.

²¹⁹ A criação do risco que deve atender a uma perspectiva objetiva. A teoria da imputação objetiva observa o risco se realizou no resultado ou se o resultado representa o risco criado pelo autor. Essa realização ocorre de modo tardio, pois na imputação objetiva do resultado já não importa o seu caráter normativo, mas o seu viés real, ou seja, da realização como lesão ao interesse protegido pela norma, pois não é possível valorar o resultado como decorrência do perigo posto *ex ante*, representando o resultado. FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento Típico e Imputación del Resultado*. Madrid: Marcial Pons, 2004. P. 57.

por si só não tem significado algum capaz de ensejar a reprovação do comportamento lesivo.

As relações de trânsito são essenciais ao modo de viver da sociedade contemporânea. As intervenções médicas são adequadas e necessárias para salvaguardar a saúde e a vida. A fabricação de armas dentro dos limites estabelecidos é permitida. As atividades desportivas são meios adequados de socialização. Todas essas interações comportam riscos a bens, contudo não é missão do direito penal proibir todas elas.

A proibição de toda a expressão de risco, desafiaria a manutenção da sociedade no contexto ideológico atual, sem a demonstração de um ganho com a efetiva proteção das expectativas de não lesionar bens: o direito penal tem a finalidade de evitar lesões, mas não a qualquer custo.

Para alcançar a missão de determinação do conteúdo do risco proibido, podem existir âmbitos de competência que sejam informados por deveres institucionais ou em virtude da organização inerentes a papéis intercambiáveis assumidos pelos atores. Mas, ainda que a sociedade contemporânea possua uma hiper-regulação das interações, existem aquelas que não possuem papéis definidos, tanto pela ausência de regulações jurídicas e técnico-privadas, quanto pela impossibilidade de determinar precisamente o âmbito de competência do papel dos atores e o conteúdo da expectativa a ser garantida em todas as interações sociais²²⁰.

As normas jurídicas formam um primeiro parâmetro para desaprovação do risco proibido. A valoração do comportamento proibido pode ter apoio em uma norma jurídica voltada ao estabelecimento do padrão de realização do comportamento arriscado. Um dos exemplos são as normas de trânsito que, no âmbito administrativo ou penal, orientam (porém não esgotam) os limites à realização do risco²²¹.

²²⁰ ROXIN, Claus. JAKOBS, Ghünther. SCHÜNEMANN, Bernd. FRISCH, Wolfgang. KÖHLER, Michael. *Op. Cit*, 2000. P. 184.

²²¹ Aquele que respeita as regras de trânsito e, ainda assim, acaba se envolvendo em um acidente com consequência de lesões a bens jurídicos não praticou ação de homicídio, lesões corporais ou dano; pois as lesões aos bens jurídicos não decorreram de um risco proibido, e sim de um risco tolerado pela lei. Este ponto de vista possui grande relevância também para os riscos advindos de modernos

As normas técnicas e de segurança orientam padrões médios para o desenvolvimento do risco, regulando atividades especialmente perigosas, como as que se destinam à engenharia ou à medicina, igualmente, podem ser um parâmetro para determinação do perigo proibido, mas, logicamente, não regulam todas as ações arriscadas, não exaurem toda a diversidade social que, em sua maioria, se realiza por interações que não possuem um regramento jurídico ou técnico administrativo especificamente voltado à determinação dos deveres que orientam os limites à realização da atividade.

Em face da insuficiência na valoração do risco a partir, exclusivamente, do conteúdo expectativas normativas, a da figura do homem médio, sob o rótulo do critério do *standart geral dos homens prudentes*²²², é capaz de fornecer uma orientação objetiva para delimitação do perigo²²³. Com a inexistência de norma preestabelecida para determinação das expectativas, em face da relação concreta, deve se tomar como referência o padrão de comportamento a se esperar de uma pessoa prudente para determinação negativa do limite do risco.

No entanto, o fundamento último para desaprovação jurídica do risco estaria no juízo de proporcionalidade entre o interesse geral de liberdade de ação e a proibição de comportamentos perigosos com a finalidade de evitar lesões²²⁴. Uma vez que a proibição do risco influi na redução do espaço de liberdade social de ação, é preciso

complexos industriais. Acidentes que ocorram apesar do respeito aos padrões legais de segurança sequer objetivamente constituem ações de lesões corporais. ROXIN, *Op. Cit*, 2006. P. 110.

²²² Luís Greco sustenta que o núcleo de liberdade de cada cidadão é o fundamento inicial para desaprovação do risco, no entanto, o processo deve passar pela ponderação entre interesse de proteção de bens jurídicos e interesse geral de liberdade, levando em consideração o valor dos bens expostos, a intensidade do perigo criado, o interesse social na prática da ação perigosa, a idoneidade da medida de cuidado, a presença e custo de alternativas menos arriscadas e considerações relativas ao princípio da proporcionalidade. Essa ponderação seria subsidiária à existência de normas de segurança, da violação ao princípio da confiança e ao comportamento contrário ao *standart geral dos homens prudentes* “A figura do homem prudente, apesar de em parte normativa, é também em parte empírica, e aqui se encontra a sua relevância: ela se refere à necessidade de que as exigências de cuidado formuladas pelo direito não vão além do que aquilo que é de fato praticado por pessoas consideradas prudentes. Com isso, ela serve de válvula de segurança para impedir que o juiz, erigindo-se em salvador da pátria, resolva puir alguém por não se ater a parâmetros de conduta que nem os mais prudentes respeitam.” GRECO, Luís. *Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 65.

²²³ Juarez Tavares defende o *critério da medida do cuidado*. TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 289.

²²⁴ GRECO, *Op. Cit*, 2013. P. 65.

que os motivos da restrição da liberdade tenham a capacidade de legitimar a proibição.

Essa legitimidade é alcançada quando a proibição de comportamentos é proporcional à proteção ao bem. O que se pretende é proibir as condutas perigosas, ou seja, aquelas que a partir de uma valoração objetiva, comportem riscos de lesão quando tal proibição é um meio idôneo, adequado e necessário para garantir a vigência das expectativas de não lesão a bens jurídicos.

No entanto, o sistema penal deve ter a historicidade, que coloca o ser humano como elemento central de proteção, uma das fontes ao seu programa. Nesse contexto, o sistema deve ter como parâmetros os princípios liberais que orientam e limitam a construção de núcleos de proibição penal: a partir do princípio da *ultima ratio*, nem tudo que é proibido pelo sistema jurídico em geral é proibido pelo direito penal.

É preciso que o risco desaprovado pelo sistema jurídico seja também no subsistema jurídico-penal. Nos casos de interveniência em uma exposição voluntária da vítima ao perigo, a desaprovação geral daquele que pratica uma corrida ilegal em via pública deve ser idônea, adequada e necessária para garantia das expectativas normativas de não lesionar e não matar a outrem contidas na proibição da lesão corporal e do homicídio.

3.6 A DOGMÁTICA PENAL E A TAPEÇARIA: A NATUREZA PÚBLICA DO CONFLITO E O RESPEITO À DIGNIDADE HUMANA

Pense numa tapeçaria contemporânea. Ela comporta fios de linho, de seda, de algodão e de lã, com várias cores variadas. Para conhecê-la seria interessante conhecer as leis e os princípios de cada um desses tipos de fios. Entretanto, a soma dos conhecimentos sobre cada um desses tipos de fios da tapeçaria é insuficiente para conhecer não somente essa nova realidade já tecida, ou seja, as qualidades e propriedades próprias a esta textura, mas também é incapaz de ajudar a conhecer sua forma e configuração.²²⁵

²²⁵ALMEIDA, Maria da Conceição de. *Complexidade, do Casulo à Borboleta*. IN: CASTRO, Gustavo de. *Ensaio de Complexidade*. Porto Alegre: Sulina, 2006. P. 30

Compreender o coletivo sem desprezar o individual, bem como a importância do ser humano sem desconsiderar a influência do processo de socialização na construção das identidades individuais, tem sido um grande desafio para ciência social contemporânea: um desafio que tem exigido um alto esforço também do direito penal na orientação das respostas a serem dadas pela teoria geral do crime nos casos em que a vítima coopera à produção do perigo que lhe resta em lesão.

Um olhar que privilegie a sociedade em detrimento do indivíduo não conseguirá respeitar as características específicas do indivíduo que o qualifica como um ser humano, um olhar sobre a essência da natureza do indivíduo, excluindo a existência da sociedade não conseguirá compreender os valores que orientam as relações sociais e que influem na dimensão ideológica que direciona a forma que os instrumentos de controle social, como o direito penal, recairão na vida dos próprios indivíduos.

Um olhar equilibrado a partir da comunhão entre a proteção das liberdades individuais e o amparo aos interesses coletivos é um ideal que tensiona a formação da identidade da sociedade contemporânea. A resposta penal para os casos em que pessoas contribuem a uma colocação própria em perigo é um referente paradigmático a essa tensão que, a partir do moderno pensamento funcionalista sobre o direito penal, expõe os espaços que ainda precisam de maior reflexão na teoria do delito.

As discussões que são realizadas e as soluções propostas mostram que desenvolvimento do direito penal a partir da segunda metade do século XX, especialmente da dogmática penal, mudou a forma de abordagem sobre a teoria do crime, houve uma maior aproximação entre a dogmática penal e a sociedade - seja pela incorporação de teorias sociológicas ou da política-criminal na estrutura analítica do delito. Pouco mudou, no entanto, a reflexão sobre o fim a que se presta o conhecimento penal atual para orientar os institutos da própria dogmática penal.

A questão é que na essência desse problema há um paradigma ético-social que se vincula ao direito penal: até que ponto e em que medida ele pode ser um instrumento de proteção de bens. O direito penal é um instrumento de *controle* e *proteção* que

assume um viés eminentemente público, isso quer dizer que a proibição penal opera com a finalidade de *controle* social, aqui ele atende à ideologia de um Estado social, sendo que essa proibição só é legítima se a finalidade for de *proteção* da humanidade como ideal reitor que conduz ao ganho social da existência da proibição, aqui ele atende à ideologia de um Estado liberal e democrático.

A questão é que na *tapeçaria* da sociedade moderna, as visões extremadas dificultam o reconhecimento da complexidade que liga o individual e o coletivo a uma mesma realidade carente de proteção. A visão extremada sobre o Estado social gera o autoritarismo e sobre o Estado liberal, a *hiperindividualização*: ambas apresentam o desprezo da importância da comunidade no processo de desenvolvimento do direito penal.

A natureza pública do direito penal, como instrumento de controle e proteção que serve a todos na sociedade é um dos principais ganhos da humanidade. O direito penal como um instrumento formalizado e institucionalizado contribuiu ao desenvolvimento da unidade do sistema social, auxiliando na expansão de valores éticos de proteção. Com isso, foi possível projetar uma sociedade organizada a partir de ideais de pacificação social, que poderiam se materializar em uma estrutura penal capaz de respeitar o ser humano²²⁶.

A natureza pública contribuiu à legitimação do direito penal e ao desenvolvimento da legalidade enquanto princípio imprescindível para determinar o fato criminoso e a pena previstos ao comportamento lesivo²²⁷ a bens jurídicos²²⁸ essenciais ao livre

²²⁶ MIR PUIG, Santiago. *Bases Constitucionales del Derecho Penal*. Madrid: Iustel, 2011.

²²⁷ Sobre a lesividade social como, ao lado do bem jurídico, fundamento material do direito penal: “Ao lado dessa teoria do bem jurídico pode-se conceber uma teoria sociológica da lesividade social, que compreenda a lesão social não como a destruição de objetos, e sim retome a antiga ideia de que o crime atinge as condições de organizações da convivência humana.” IN: AMELUNG, Knut. *O conceito de bem jurídico na Teoria Jurídico-Penal da Proteção de Bens Jurídicos*. IN: GRECO, Luís. TÓRTIMA, Fernanda Lara. (orgs.) *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 158.

²²⁸ O desenvolvimento da teoria do bem jurídico como fundamento material do direito penal resulta, especialmente, de Claus Roxin, nesse sentido: “[...] el concepto material de delito es previo al Código Penal y le suministra al legislador un criterio políticocriminal sobre lo que el mismo puede penar y lo que debe dejar impune. Su descripción se deriva del cometido del Derecho penal, que aquí se entiende como ‘protección subsidiaria de bienes jurídicos’.” IN: ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Madrid: Civitas, 1997. P. 51.

desenvolvimento humano em sociedade²²⁹ praticado por pessoas culpáveis. Essa legitimação se desenvolveu com o processo de *neutralização da vítima*²³⁰ e *publicização do conflito*²³¹, impulsionados por movimentos ideológicos que orientaram a limitação do poder de punir, formando balizas à superação da reação penal que se desenvolveu inicialmente com a natureza eminentemente privada²³².

Só que a ideologia de um Estado social levada a uma expressão máxima, desconsiderando o ser humano, gera o totalitarismo: o nazismo, o fascismo e as ditaduras da América Latina, inclusive a brasileira, encontraram em uma perspectiva de ideológica de Estado Social levada ao extremo, o terreno fértil para instrumentalizar o sistema penal como arma voltada a produção do terror. A própria formação do Estado social e a relação com as finalidades de controle e defesa social marcam uma história negativa do direito penal e da dogmática penal: a centralidade da dignidade humana, nesse sentido, cumpre importante missão de freio às pretensões de manutenção de identidades coletivas em detrimento do indivíduo.

O Estado liberal burguês, dos séculos XVIII e XIX, com o contrato social, com os princípios liberais, formalmente buscava a limitação do poder de punir e a redução do poder punitivo do *Leviatã* sobre as vidas das pessoas, mas apenas daqueles que eram considerados pessoas. A perspectiva liberal atual, com o ideal neoliberal, se lança sobre a defesa de um Estado não intervencionista, que reduza a sua intervenção

²²⁹Esse desvalor doutrinariamente se designa como um processo de *neutralização da vítima*. SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. *Inovaciones Teorico Practicas de la Victimologia en el Derecho Penal*. IN: <https://www.ehu.es/documents/1736829/2030810/07+-+Innovaciones+teorico+practicas.pdf>. Acesso em 20 de julho de 2018.. P. 78.

²³⁰“El actual Derecho penal, es decir, el Derecho penal del Estado, no es ya, a diferencia del Derecho penal primitivo, una relación entre delincuente y víctima. Actualmente la víctima está ‘neutralizada’ y en lugar de la compensación y el acuerdo entre lesionador y lesionado aparece la acción penal pública.” IN: HASSEMER, Winfried. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valência: Tirant, 1989. P. 29.

²³¹No fim da idade média, a ofensa e vingança marcadas pelo caráter privado se tornam de natureza pública, o crime é considerado uma lesão ao interesse social. Nesse contexto, a gênese do direito de punir passa a ter uma perspectiva social e funcional, gestada e organizada pelo Estado.

“Hoy nadie puede controvertir la índole pública de nuestra disciplina; pero en el siglo xviii y comienzos del xix, frente a la tesis de Feuerbach, que afirmaba la índole pública de nuestra rama jurídica, pensaron Hugo y Kleinschrod que se trataba de un Derecho privado.” IN: JUMENEZ DE ASÚA, Luís. *Principios de Derecho Penal*. La Ley y el Delito. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1958. P. 19.

²³²Nas construções jurídicas Germânicas e Romanas, a punição era executada pela vítima e se manifestava como a materialização de sua vontade: *idade de ouro da vítima*, pois a pena atendia ao interesse da pessoa ou grupo que arcava com o ônus decorrente da conduta criminosa, SILVA SANCHEZ. *Victimologia e Derecho Penal*. Introducción a la Victimodogmática. P. 145.

sobre as necessidades sociais das pessoas: que não dê o peixe, mas que ajude a pessoa a pescar, ainda que ela more no semiárido do sertão baiano. Esse mesmo Estado, em uma perspectiva criminológica tem se mostrado altamente punitivista, um *Estado Centauro* como denomina Loïc Wacquant²³³.

A dogmática penal atual, que se aproximou da política-criminal liberal - mas não conhece ou quer conhecer a criminologia - procura reduzir a incidência do direito penal para ampliar os espaços de liberdade das pessoas, mas não conhece as pessoas, deixando-as à própria sorte, entregando a elas a responsabilidade pela guarda e proteção de seus bens. Ser autônomo deixa de ser um referencial positivo de humanidade e passa a se constituir como um pressuposto negativo à imputação da responsabilidade penal, um fundamento sistêmico que pressupõe a responsabilização da pessoa por lesões a seus bens, ainda que não se estabeleçam os critérios específicos para tal responsabilização.

Uma perspectiva liberal, que leve o indivíduo ao extremo do isolamento, produz uma dogmática penal que entrega aos aparelhos ideológicos, como denomina Louis Althusser²³⁴, do *Estado Centauro* neoliberal o poder de definir quem é livre, autônomo, responsável, a partir de significados próprios orientados por sua própria perspectiva sistêmico-social. Cigüela Sola²³⁵ adverte que o sistema pode assumir tanto um viés democrático quanto autoritário.

Controlar os limites que definem materialmente o fato punível é uma forma de estabelecer limites à proibição e, conseqüentemente preservar os espaços de liberdade²³⁶. Por isso, a apreensão da natureza pelo ser humano, através do processo

²³³ Loïc Wacquant define como Estado Centauro o modelo de penalidade neoliberal que passou a remediar com um —mais Estado policial e penitenciário o —menos Estado econômico e social que é a própria causa da escalada generalizada da insegurança em diversos países. IN: WACQUANT, Loïc. *Prisões da Miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 07.

²³⁴ ALTHUSSER, Louis. *Ideologia e Aparelhos Ideológicos do Estado*. Tradução de Joaquim José de Moura Ramos. Lisboa: Presença, 1970.

²³⁵ CIGÜELA SOLA, Javier. *La culpabilidad Coletiva em el Derecho Penal: Critica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*. Tesis doctoral presentada em la Universidad Pompeu Fabra – Departamento de Derecho. Barcelona, 2014.

²³⁶ As construções no âmbito da teoria do delito resultam num conceito analítico de crime que, sem exaurir todas as concepções propostas, considera o delito como comunhão sistêmica do fato típico, ilícito e culpável. Não há uma desintegração do delito, mas a divisão teórica dos seus elementos para compreensão de sua unidade. IN: RAMÍREZ, Juan Bustos. *Manual de Derecho Penal*. Barcelona: PPU, 1994. p. 237

descritivo ou normativo, tem como referência um determinado ponto de fundamentação, que não se afasta do ideal comportamental reitor que se estabelece através da pessoa e da sociedade como partes de uma realidade é construída socialmente.

É preciso encontrar o equilíbrio. Isso só é possível com o reconhecimento da importância do ser humano no processo de formação da sociedade e do direito penal. A proposta ideológica de um Estado democrático e social de direito é um indicador de uma postura racional de proteção ao sistema social com respeito à ideologia que sustenta o Estado democrático, ou seja, que orienta a proteção à dignidade humana, que tem como conteúdo a autonomia pessoal.

Não cabe ao direito penal a proteção integral de bens, desconsiderando a autonomia das pessoas. Como também, a proteção da dignidade humana e o respeito à autonomia não se confundem com a permissividade a todo tipo de ataque ao bem que se expõe ao risco justificado por uma autonomia abstrata e normativa que é sistematicamente atribuível às pessoas.

Os casos de *participação em autocolocação em perigo* e *heterocolocação em perigo consentida* apresentam em seu núcleo a indeterminação que caracteriza a própria existência da sociedade: a prevalência do todo ou da parte, do individual ou do coletivo, da pessoa ou da sociedade. A resposta a ser dada será mais adequada se observar essa indeterminação como um valor positivo, bem como ao considerar que o todo e a parte são duas faces de uma mesma realidade. A sociedade informa ao indivíduo o conteúdo necessário para uma vida em coletividade, e o indivíduo compõe a sociedade. No entanto, só o indivíduo existe em um estado de natureza.

Em sistemas que se apoiam mais no *dialelo* que na *matrioska*, a discussão sobre os fundamentos ideológicos que sustentam o poder de punir é secundária. O debate doutrinal tem permanecido na necessidade de determinação a partir da separação e do refinamento teórico para alcançar o domínio, o controle e a lógica de um ou outro instituto, reafirmando o quanto uma construção dogmática é mais importante, justa e adequada que a outra.

3.7 CONCLUSÕES PRELIMINARES

O juízo de atribuição da responsabilidade penal não se esgota na compreensão causal do resultado, é necessário um filtro normativo de determinação do espaço penalmente proibido. O risco como elemento da dogmática penal é o instrumento capaz de conduzir a decisão sobre o comportamento penalmente proibido.

Para isso, é necessário um método dogmático capaz de valorar o comportamento dos diversos atores que compõem o fato perigoso, inclusive do próprio ator lesado. Essa compreensão requer a junção da complexidade, ou seja, que exista uma valoração em rede, considerando que as ações dos diversos atores possuem a capacidade de conduzir às respostas dos demais. Para essa valoração, é preciso a compreensão do risco contido no comportamento dos atores como elemento capaz de orientar o sentido da proibição penal.

A inserção do comportamento da vítima na dogmática penal se faz tradicionalmente pelo instituto do consentimento, bem como pelas novas construções funcionalistas. Nesse caso, o recuo da proteção penal atende à autonomia como referente imediato da ação humana, bem como ao *princípio da autorresponsabilidade* que decorre da liberdade constitucional de ação.

PARTE II
A INTERVENÇÃO DA VÍTIMA AO FATO PERIGOSO E O SISTEMA PENAL

CAPÍTULO 04
O AJUSTE DO PROCEDIMENTO DOGMÁTICO AO COMPORTAMENTO DA
VÍTIMA COMO OBJETO DE VALORAÇÃO

4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Diferentemente da abordagem antecedente, esta abordagem ressalta o viés instrumental do direito penal. Sendo assim, o capítulo critica o rendimento do procedimento das construções dogmáticas da moderna teoria do delito para suportar as soluções aos casos que vítima voluntariamente coopera ao desenvolvimento do fato perigoso. A solução se sustenta em um procedimento capaz de compreender a complexidade que está na relação entre a pessoa, a sociedade e o direito penal.

O procedimento contido na construção dogmática, nesse sentido, é criticado por sua capacidade de aproximar a reconstrução normativa do fato com o significado social e ontológico do fenômeno perigoso experimentado por diversos atores, dentre eles a própria vítima. Todos os métodos dogmáticos modernos, de algum modo, construíram procedimentos que contribuíram ao modo de pensar a teoria do delito no sistema penal atual, mas os problemas da sociedade atual não mais refletem as demandas do fim do século XIX, quando nascia o primeiro pensamento dogmático moderno sobre a teoria do delito.

Os problemas que ingressam na pauta do sistema penal atual, em um viés naturalístico, podem até ter semelhança com os fatos observados no Século XIX, mas, atualmente se representam como fenômenos que carregam uma carga axiológica renovada, que passam a ter um significado diferente daquele que o era atribuído no passado. A natureza, por si só, não revela todo o contexto significativo capaz de determinar a vida social.

Os casos em que diversos atores cooperam para formação de um fenômeno perigoso é um fato social, tem em seu conteúdo não apenas ações axiologicamente neutras de diversos indivíduos. Esse fato carrega uma identidade social que é construída pela expressão de significado que resulta da evolução das relações intersubjetivas, isso demanda uma compreensão do espaço e do tempo da sociedade.

A pretensão do crítica sobre as construções dogmáticas não é de refutação ou negação de um pensamento por outro, pois de um ou outro modo, todos tentarão dar respostas ao problema, mas a compreensão do problema por um método mais próximo às demandas da sociedade atual importará em um sistema penal mais refinado a servir como instrumento de controle e limite ao poder punitivo. Um outro olhar que não nega a importância dos métodos antecedentes, mas reforça a necessidade de pensar a teoria do delito a partir de uma sistemática dada pela dogmática penal como um projeto em constante desenvolvimento.

O que se tem em comum entre as propostas dogmáticas apresentadas é que elas de algum modo buscam inserir o comportamento do portador do bem como um dos níveis de imputação na teoria do delito e, conseqüentemente, na formação do fato punível. Essa inserção, que se estabelece pela relação (vinculação) delas com um ou outro elemento que compõe a estrutura dogmática do crime, indica a necessidade de exposição do fato punível como modelo analítico que suporta a valoração do comportamento dos atores no curso do risco.

Se o fato punível reúne os pressupostos jurídicos que autorizam a imposição da pena, então o comportamento do titular do bem como fenômeno que determina a impunidade, não pode se exaurir em princípios ou institutos abstratos e destituídos de conteúdo e coerência, tal como pode ocorrer na afirmação tópica da autorresponsabilidade da vítima no curso do fato perigoso. De outro modo, deve se vincular esse comportamento ao conteúdo dos pressupostos que limitam a pena, ou seja, que formam analiticamente o fato punível.

4.2 AS CONSTRUÇÕES DOGMÁTICAS E O COMPORTAMENTO DA VÍTIMA: DA IRRACIONALIDADE À IMPROVISAÇÃO

Gimbernart Ordeig, ao trazer as justificativas para responder sobre a existência de um futuro à dogmática penal, afirma que o método dogmático deve propor um procedimento capaz de orientar uma aplicação: “segura e calculável do Direito penal, sendo possível retirar-lhe a *irracionalidade*, a *arbitrariedade* e a *improvisação*.”²³⁷

A construção de um procedimento capaz de valorar as ações de todos os atores do fato perigoso, dentre elas a da própria vítima, como conteúdo que interfere na ampliação do espaço social de liberdade de ação, tem o potencial de pautar a pergunta a respondida por Ordeig. A segurança e a previsibilidade de uma resposta, como a ser dada sobre a valoração do comportamento da vítima no fato punível, gera estabilidade, mas tal resposta será ilegítima se acompanhada pela *irracionalidade*, *arbitrariedade* e pela *improvisação* do procedimento dogmático.

4.2.1 A *irracionalidade* do procedimento formal-positivista

O procedimento formal-positivista é instrumental: a dogmática causal-naturalista tem como finalidade criar um suporte para aplicação da lei penal²³⁸. Apesar dos limites funcionais que decorrem do caráter descritivo inerente à obtenção do sentido dos seus elementos dogmáticos, o procedimento contribuiu para organização do pensamento analítico sobre o crime, e ao desenvolvimento das modernas construções dogmáticas do penal como um limite material ao poder de punir²³⁹: o procedimento tem o mérito de produzir decisões calculáveis.

A previsibilidade das soluções resulta de um procedimento dogmático simples e inteligível. O crime é dividido em dois âmbitos: o objetivo, que representa o viés

²³⁷ ORDEIG, Gimbernart. *¿Tiene un Futuro la Dogmatica Juridicopenal?* IN: Problemas actuales de las ciencias penales y de la filosofía del Derecho. En homenaje al profesor Jiménez de Asúa, Ediciones Panedille, Buenos Aires 1970, págs. 495-523. P. 505.

²³⁸ Uma perspectiva *de lege lata* alcançou o pensamento positivista formal do fim do século XIX e início do século XX.

²³⁹ Antes das modernas construções, a atribuição da responsabilidade jurídico-penal atendia à diferenciação entre dois elementos voltados à imputação do resultado: *imputatio facti* e *imputatio juris*, sem a finalidade de estabelecer um método lógico-analítico penal.

externo, é formado pela tipicidade e pela antijuridicidade; e o subjetivo²⁴⁰, composto pelas formas de culpabilidade²⁴¹.

A parte objetiva, que forma o injusto, é analisada empiricamente e se esgota na descrição dos fenômenos físicos. Nele está contido o fato típico, composto por uma ação, ou seja, uma modificação no mundo exterior a partir de um movimento corpóreo; um nexo de causalidade, que é utilizado como nexo de atribuição de responsabilidade objetiva; e o resultado, que é uma mudança do mundo exterior causada ou não impedida pelas pessoas²⁴². Como o tipo objetivo é, axiologicamente neutro, o resultado típico produzido pelo ator que intervém em uma *autoexposição* ao risco da vítima tem o mesmo significado daquele que participa de uma *autolesão*.

A questão é que a ausência de um filtros normativos no tipo, e a determinação da proibição se esgotando na causalidade entre a ação e o resultado, considerando como causa todas as condições ao resultado (a partir da teoria da equivalência dos antecedentes causais) não consegue limitar a causa socialmente adequada ou juridicamente reprovada que gerou o resultado²⁴³. A pretensão do procedimento *formalista*, como denomina Silva Sánchez, é de dar segurança, ainda que os custos às pessoas sejam altos e pagos com a restrição irracional de espaços de liberdade ação.

A, após sair de uma festa, voluntariamente, pega uma carona com o amigo B, que está alcoolizado, mas ainda consciente, condição conhecida por A. Durante o trajeto até a casa de A, em virtude do déficit no domínio da direção, pelo estado de

²⁴⁰ Não basta que o resultado possa [ser objectivamente referido ao acto de vontade do | agente; é também necessário que se encontre na culpa a ligação subjectiva. LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tomo I. Rio de Janeiro: F. BRIGUIET & C. — Editores, 1899. P. 249.

²⁴¹ Nesse sentido, Beling impõe a imputabilidade como um pressuposto necessário para que alguém possa ser responsável pelo crime, isso a partir das formas de culpabilidade que se estabelecem a partir do dolo e da culpa. A construção forma o viés subjetivo com a concepção psicológica da culpabilidade. O elemento tem como finalidade a determinação de um vínculo subjetivo entre o autor e o fato, juridicamente reprovável. O dolo, nesse contexto, representa a forma mais grave de culpabilidade, quando o agente atua com o conhecimento de que o comportamento é proibido e, ainda assim, não dispõe de força contramotivadora, sendo que pelo menos permanece indiferente em face da ocorrência do crime. IN: *Idem*. P. 250. BELING, Ernst von. *Esquema de Derecho Penal*. La doctrina del delito-tipo. Buenos Aires: El foro, 2002. P. 67.

²⁴² LISZT, *Op Cit.*, 1899. P. 194.

²⁴³ *Ibid.* P. 201.

embriaguez, *B* perde o controle do veículo, resultando em um acidente e na morte de *A*.

O procedimento observa, nesse exemplo, que houve uma ação voluntária de *B* que causou a morte de *A*. A tipicidade, juízo que determina o conteúdo do comportamento proibido, é um processo formal de subsunção do comportamento do autor à lei e, para isso, não é preciso considerar o contexto social que lhes atribui significado. No exemplo acima, pelo procedimento *formal-positivista*, o comportamento de *A* resulta em um fato típico. Nesse caso, o procedimento formal e fechado à presença de elementos normativos, não compreende a ação *B* como fenômeno relevante à crítica sobre a legitimidade da proibição penal do comportamento de *A*.

A construção que orienta o procedimento *formalista* prescinde dos princípios ou valores político-criminais para determinar o conteúdo material do fato punível. O procedimento é de um sistema fechado, como uma máquina, em que a partir de um *input* (causação de um resultado formalmente proibido), as estruturas internas do sistema passam a operar com base em um programa referido à Lei para explicar causalmente os fenômenos empíricos: é um procedimento que deduz da legislação a solução aplicável ao caso mediante a construção jurídica, através da gradativa e progressiva aplicação de conceitos (rótulos) dos elementos dogmáticos²⁴⁴.

A construção assim se exaure na explicação causal sem compreender o sentido do comportamento dos atores envolvidos no fato: causar a morte de alguém é realizar o tipo de homicídio, não há espaço para analisar o tipo de risco contido na conduta dos diversos atores que cooperam à produção do fato perigoso. Como a proibição se esgota em uma operação *lógico-formal*, já que o procedimento não possibilita a entrada de elementos normativos no juízo de valoração do tipo, a entrada da vontade do titular do bem como fundamento ao recuo do injusto²⁴⁵ se dá com o consentimento do ofendido. Ernest von Liszt, por exemplo, diz que “só exclue a ilegalidade do acto,

²⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación ao Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1992.

²⁴⁵El consentimiento del ofendido (o del amenazado) y la significación del hecho como auto lesión (o auto amenaza) son causas de exclusión de la ilicitud en cuanto el bien jurídico lesionado (o puesto en peligro) esté comprendido entre los derechos de disposición del lesionado (o amenazado); para ello vale el principio: *volenti non fit injuria*. BELING, *Op Cit.*, 2002. P. 53.

quando e até onde o direito publico permite a disposição de tal bem, e o titular, são de espirito, delle dispõe seriamente. Entende-se que a ordem jurídica nega o poder de dispor, quando liga ao bem em questão uma importancia que vae além da pessoa do respectivo titular.”²⁴⁶

O procedimento *formal-positivista* da construção causal-naturalista não alcança o rendimento que se pede a um método dogmático em face da complexidade da sociedade atual. Ele se torna *irracional*, pois foi desenvolvido para não ter a capacidade de se *autocompreender*, de criticar as suas propostas e resultados alcançados, mas apenas servir como um apoio, um instrumento secundário voltado à aplicação da Lei.

O fechamento para questões político-criminais e o desenvolvimento da construção a partir de axiomas classificatórios obstaculariza a construção causal-naturalista como uma disciplina jurídico-penal fundamental. Esse pensamento axiomático cria uma *falácia naturalista*²⁴⁷ que dificulta o desenvolvimento de abordagens racionais sobre a valoração jurídico-penal do comportamento do ator lesado na constituição do fato perigoso.

Apesar dessa *irracionalidade*, especialmente por não compreender os fenômenos em rede, considerando as relações entre o indivíduo, a sociedade e o sistema penal na formação do fato punível, o procedimento contribuiu significativamente ao pensamento dogmático moderno por estruturar de forma clara, lógica e simples as categorias analíticas do delito como unidades progressivas de um sistema de imputação de responsabilidade penal.

²⁴⁶ LISZT, *Op Cit.*, 1899. P. 242

²⁴⁷ “[Construção de] um sistema através da análise de fenômenos empíricos desprezando a análise normativa sobre o que comportamento relevante ao sistema penal, repercutindo na redução da tipicidade a um juízo formal de subsunção que não considera a complexidade e pluralidade das intervenções humanas que compõem um fato social.” Em: COSTA, Lucas Gabriel S. *Heterocolocação em Perigo Consentida em condutas imprudentes de trânsito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. P. 89. Anida nesse sentido: SCHÜNEMANN, Bernd. *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales*. Thecnos: Madrid, 1991. P. 45-48.

4.2.2 A *arbitrariedade* do procedimento axiológico-neoclássico

O início do século XX foi marcado por um intenso movimento sociológico e jurídico voltado à superação dos limites ao procedimento dogmático resultante das raízes naturalistas do período antecedente. A elevação do Direito enquanto ciência, com um espaço fechado às suas construções, significados e valores, conduziu à produção de conhecimentos e procedimentos que ultrapassavam o positivismo sociológico e do jusnaturalismo para ideia de uma teoria pura da dogmática penal. O purismo foi alcançado com o afastamento da descrição dos fenômenos sociais e com a aproximação com os valores, com o método axiológico, com a funcionalização das categorias do delito.

O movimento *neoclássico* produziu um método que buscou superar os procedimentos que esgotam a compreensão da dogmática penal a partir da descrição dos dados da natureza, inerentes ao mundo do ser²⁴⁸. Houve com a perspectiva neoclássica o afastamento do método centrado na segurança e certeza a partir do sentido do fenômeno, e a adoção de um método axiológico, valorativo, inerente às ciências da cultura.

Na defesa do método axiológico, Edmund Mezger afirma que as normas, que surgem no campo dos valores, são os instrumentos para valoração dos elementos dogmáticos do direito penal – se inclui a ação – feitas pelo legislador e refinadas pelo jurista para aplicar nos casos concretos da vida²⁴⁹.

A construção neoclássica, também chamada de neokantiana, não rompe com toda a estrutura desenvolvida pela construção clássica²⁵⁰. A mudança ocorre na valoração do conteúdo de todos os elementos do tipo, que se abre para compreender os fins pretendidos pelo direito penal: um movimento de viés teleológico, em que o direito

²⁴⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales*. Thecnos: Madrid, 1991. P. 50.

²⁴⁹ MEZGER, Edmund. *Derecho Penal*. Parte General. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958. P. 44.

²⁵⁰ “Os neokantianos ou neokantistas, na verdade, não propuseram uma alteração na sistemática do delito, mas somente uma transformação do conteúdo dos elementos que o compõem.” Em: BUSATO, Paulo César. *Direito Penal e Ação Significativa: Uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 13.

passa a ser orientado por valores e ideias²⁵¹, sustentado pelo pensamento *juspositivista*.

O procedimento insere os elementos valorativos no âmbito do tipo penal, compreende a ilicitude material a partir da lesividade social, que supera o seu caráter exclusivamente formal do método antecedente. O tipo penal deixa de ser uma categoria descritiva e passa a receber elementos normativos, que demandam juízo de valoração²⁵², bem como elementos subjetivos especiais, que incorporam e antecipam a observação de atributos psicológicos no âmbito da tipicidade.

A proposta apresenta uma nova relação entre o tipo penal e a antijuridicidade, antecipando para a tipicidade a análise do conteúdo da ilicitude, isso através dos elementos negativos do tipo²⁵³. O tipo deixa de ser o indício da ilicitude para se transformar em sua essência, *ratio essendi*: uma antijuridicidade tipificada que faz do fato punível um injusto culpável²⁵⁴.

A antijuridicidade é material, representando uma lesão social que abre espaço à possibilidade do reconhecimento de causas supralegais de justificação²⁵⁵. A aferição da ilicitude supera o procedimento que se exaure na observação formal da contradição entre o fato e a ordem jurídica: a antijuridicidade é entendida como nocividade social²⁵⁶.

É possível, a partir da proposta neoclássica funcionalizar o tipo penal e o conteúdo da ação a partir de bases significativas diversas do plano naturalístico para alcançar uma melhor resposta do direito penal aos casos de cooperação a uma *autoexposição* da vítima ao perigo. No entanto, o procedimento se desloca do sentido social dado ao fenômeno natural e constrói o significado jurídico às categorias do delito sem a

²⁵¹ JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Direito Penal. Parte General. Granada: Comares, 1993. P. 184.

²⁵² *Ibid.* P. 186.

²⁵³ TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. P. 136.

²⁵⁴ GRECO, Luís. A Teoria da Imputação Objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. São Paulo: Renovar, 2002. P. 13-14.

²⁵⁵ JESCHECK, *Op Cit.*, 1993. P. 215-221.

²⁵⁶ *Ibid.* P. 186.

afirmação (socialmente compartilhada) de um ponto reitor que sirva para legitimar a atribuição do conteúdo às estruturas do sistema.

A construção neoclássica, assim, transforma-se em um instrumento de controle social arbitrário, ou seja, em que o significado atribuído às categorias do delito não está modulado por um ponto reitor democrático limitativo à vontade intérprete: esse arbítrio produz o *subjetivismo epistemológico*²⁵⁷.

A ausência de uma base reitora para valoração dos elementos da construção dogmática também produz uma *neutralidade axiológica* do sistema que amplia a possibilidade de utilização e orientação da construção neoclássica por vieses ideológicos totalitários. O que reduz a capacidade do procedimento neoclássico como um instrumento adequado à valoração dos elementos dogmáticos a partir da importância da compreensão da relação entre a pessoa, a sociedade e o sistema penal.

4.2.3 O procedimento lógico-real e a *improvisação*

A dogmática penal não é imutável, o desenvolvimento da teoria do delito não é um projeto acabado: as construções dogmáticas devem se revelar como síntese dos estudos já desenvolvidos sobre a teoria do delito.

O procedimento dogmático finalista, por exemplo, representa um importante estado de desenvolvimento da teoria do delito²⁵⁸. Desenvolvimento que elevou a teoria finalista da ação ao protagonismo na discussão sobre o sistema jurídico-penal pós-guerra²⁵⁹, em virtude das correções das *obscuridades e contradições*²⁶⁰ inerentes à construção antecedente²⁶¹. O método decorre da evolução crítica do Direito Penal

²⁵⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992. P. 56.

²⁵⁸ HIRSCH, Joaquim Hans. *Acerca de la crítica al 'finalismo'*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Nº 65. Março-abril de 2007 – Ano 15. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 101.

²⁵⁹ ROXIN, Claus. *Reflexões sobre a construção sistêmica do direito penal*. Novos Estudos de Direito Penal. São Paulo: Marcial Pons, 2014. P. 101.

²⁶⁰ El punto de partida teórico del finalismo se halla en la crítica de WELZEL al relativismo valorativo y al normativismo del pensamiento penal neokantiano." IN: SCHÜNEMANN, Bernd. *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1991. P. 54.

²⁶¹ JESCHECK, *Op Cit.*, 1993. p. 190.

alemão na primeira metade do século XX²⁶², e pensa o crime não se esgotando em um processo físico-natural ou exclusivamente normativista²⁶³.

Essa correção se estabeleceu por: i a adoção de pressupostos metodológicos (vinculação do intérprete a estrutura lógico-objetivas); ii em virtude da tese de base (conceito final de ação e teoria estrita da culpabilidade)²⁶⁴.

A teoria finalista, no entanto, não encerra o desenvolvimento da dogmática penal. O procedimento final avança, mas não alcança a importância de um esquema normativo de interpretação e produção de sentido necessários para formar o significado dos elementos que compõem o fato punível: o finalismo segue concepções lógicas pré-determinadas como a causalidade física e a ação natural, o que não impedem, mas dificultam, o desenvolvimento de soluções à problemas que necessitam de uma referência ao contexto dos acontecimentos impulsionados pelas ações humanas.

A ação final é um axioma inicial do procedimento finalista. Isso significa que não é o direito que produz o significado do objeto, mas é o objeto de valoração que determina o significado dos elementos que compõem analiticamente o crime. Para o finalismo, a ação final (objeto de valoração) já possui um significado próprio que pode ser apreendido e descrito, mas não modificado pelo sistema penal²⁶⁵.

O significado do comportamento dos intervenientes em um fato arriscado se vincula ao seu sentido ontológico. A resposta sobre o comportamento da vítima no fato punível

²⁶² Considerando que a crítica contra um normativismo puro está atual, Hirsch defende que não se pode etiquetar o finalismo uma construção de determinada época, mas somente após a segunda guerra mundial, o finalismo encontrou um campo científico mais amplo, em virtude da metodologia normativista que fazia com que os objetos de regulação jurídica sofressem manipulações e impedia uma sistemática do direito penal que correspondesse a exigências científicas. HIRSCH, Joaquim Hans. *Acerca de la crítica al 'finalismo'*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Nº 65. Março-abril de 2007 – Ano 15. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007; Roxin, de outro modo: “Atualmente, o sistema do delito tem por fundamento orientação normativa, sistemática ou de política criminal.” ROXIN, Claus. *Finalismo: um balanço entre os seus méritos e deficiências*. Novos Estudos de Direito Penal. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

²⁶³ HIRSCH, *Op Cit.*, 2007.

²⁶⁴ SCHÜNEMANN, *Op Cit.*, 1991. P. 12.

²⁶⁵ As demandas que propõem uma resposta normativa no âmbito do injusto não encontram respostas satisfatórias em construções que têm o nexa de causalidade físico como o elemento que determina o nexa de imputação, que se apoia na causalidade natural para determinar um conteúdo ao sistema jurídico. *Ibid.* P. 48.

é feita pela descrição da expressão subjetiva da vontade de todos atores que compõem o fato proibido, pois conceitos que podem orientar a formação do injusto, como consentimento, vontade, assentimento devem ser descritos em sua natureza, como eles são, e não construídos e atribuídos conforme a função que devem cumprir no sistema.

As propostas de valoração objetiva do comportamento da vítima para orientar a dimensão do risco como elemento normativo que influi na formação do fato punível, no contexto do finalismo, têm uma perspectiva dogmática restrita: servirão como institutos transversais, de índole principiológica, desgarrados de uma conexão lógico-sistemática com os elementos e fundamentos que compõem a construção. É o que se observa na jurisprudência brasileira com a aplicação do *princípio do risco*, a *autolocação em perigo*, *princípio da confiança*: institutos normativos que influem na composição do fato punível sem conexão lógica com os fundamentos que compõem a construção finalista, majoritária no Brasil.

O procedimento observa o fato punível a partir da compreensão da expressão objetiva e subjetiva da ação na formação do injusto²⁶⁶, sendo a culpabilidade essencialmente normativa: o procedimento separa o objeto de valoração do juízo de valoração²⁶⁷. O fundamento para sustentação dos elementos dogmáticos decorre da manifestação social da existência humana, perceptível através de uma ação essencialmente

²⁶⁶ “[...] trata-se de uma compreensão do delito nos moldes de uma teoria da infração, consubstanciada na relação do sujeito que, objetiva e subjetivamente, viola uma norma de determinação (*relação sujeito-norma*) A vontade do sujeito, concretizada na ação, contrapõe-se à vontade do Direito, expressa na norma. Não é por outra razão que a doutrina repetidamente destaca que o finalismo foi responsável por consagrar uma concepção *peçoal do injusto*.” Em: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Perspectivas Contemporâneas e Pressupostos Dogmáticos para uma Construção Possível*. São Paulo. Tese. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2017. P. 180.

²⁶⁷ A construção final separa a consciência do agente sobre o curso causal na produção do fato, da potencial consciência da antijuridicidade do fato produzido. Nesse sentido, no nível do injusto, como integrante da conduta, tem-se o dolo como atual consciência que integra a ação e no âmbito da culpabilidade, enquanto reprovação que recai sobre o agente, a potencial consciência da ilicitude. Houve, assim, uma evolução com o desenvolvimento da concepção normativa de culpabilidade, que separa o juízo de valoração, culpabilidade, do injusto que é o objeto da valoração. Para Sebastián Borges de Albuquerque Mello, “A culpabilidade [no finalismo] passa a ser um juízo de valor sobre a resolução da vontade, a qual passa a ser objeto da valoração da culpabilidade. Assim, o autor será censurado penalmente quando poderia adotar uma resolução de vontade antijurídica.” Em: MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O Conceito Material de Culpabilidade*. O fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. Salvador: JusPodivum, 2010. P. 160. “

direcionada por uma finalidade²⁶⁸: não cabe, assim, ao direito atribuir normativamente o significado da vontade, mas descrever o seu sentido²⁶⁹.

O tipo penal representa a matéria da proibição, modelo da conduta proibida, agora com uma conotação pessoal²⁷⁰, possuindo um viés objetivo, composto pela conduta humana, umnexo de causalidade no sentido da teoria dos antecedentes causais como critério de imputação com um resultado penalmente proibido. O outro viés, o subjetivo, tem como conteúdo a finalidade, que é representada pelo dolo, elemento que passa a integrar o tipo penal, bem como pelos elementos subjetivos do tipo. Dolo, no finalismo, expressa o sentido natural, sociológico da manifestação vontade: “a possibilidade de querer não depende da imputabilidade”²⁷¹. Trata-se do sistema em que se vinculam ação e finalidade: consciência e vontade são reconhecidas como partes da ação²⁷².

A construção finalista, no entanto, limita a abertura da dogmática jurídico-penal para compreensão de elementos normativos no espaço de valoração da tipicidade, que no finalismo se vê carregado pela missão atribuída ao dolo, pois o sistema não supera o problema da extensão do tipo objetivo das construções anteriores ao ter na causalidade natural o nexode imputação do resultado objetivamente típico.

A perspectiva final enxerga um ser humano *onipotente*, capaz de orientar as suas ações a partir de uma finalidade que se vincula à antecipação do curso causal e das consequências de suas ações²⁷³. Mas as ações, quando lançadas no meio social, passam a formar relações sociais e o significado da ação, do curso causal e das consequências das ações pedirá mais que a vontade de um ator.

²⁶⁸ “[...] não há querer humano sem finalidade” IN: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Conduta Punível*. São Paulo: José Bushatsky, 1961. p. 501.

²⁶⁹SCHÜNEMANN, *Op Cit.*, 1991. P. 55.

²⁷⁰ LUISE, Luiz. *O Tipo Penal, a Teoria Finalista e a nova Legislação Penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1987. P. 37.

²⁷¹ “A palavra dolo já envolve a ideia de valoração jurídica da vontade e é inadequada no caso, sendo empregada à falta de outra.”IN: FRAGOSO, *Op Cit.*, 1961. P. 502.

²⁷² Welzel propõe, a partir da ação, um sistema universal, capaz de orientar a concepção do fato punível em qualquer sociedade, utilizando o homem como centro, aproximando-se das teorias sociológicas que viam na ação o fundamento para construção, explicação e desenvolvimento das relações sociais.

²⁷³ “não há querer humano sem finalidade” IN: *Op Cit.*. P. 501.

Como dito, se se pensa em edifícios teóricos, a ideologia é quem projeta a construção. A reafirmação de um direito penal liberal, garantístico e preocupado com as pessoas, verá o sistema penal não como *fábula*, mas como ele é: um instrumento de dominação. Por isso, quanto maior o poder *visionário* atribuído ao ser humano em face de sua capacidade de *finalisticamente* antecipar o curso causal de suas ações, desconsiderando os limites que podem ser alcançados com a compreensão da sociedade e do sistema penal, maior será o espaço de responsabilidade inerente ao comportamento pessoal.

O poder gera responsabilidade. A responsabilidade por um resultado típico, em um Estado social e democrático de direito, pede mais que a causação de um resultado direcionado por uma finalidade. É preciso alcançar um tratamento refinado à valoração do princípio do risco que orienta o *desvalor* objetivo do comportamento dos atores que compõem o curso do fato perigoso, considerando esses atores não apenas como indivíduos, mas como pessoas que vivem em sociedade e que devem ter no direito penal uma barreira, não de afirmação, mas de limitação do poder punitivo.

4.3 O MÉTODO FUNCIONAL E ABERTURA DA DOGMÁTICA PENAL

Uma perspectiva *funcionalista* sobre a teoria do delito analisa a constituição de cada elemento dogmático a partir da função que o sistema penal cumpre no meio social²⁷⁴. Partindo do método axiológico-valorativo, o funcionalismo penal se constrói a partir de diversas perspectivas que propõem a orientação dos elementos analíticos do crime conforme a função de controle e desenvolvimento de um programa reitor que pode

²⁷⁴ Cf COSTA, Lucas Gabriel S. *Heterocolocação em Perigo Consentida em condutas imprudentes de trânsito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. P. 95-131. Ainda: GRECO, Luís. *Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito*. Texto do trabalho apresentado (com algumas modificações) no I Congresso de Direito Penal e Criminologia, ocorrido da UFBA, nos dias 13-15 de abril de 2000, no painel sobre o “Funcionalismo no Direito Penal”; JAKOBS, Gunther. *Fundamentos do Direito Penal*. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. ROXIN, Claus *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ser a política-criminal²⁷⁵, os princípios liberais²⁷⁶ ou até a identidade de uma sociedade em curso²⁷⁷.

O método referido a valores, que aproxima o funcionalismo do pensamento pós-positivista, forma as estruturas do sistema dogmático a partir da compreensão intercambiável da função que diferencia o sistema penal como sistema de controle. Cada unidade do sistema é formada com o conteúdo atribuído pelo todo. Como não é a unidade, com um sentido natural pré-constituído, o que determina o conteúdo das estruturas do sistema, mas o programa, um programa reitor, que amplia o alcance do método dogmático para compreender e dar soluções aos casos que demandam a valoração normativa do objetivo do comportamento da vítima no fato perigoso.

O Funcionalismo penal, acrescenta à estrutura neokantista uma base reitora referida aos fins político criminais²⁷⁸ e sistêmicos²⁷⁹, superando o relativismo axiológico que obstou o desenvolvimento da construção neoclássica do delito. É nesse sentido que os elementos da dogmática penal devem ser valorados e obter o seu conteúdo dos fundamentos que justificam o sistema penal em cada sociedade.

4.3.1 A construção funcional do fato punível a partir da necessidade de proteção de bens jurídicos

Roxin estrutura um método voltado à funcionalização do sistema do delito para atender à missão constitucional do direito penal, a proteção subsidiária de bens jurídicos. A construção funcionalista roxiniana propõe que as categorias do delito se

²⁷⁵ Cf. ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

²⁷⁶ ROCHEFORT, Juan Ignacio Piña. Algunas Consideraciones acerca de la (auto)legitimación del derecho penal. El problema de la Legitimidad Abordable desde una perspectiva sistémico-construtivista? IN: IN: Teoria de Sistemas Y Derecho Penal. Fundamentos y Posibilidades de Aplicación. Granada: Editorial Comares, 2005.

²⁷⁷ Cf. JAKOBS, Gunther. *Sociedade, Norma e Pessoa: teoria de um direito penal funcional*. Barueri-São Paulo: Manole, 2003. RAMOS, Enrique Peñaranda, GONZALES, Carlos Suarez, MELIÁ, Manuel Cancio. *Um novo sistema do Direito Penal*. Considerações sobre a Teoria de Günther Jakobs. Tradução: André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003.

²⁷⁸ GRECO, Luís. *Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. GRECO, Luís. A Teoria da Imputação Objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. São Paulo: Renovar, 2002. GRECO, Luís. *Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito*. In: I Congresso de Direito Penal e Criminologia, nº 1, 2000, Salvador, UFBA. *Comunicações Científicas* (Painel).

²⁷⁹JAKOBS, Gunther. *Fundamentos do Direito Penal*. Tradução: André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

funcionalizem a partir do programa assumido pela política-criminal em um Estado social e democrático de direito²⁸⁰.

Esse programa, a partir da função preventiva da pena, é a proteção subsidiária de bens que são considerados condições reais dadas essências ao livre desenvolvimento do ser humano em sociedade. O *funcionalismo teleológico* insere o objetivo político criminal de proteção ao bem jurídico como fundamento à valoração dos institutos dogmáticos do sistema jurídico-penal.

O fato punível é constituído a partir da missão de proteção subsidiária de bens e a culpabilidade, como responsabilidade, tem o seu limite determinado pela finalidade preventiva da pena²⁸¹. A tipicidade cumpre a função de limitação do conteúdo da proibição, materializando o *nullun crimen* a partir de uma perspectiva funcional, a antijuridicidade se evidencia enquanto lesividade social, enfrentando os conflitos entre os interesses individuais e sociais²⁸².

No âmbito do tipo penal, imputação objetiva se apresenta em três níveis de imputação: a imputação objetiva do resultado à conduta do agente depende da criação do risco não permitido, que concretiza o desvalor da ação do agente; a realização do risco não permitido no resultado, concretização do desvalor do resultado; e, ainda, que o resultado esteja contido no alcance do tipo penal²⁸³.

²⁸⁰ ROXIN, *Op. Cit.*, 2000.

²⁸¹ “A função da pena estatal para garantir as expectativas sociais essenciais se resume em produzir ‘prevenção geral através do exercício no reconhecimento da norma’. Essa prevenção geral, que se denomina positiva porque não é meramente intimidatória, manifesta-se em três aspectos diferentes: por um lado e antes de tudo, a pena serve para confirmar a confiança na vigência das normas, apesar de sua ocasional infração (‘exercício de confiança na norma’). Em segundo lugar, a pena se orienta ao ‘exercício na finalidade para o Direito’, no sentido antes mencionado. E, por último, mediante a imposição da pena se estuda a conexão existente entre a conduta que infringe a norma e a obrigação de arcar com seus custos, suas consequências penais (‘exercício na aceitação das consequências’). IN: RAMOS, Enrique Peñaranda. GONZÁLEZ, Carlos Suárez. MELIÁ, Manuel Cancio. *Um Novo Sistema Jurídico Penal*. Considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003. p. 03.

²⁸² ROXIN, Claus. *Reflexões Sobre a Construção Sistemática do Direito Penal*. Novos Estudos de Direito Penal. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

²⁸³ GRECO, Luis. *Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 19-28.

A análise teleológica e restritiva dos tipos possibilita a compreensão do comportamento da vítima como elemento normativo capaz de orientar a atipicidade do fato. A partir de institutos normativos da *participação em autocolocação em perigo* e da *heterocolocação em perigo consentida*, Roxin propõe a valoração objetiva do comportamento da vítima no curso do fato perigoso como critério normativo que influi no direcionamento do nexa normativo de imputação do resultado objetivamente típico.

4.3.2 A construção do fato punível a partir da manutenção de expectativas normativas

O funcionalismo sistêmico desloca o plano de significação que dá conteúdo e direciona a dogmática penal, da ação humana - enquanto dado ontológico -, para a comunicação presente no sistema, que não depende da individualidade, ou seja, não é a vontade que orienta o significado dos elementos do delito. O sistema dogmático considera a atribuição da responsabilidade a partir de papéis sistêmicos, âmbitos de organização e expectativas normativas: papéis e âmbitos de organização que também são direcionados à vítima.

O método funcionaliza as categorias do delito a partir da função que diferencia o sistema penal como subsistema social: a manutenção de expectativas normativas²⁸⁴. A proposta sistêmica considera que o núcleo da proibição penal não se restringe à existência de um bem, mas decorre da necessidade de manutenção das convenções sociais construídas por um processo de comunicação²⁸⁵.

A proposta da parte da análise de uma sociedade que se constitui por um sistema de significação em que a comunicação seja capaz de interligar as pessoas à identidade cultural assimilada no sistema²⁸⁶: o sistema jurídico incorpora essa identidade cultural

²⁸⁴ RAMOS, Enrique Peñaranda. GONZÁLEZ, Carlos Suárez. MELIÁ, Manuel Cancio. *Um Novo Sistema Jurídico Penal. Op. Cit.*, 2003. p. 01.

²⁸⁵ Para Jakobs, o fato punível, como expressão de sentido, consiste em uma atuação no mundo natural, material, mas o mundo material não deve determinar por si só o significado da atuação” IN: JAKOBS, Gunther. *La Imputación Jurídico-penal y las Condiciones de vigencia de la norma*. IN: Teoria de Sistemas Y Derecho Penal. Fundamentos y Posibilidades de Aplicación. Granada: Editorial Comares, 2005. P. 185.

²⁸⁶ JAKOBS, Gunther. *Danosidade Social? Anotações sobre um problema teórico fundamental do Direito Penal*. IN: Teoria da Pena, bem jurídico e imputação. São Paulo: LiberArs, 2012. P. 93.

e a reafirma através das normas, que informam os papéis e expectativas comportamentais voltados aos cidadãos.²⁸⁷

O crime, assim, é uma falha de comunicação que sobrepõe o caráter ontológico e cognitivo do indivíduo, exposto através de uma compreensão comunicativa como fato que contrapõe a norma, que deve ser refutado com a imposição da pena²⁸⁸. A pena, como resposta, reafirma a norma violada e, portanto, o próprio sistema penal.²⁸⁹ Assim, a construção compreende que o direito penal, em sua função de controle institucionalizado que opera no sistema social, manifesta-se através da análise crítica das condições de estabilização normativa²⁹⁰.

Jakobs tem na função de prevenção geral positiva da pena, que propõe a sanção como forma de integração, o instrumento para reafirmar a vigência da norma violada em face de uma comunicação *contranormativa*²⁹¹. Se a função da pena é reafirmar o direito violado, e as estruturas do fato punível são pressupostos à aplicação da pena, tais estruturas devem se funcionalizar conforme tal missão: garantir a vigência da norma que carrega em seu conteúdo expectativas reafirmadas a partir da pena.

²⁸⁷ “Na concepção de Jakobs, o Direito penal obtém sua legitimação material de sua necessidade para garantia da vigência das expectativas normativas essenciais (aquelas das que depende a própria configuração da identidade da sociedade) frente a aquelas condutas que expressam uma máxima de comportamento incompatível com a norma correspondente põem a esta, por tanto, em questão como modelo geral de orientação no contrato social.” IN: RAMOS, Enrique Peñaranda. GONZÁLES, Carlos J. Suárez, MELIÁ, Manuel Cancio. *Consideraciones sobre la Teoría de la Imputación de Günther Jakobs*. IN: JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Civitas --- p. 18.

²⁸⁸ “O expectador exige que a realidade se adapte à expectativa e esta continua a valer mesmo contra os fatos (contrafaticamente). O erro era a realidade, não a expectativa. Daí surgem o conceito de norma: ‘são expectativas de comportamento estabilizadas contrafaticamente.’” IN: GRECO, Luís. GRECO, Luís. *Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito*. Texto do trabalho apresentado (com algumas modificações) no I Congresso de Direito Penal e Criminologia, ocorrido da UFBA, nos dias 13-15 de abril de 2000, no painel sobre o “Funcionalismo Direito Penal” p. 09.

²⁸⁹ “Nessa concepção, a pena não é tão-somente um meio para manter a identidade social, mas já constitui essa própria manutenção.” IN: JAKOBS, Gunther. *Sociedade Norma e Pessoa: Teoria de um Direito Penal Funcional*. Barueri-São Paulo: Manole, 2003. P. 04.

²⁹⁰ JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Civitas, 1997. p. 18. Nesse sentido, “[O] Direito Penal obtém sua legitimação material de sua necessidade para garantir a vigência das expectativas normativas essenciais (aquelas de que depende a própria configuração ou identidade da sociedade) diante das condutas que expressam uma regra de comportamento incompatível com a norma correspondente e colocam nesta, portanto, uma questão como modelo geral de orientação no contato social.” IN: RAMOS, Enrique Peñaranda, GONZALEZ, Carlos Suarez, MELIÁ, Manuel Cancio. *Um novo sistema do Direito Penal*. Op. Cit, 2003. p. 03

²⁹¹ Para justificar o fechamento operativo do direito penal, a construção funcionaliza todo o sistema a partir da finalidade preventiva geral da pena. A pena, nesse sentido, passa a ser um instrumento de comunicação da refutação da violação e de reafirmação da norma.

No espaço do tipo penal, a teoria da imputação objetiva apresenta filtros normativos com requisitos próprios denominados de risco permitido, princípio da confiança, proibição de regresso e competência da vítima. No âmbito de competência da vítima, a construção pretende desenvolver critérios para não imputação do resultado vinculados à defraudação do papel da vítima que se expõe voluntariamente ao fato perigoso: o sistema funcionaliza o conceito de vítima a partir de um papel que deve ser por ela garantido como guardião dos seus bens.

O sistema é capaz de reconstruir os conceitos de autor e vítima a partir de expectativas normativas, mas desconhece a importância da pessoa e da sociedade nas propostas de solução da dogmática penal, pois não considera questões empíricas e valorativas. A proibição não depende da valoração do conteúdo da norma violada, bem como não se analisam efeitos psicológico-individuais ou psicológico-sociais, que poderiam ser tomados como limites à imposição da pena. O que se busca é reafirmar através da pena a norma violada.

Ao ter como fundamento a manutenção da vigência da norma, a construção inverte os polos que direcionam o direito penal em um estado democrático, preocupado com o livre desenvolvimento do ser humano, pois o desvalor da ação não está na lesão de bens, mas na defraudação abstrata da norma. É o sistema penal que dirige as interações simbólicas que determinam o comportamento admissível frente ao sistema social²⁹².

4.4 UM MÉTODO RACIONAL COMO PRESSUPOSTO À COMPREENSÃO DO COMPORTAMENTO DA VÍTIMA NO FATO PERIGOSO

Uma concepção sistemática do direito penal, com a construção lógica de ordem e unidade, pode representar um ganho à dogmática jurídico-penal: a busca é por uma estrutura que, para além de desenvolver e organizar os institutos que orientam a

²⁹² O pedestre espera que o condutor respeite a sinalização do semáforo e o limite de velocidade e o condutor espera que o pedestre atravesse à via utilizando a faixa de pedestres. Ambos se comunicam e estabelecem seus comportamentos conforme as expectativas derivadas dos sistemas de comunicação resultantes da sociedade.

aplicação do direito penal²⁹³, sejam pressupostos de controle e limite ao poder punitivo. A função que recai sobre essa sistemática compreende a disposição de um método com procedimentos voltados à satisfação da previsibilidade comunitária sobre o modo de determinação do comportamento penalmente proibido²⁹⁴. No entanto, é necessário analisar, considerando os múltiplos métodos que dão conteúdo às construções, qual a sistemática adequada para compreensão do fato punível.

A discussão sobre a legitimidade do direito penal, apoiada nos ideais que decorrem materialização da legalidade e da democracia, está vinculada à crítica sobre a capacidade de expansão dos limites postos pelo Estado de Direito à intervenção punitiva²⁹⁵. Essa característica decorre de uma postura ideológica assumida pelo discurso político-criminal pós-moderno, que se aproxima e forma as bases das construções dogmáticas que propõem a compreensão analítica do crime. O sentido e a extensão que se atribui a essa aproximação influi na adequação e nas consequências da inserção do comportamento da vítima como elemento da teoria do crime²⁹⁶.

Nesse sentido, a inserção do comportamento da vítima no fato punível deve seguir a função legitimadora que cumpre a dogmática penal no Estado atual²⁹⁷. Para além de

²⁹³ SCHÜNEMANN, Bernd. *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1991. p. 33.

²⁹⁴ As construções no âmbito da teoria do delito resultam num conceito analítico de crime que, sem exaurir todas as concepções propostas, considera o delito como comunhão sistêmica do fato típico, ilícito e culpável. Não há uma desintegração do delito, mas a divisão teórica dos seus elementos para compreensão de sua unidade. IN: RAMÍREZ, Juan Bustos. *Manual de Derecho Penal*. Barcelona: PPU, 1994. p. 237

²⁹⁵ Por todos: Com viés político-criminal: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política crimina nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011; Com foco na dogmática penal: MIR PUIG, Santiago. *Bases Constitucionales del Derecho Penal*. Madrid: Iustel, 2011; Com o viés criminológico BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do direito penal*. Tradução e prefácio: Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

²⁹⁶ A partir da aproximação da dogmática com uma política-criminal sustentada pelos ideais positivistas, na busca de certeza e segurança, o comportamento do ofendido foi introduzido na dogmática penal com o consentimento do ofendido. A partir de uma perspectiva política-criminal funcionalista, surgem institutos normativos com base na autorresponsabilidade ou nas expectativas normativas referentes à vítima que passam a integrar a dogmática penal.

²⁹⁷ De este modo incumbe a la Dogmática jurídica también una función «legitimadora». Sólo así puede cumplir la Dogmática jurídico-penal también una función de control del poder punitivo estatal, evitando ser una mera servidora, cuando no cómplice, del mismo. La Dogmática jurídico-penal es también producto de una tradición cultural vinculada al Estado de Derecho y, por tanto, sus construcciones teóricas deben servir también para evitar los excesos del poder punitivo y fundamentar las decisiones legislativas y judiciales conforme a los principios y derechos fundamentales que caracterizan al Estado

servir de apoio à interpretação legal e sistematização das categorias do fato punível, a dogmática é um campo de abordagem imprescindível para legitimidade da intervenção penal conforme os ideais do Estado de direito, ela critica a manifestação punitiva, impondo limites à extensão dos espaços para proibição, bem como para atribuição da responsabilidade penal²⁹⁸. Isso requer um juízo de adequação quanto ao modo que o comportamento do portador do bem irá a integrar o sistema, assim como um juízo de proporcionalidade entre as consequências empíricas do sistema que tome tal comportamento como elemento de valoração e a finalidade legitimadora da dogmática penal.

Para alcançar essa adequação e proporcionalidade, tanto as construções ontológico-dedutivas quanto as axiológico-valorativas²⁹⁹ têm a política criminal como fonte. Isso resulta da própria finalidade ou condição de existência do sistema penal: um instrumento de controle que, ao ter como fundamento a proteção subsidiária de bens, o alcance da paz social, a supressão de comportamentos lesivos, de algum modo produzirá o encontro entre a política-criminal que orienta os fins pretendidos pelo sistema penal e a dogmática penal que desenvolve os procedimentos para materialização e proteção de tais fins.

Nesse sentido, ainda que se busque um viés puramente ontológico para fundamentar o conteúdo das categorias do delito, o viés normativo se fará necessário como um vínculo de tais categorias à necessidade de controle social que se opera a partir do processo político de incriminação dos comportamentos socialmente insuportáveis. De outro modo, ainda que se busque uma construção normativa *autorreferencial*, a partir da perspectiva de prevenção geral da pena, com fundamento na proteção das

de Derecho. IN: MUÑOZ CONDE, Francisco. GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal*. Parte General. Valência: tirant, 2010. P. 192.

²⁹⁸ Por isso, se não se conhecem os limites de um tipo penal, se não for possível estabelecer o seu alcance, a punição ou impunidade de uma conduta não será atividade ordenada e nada meticulosa que deveria ser, se não uma questão de loteria, até chegar a mais caótica e anárquica aplicação de um direito penal do que por haver sido objeto de um estudo sistemático e científico se desconhece seu alcance e limite. IN: ORDEIG, Gimbernat. *¿Tiene un Futuro la Dogmatica Juridicopenal?* IN: Problemas actuales de las ciencias penales y de la filosofía del Derecho. En homenaje al profesor Jiménez de Asúa, Ediciones Panedille, Buenos Aires 1970, págs. 495-523.

²⁹⁹ SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal*. Libro Homenaje a Caus Roxin. Barcelona: Bosch, 1997. P 21.

expectativas normativas, haverá um viés ontológico político-criminal que integrará o sistema: “a circularidade hermenêutica do processo de conhecimento humano.”³⁰⁰

O ponto comum é que, na dogmática penal atual, as construções ultrapassam a política-criminal como uma fonte empírica de indicadores para o controle de fatos especialmente lesivos. As construções desenvolvem propostas que inserem elementos de uma política-criminal como critério de valoração à obtenção do conteúdo das categorias analíticas do sistema, com a necessidade de limitação do *jus puniendi* a partir da inserção de postulados do direito penal liberal nas categorias do fato punível³⁰¹.

Em face dessa relação, o que se deve observar de modo crítico são os limites para inserção de elementos normativos e abstratos na dogmática penal, sob o fundamento de atenção aos fins político-criminais do Estado de Direito: ou seja, é necessário aferir os limites à funcionalização no direito penal. Essa é uma discussão que se vincula às atuais tendências normativas do direito penal, especialmente às construções funcionalistas que tomam a política-criminal como fonte às categorias dogmáticas que formam o fato punível.

4.4.1 A racionalidade a partir da limitação material dos espaços de proibição

O estabelecimento de uma construção dogmática sobre o fato punível, desenvolvida de forma sistemática e científica, deve ser um importante instrumento para consolidar as garantias liberais do direito penal. Deve, assim, atribuir segurança na determinação

³⁰⁰ Silva Sanchez orienta que: “Hay que suponer que JAKOBS acepte, sin embargo, al menos, un límite ontológico: a saber, el que viene dado por el fenómeno (ciertamente correspondiente a la ontología) de la circularidad hermenéutica de los procesos de conocimiento humanos (y, por añadidura, científicos). Esto es, en otras palabras, el que se manifiesta en la fuerza de las precomprensiones del científico social (y no sólo del social) cuando éste procede a formular enunciados sobre la realidad.” Ello implicaría que cuando JAKOBS (en su reivindicada condición de «mensajero» de la autocomprensión de una determinada sociedad) fórmula una determinada regla de imputación se encuentra en ello también subjetivamente condicionado por sus propios prejuicios acerca de aquella autocomprensión social. Por tanto, contra lo que quizá pueda desprenderse de alguno de sus textos, su teoría de la imputación no sería capaz de expresar una fenomenología objetiva y pura de la constitución (autocomprensión) de una sociedad dada, sino que se vería indefectiblemente lastrada por el subjetivismo epistemológico que a todos nos condiciona.” IN: *Ibid.* P. 24.

³⁰¹ A Teoria da Imputação Objetiva, através do princípio do risco, que guarda em seu conteúdo os princípios da subsidiariedade, da fragmentariedade e da exclusiva proteção de bens jurídicos como conteúdo de valoração que forma o nexo de imputação do resultado no tipo objetivo.

do crime, indicando gradualmente os pressupostos de punibilidade e, conseqüentemente da manifestação do sistema penal.

Nesse sentido, a construção do sistema com um alto nível de abstração conceitual e a vinculação de novos institutos dogmáticos não se adequa com as estruturas que tradicionalmente formam o fato punível. Muñoz Conde e García Arán alertam que esse processo pode atribuir à dogmática um caráter especialmente técnico, neutro no ponto de vista ideológico, que não toma como necessário o problema e o conflito que fundamenta a questão: as construções poderão ser utilizadas para explicar tanto o sistema penal de um regime totalitário quanto o de um Estado democrático³⁰².

O pensamento dogmático permite o desenvolvimento de um sistema do delito que, a partir de regras sistemáticas, contribui para a solidez do direito penal, mas algumas construções podem se caracterizar por níveis de complexidade que torne inalcançável a intelegibilidade das propostas de solução sobre a valoração do comportamento da vítima: construções que produzem teorias que servem como etiquetas que rotulam institutos de caráter lógico-dogmático disfuncional, “como se se tratasse de uma tenda com mercadorias variadas, o esboço que casualmente se ajusta ao resultado desejado”³⁰³.

Autodissolução da dogmática jurídico-penal, em virtude dos aspectos negativos de sua expansão e abstração, propicia, enquanto vício do judiciário, o *decisionismo*, a partir da majoração de institutos desconexos e dos princípios que não se vinculam aos elementos que tradicionalmente formam analiticamente os pressupostos para aplicação da pena. Partem do casuísmo para determinar a imputação da responsabilidade a partir da *tópica* apoiada por princípios específicos que se direcionam, ainda que sem aprofundamento dogmático, à resolução de grupos de casos.

O fato punível se afasta da concepção social do fato lesivo e, conseqüentemente, do conceito material de crime, para se agregar a rótulos normativos e abstratos que têm

³⁰² MUÑOZ CONDE, Francisco. GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Op. Cit*, 2010. P. 207.

³⁰³ SCHUNEMANN, *Op. Cit*, 2006, p. 378-382.

como finalidade atender a uma nova demanda político-criminal pós-moderna, ainda que seja a partir de critérios irracionais, inseguros e ilógicos.

A denúncia sobre a disfuncionalidade do sistema dogmático do direito penal está especialmente ligada à inadequação das propostas que buscam a construção de categorias normativas abstratas em face da finalidade que deve cumprir a dogmática no sistema penal: um instrumento de defesa às garantias do Estado democrático de Direito. Um sistema penal que tem por base uma perspectiva político-criminal *garantística* necessita de um sistema que tenha a dogmática como uma disciplina fundamental, pois ela decorre da materialização do princípio da legalidade, sendo uma conquista do pensamento democrático³⁰⁴.

Nesse sentido, apesar da *abstração* e *hipernormativização* da dogmática contemporânea, o direito penal que se apoia num procedimento dogmático proporciona segurança jurídica não alcançável de outro modo³⁰⁵, pois a abordagem analítica que recai sobre os elementos gerais e comuns a todos os tipos de delito possibilita uma jurisprudência racional, objetiva e igualitária, permitindo uma aplicação proporcional de justa do Direito³⁰⁶. O que se deve buscar é um equilíbrio ou limite às formulações, de modo que o conteúdo teoricamente constituído possa se adequar à proposta político-criminal assumida pela dogmática penal.

A constituição analítica do fato punível constitui um rico, e indispensável, campo científico para ordenação prática jurídico-penal³⁰⁷, pois “quanto menos desenvolvida está uma dogmática, mas imprevisível será a decisão dos tribunais, mais dependerá do azar ou de fatores incontroláveis a condenação ou absolvição”³⁰⁸. Nesse sentido,

³⁰⁴ “La Dogmática jurídico-penal cumple una de las más importantes funciones que tiene encomendada la actividad jurídica en general en un Estado de Derecho: la de garantizar los derechos fundamentales del individuo frente al poder arbitrario del Estado que, aunque se encauce dentro de unos límites, necesita del control y de la seguridad de esos límites.” IN: SILVA SANCHEZ. Jesús-Maria. *Aproximacion al Derecho penal Contemporáneo*. Barcelona: Bosch Editor, 1992. P. 43

³⁰⁵ Nesse sentido: AMBOS, Kai. *Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 16. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. P. 90-91.

³⁰⁶ SILVA SANCHEZ. *Op. Cit*, 1992. P. 43

³⁰⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Op. Cit*, 2010. P. 208.

³⁰⁸ “A dogmática juridicopenal desarrollada es la diferencia entre disponer de los mecanismos precisos para que la pena permanezca siempre bajo control y no sea aplicada más que en aquellos supuestos en que es verdaderamente necesaria para el mantenimiento de una convivencia social soportable, y perder el control sobre ese terrible medio de política social, pues la inseguridad conceptual incapacita, en primer lugar, para lograr formulaciones legales que abarquen todos y sólo los casos que se

é importante a organização lógica do sistema dogmático para compreensão do comportamento do titular do bem como critério capaz de orientar o recuo da proibição penal. Essa organização deve se inserir na unidade do sistema, como conteúdo capaz de integrar a estrutura básica da constituição do fato punível³⁰⁹.

O juízo de valoração sobre os objetos e fenômenos vividos não se esgotam no inicial e único plano de valoração, mas a formação de uma sociedade apoiada em uma cultura, que tem a comunicação e a linguagem como instrumentos de informação, pressupõe que ela é o plano inicial interpretativo dos fenômenos vividos. Com isso, é possível observar a existência de diversos significados obtidos a partir de múltiplas valorações sobre um mesmo fato. É possível a existência da valoração social e jurídica, com seus códigos, conceitos, e consequências distintas sobre um mesmo fenômeno social, mas a legitimidade do plano jurídico depende de sua proximidade com o significado social e do sentido atribuído pela pessoa.

Nessa perspectiva, o fato social, enquanto fenômeno que influencia a orientação e o sentido da comunicação, resulta da comunhão de elementos que convergem para produção de um significado relevante ao sistema social. O fato, enquanto uma experiência objetiva, nesse contexto, pode derivar de um fenômeno da natureza, de um comportamento dirigido pela vontade de um agente, bem como da confluência de fenômenos físicos não dirigidos pela vontade de atores. O ponto comum é que os fatos geram comunicação relevante ao sistema social, ou seja, integram o conteúdo de uma informação específica.

O direito penal não se ocupa de fatos inevitáveis, especialmente aqueles gerados pela força da natureza. O sistema penal, preocupa-se com o fato que tem em seu conteúdo

considera socialmente necesario reprimir, y trae consigo, en segundo lugar, que una vez puesto un tipo penal en el mundo inicie una marcha que se desconoce adonde, por donde y de qué manera va al llevar". IN: ORDEIG, Gimbernat. *¿Tiene un Futuro la Dogmatica Juridicopenal?* IN: Problemas actuales de las ciencias penales y de la filosofía del Derecho. En homenaje al profesor Jiménez de Asúa, Ediciones Panedille, Buenos Aires 1970, págs. 495-523.

³⁰⁹ A formação do fato punível não se exaure numa ordenação lógica de conceitos, mas na própria necessidade de legitimação do direito penal, pois o respeito às construções dogmáticas não se exaure numa perspectiva lógico formal, mas de uma necessidade de manifestação de justiça.

a expressão do ser humano, uma conduta humana³¹⁰, que produz comunicação relevante ao sistema penal. Por isso, o sentido descrito pela ação, o significado obtido pelo contexto social e a comunicação sistêmica do fenômeno são etapas que limitam gradualmente a manifestação punitiva.

4.4.2 A necessidade de limitação do espaço objetivo de proibição a partir do comportamento da vítima

A adoção de umnexo de causalidade físico como elemento que define a relação jurídica entre a ação e o resultado no âmbito do tipo objetivo, expande a responsabilidade a ponto de agravar a liberdade de ação. Tornam-se objetivamente típicos comportamentos que não possuem qualquer relevância penal e, nesse sentido, o sistema do delito passa a ter um método que distancia a compreensão social do fato da compreensão sistêmica do injusto.

A criação de um espaço de proibição normativo que se esgota na justaposição de elementos naturalísticos, considerando qualquer causação de resultado como causa objetivamente típica, amplia o espaço social de proibição a um nível insuportável ao respeito à liberdade de ação na sociedade atual: uma simples tatuagem assentida e realizada em uma pessoa adulta e imputável não deve ser um comportamento objetivamente típico e, após, buscar a impunidade em uma causa supralegal de justificação.

Os casos em que o ator intervém em uma *autoexposição* da vítima ao perigo, assim como aqueles em que a própria vítima assente ao perigo de outrem são casos que necessitam de uma compreensão normativa no âmbito do tipo objetivo. São problemas não alcançáveis pelo instituto do consentimento do ofendido, assim como não solucionados a partir de um tipo objetivo que se esgota na causação de um resultado juridicamente típico movido pela causalidade.

³¹⁰ Cf. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. P. 187.

No caso da *Luta de Rua*, apreciado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, jovens se enfrentavam em uma luta clandestina, evento especialmente perigoso, e que violava o âmbito de proteção da norma do desporto que estabelece os critérios para realização de atividades desportivas. A adoção de um tipo objetivo que se esgota na causalidade observará o comportamento dos atores sempre como típico, uma vez que houve uma conduta voluntária e um resultado previsto em uma norma penal incriminadora ligados por um nexo de causalidade.

A ampla dimensão da responsabilidade penal intermediada pelo nexo de causalidade levou a que outros elementos do tipo objetivo fossem desenvolvidos com a finalidade de limitação da composição do tipo objetivo. Na primeira metade do século passado, a dogmática penal buscava a limitação a partir da teoria da ação, no entanto, como ressalva Marinucci³¹¹, quanto mais se pedia do conceito de ação, mais difícil era a elaboração de um conceito satisfatório.

A teoria da ação se vinculou a tantos objetivos dogmáticos de segunda ordem prática, que se afastou do objetivo principal que lhe atribui relevância em um Estado de direito material preocupado com o equilíbrio e controle da restrição da liberdade social de ação na medida em que a proibição seja imprescindível à proteção de bens: ou seja, afastou-se de uma concepção de delimitação, capaz de operar como um filtro inicial e normativo que desagrave a liberdade quando a ação não tiver o desvalor mínimo a servir como *start* à valoração do sistema do delito.

A importância é delimitar o conteúdo das categorias gerais e centrais do tipo nos crimes de resultado. Delimitação que não cumpre apenas uma função sistemática, mas necessária ao ajuste das soluções aos casos de participação em autocolocação em perigo no sistema penal brasileiro. A solução de impunidade da participação em autocolocação em perigo é politico-criminalmente ajustada a um sistema penal que tem como fundamento a proteção subsidiária de bens para garantir o desenvolvimento da liberdade de ação. Mas a transposição de soluções produzidas em outros sistemas jurídicos sem o ajuste dogmático necessário ao direito penal brasileiro, gera o caos

³¹¹ MARINUCCI, Giorgio. *El Delito como 'acción'*. Crítica de um dogma. Madrid: Marcial Pons, 1998. P. 15.

na teoria do delito e na jurisprudência nacionais, o que resulta na utilização tópica do instituto, sem fundamentação ou adequação sistemática ao caso concreto.

Nos casos de *participação em autocolocação em perigo*, por exemplo, a impunidade a partir da adoção do princípio geral da *autorresponsabilidade* se vincula ao sistema dogmático, especialmente a partir da teoria da imputação objetiva do resultado. Nesse caso, a teoria da imputação objetiva a partir do funcionalismo teleológico tem a solução de impunidade a partir do *alcance do tipo*, considerando que o tipo penal de homicídio e lesões corporais não alcançam resultados que expressem objetivamente a *autorresponsabilidade* do portador do bem.

A resposta dada a partir dessa solução não resolve o problema no direito penal brasileiro, em que a vida e a integridade física, igualmente, são protegidas nos crimes de perigo, em que, especificamente o artigo 132 do Código Penal pune a exposição dolosa à vida ou à saúde de outrem a perigo. Considerando que a imputação objetiva exclui o resultado penalmente típico no âmbito do homicídio e da lesão corporal, perdura o desvalor da ação e, conseqüentemente, o comportamento será proibido em face ao crime de perigo.

4.4.3 A insuficiência da causalidade como instrumento de limitação do espaço de proibição

O direito penal brasileiro adota a teoria da equivalência dos antecedentes causais³¹², a teoria da “*conditio sine qua non*”³¹³, como vínculo entre conduta e resultado no âmbito do tipo objetivo³¹⁴. Logicamente, a escolha do legislador brasileiro não esgota

³¹² A teoria da equivalência dos antecedentes causais foi idealizada pelo austríaco Julius Glaser e pelo magistrado do Tribunal do Império Alemão Maximilian von Buri, no século XIX. A teoria orienta que o resultado decorre de uma multiplicidade de condições e todas são igualmente equivalentes, tudo que contribui para o resultado é determinado como causa. IN: BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 41

³¹³ “Relação de causalidade: 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.” BRASIL. Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 19 de nov de 2018.

³¹⁴ É importante desde já separar a imputação objetiva da imputação subjetiva, ou moral. A imputação objetiva se vincula ao nexos causal que conecta a ação ao resultado, conduta e evento, considerando o seu aspecto material, não se trata da conexão psicológica. Por sua vez o nexos psicológico analisa a imputação subjetiva do autor ao fato “Uma coisa é determinar se o fato surge como resultado da

as possibilidades sobre um juízo de imputação normativo para além do enlace naturalístico, mas orienta uma preponderância naturalística, ontológico-dedutiva (causal-naturalista e finalista) ³¹⁵, para admissão do juízo de imputação³¹⁶. Essa preponderância expande o âmbito de responsabilidade do agente pela causação de um resultado objetivamente típico.

Considerando que toda condição é causa de um resultado, a teoria da equivalência dos antecedentes causais não introduz processos normativos do tipo objetivo, pois o nexo de causalidade seria o nexo de imputação, que liga o resultado a uma ação axiologicamente neutra.

No entanto, por mais que possa pertencer ao curso causal, não é racional imputar objetivamente a lesão corporal à enfermeira que aplica um medicamento no paciente. Uma pessoa que fosse aconselhada por um amigo e, assim, fizer uma viagem de automóvel, vindo a morrer em decorrência de um acidente causado pela ação do motorista que perdeu o controle do veículo em virtude de uma embriaguez, poderiam ser causadores da morte o amigo que aconselhou, quem sugeriu que seguissem determinado caminho, aquele que forneceu a carteira de habilitação ao motorista, até mesmo quem lhe deu a bebida alcoólica.

Na proposta naturalista sobre a dogmática penal, a teoria da equivalência dos antecedentes se vincula a um conceito pré-jurídico de ação e não se faz a seleção

manifestação da vontade do agente, isto é, se entre o seu atuar e o resultado típico existe a necessária relação de causa e efeito (imputação do fato); outra, se verificada nesta relação, com ela concorrem os pressupostos necessários da responsabilidade penal (imputação de direito)." IN: BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 199.

³¹⁵ É o método da *conditio sine qua non*, buscando-se a causa com uma análise que parte do resultado, através de um processo de eliminação mental: a causa é toda condição que não pode ser eliminada mentalmente sem afetar o resultado, se a anulação de quaisquer condições eliminar o resultado, então as condições são equivalentes e o resultado poderá ser imputado ao autor da conduta que se manifeste como uma das condições do resultado. COSTA JÚNIOR, *Nexo Causal*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 81.

³¹⁶ O estudo, na parte geral, da imputação ao tipo objetivo é um procedimento que afeta a análise da estrutura dos crimes de resultado, nos quais o resultado se desloca temporalmente da conduta. Em tais delitos, é necessário aferir se o resultado, morte, lesão ou dano, decorre da ação, de modo a imputar como obra sua a responsabilidade por sua causação. Deve se aferir se, por exemplo, a lesão causada em um jogador de futebol decorre de uma ação do seu adversário ou do choque involuntário dele, jogador, com o seu adversário. É nesse sentido que "o primeiro pressuposto de toda realização do tipo é sempre que o autor tenha causado o resultado." ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 270.

das condições que concorreram para o resultado. Ela regressa ao infinito, pois considera como causa as condições da condição, há uma “determinação amplíssima da causalidade”³¹⁷.

A construção informa o limite máximo da responsabilidade, mas acaba necessitando da correção do tipo subjetivo, reduzindo a importância da imputação presente no tipo objetivo que marca o fundamento de um direito penal em um estado democrático: comportamentos são objetivamente proibidos na medida em que a proibição for proporcional à proteção de bens.

A causação da morte e da lesão são fenômenos ontológicos, naturalísticos. A conduta típica de homicídio e de lesão corporal são fenômenos normativos: uma conduta lesiva nem sempre é uma conduta típica. As construções que se apoiam na equivalência dos antecedentes causais como determinante à realização da tipicidade objetiva, não valoram o comportamento da vítima que coopera para produção do perigo como fenômeno capaz de interferir na impunidade do comportamento do autor.

Nesse caso, se a vítima imputável, voluntaria e conscientemente, usa uma substância psicotrópica e morre em virtude de *overdose*, aquele que forneceu a droga realiza uma conduta objetivamente típica, essa constatação se realiza sem a valoração da responsabilidade da vítima em face da lesão ao bem porta.

Considerar a responsabilidade da vítima que intervém no perigo como forma de limitar a restrição penal à liberdade de ação do autor, decorre do reconhecimento de uma tipicidade objetiva que não se completa com a ação neutra e natural, de outro modo, é preciso que o direito penal utilize métodos valorativos, típico das ciências da cultura, incorporando os fins de política criminal ou da identidade social à ação ou à imputação objetiva como critérios que limitam a tipicidade objetiva.

O sistema penal brasileiro perde rendimento ao não possuir critérios normativos no âmbito do tipo objetivo, ao se constituir como um sistema fechado e se afastar dos

³¹⁷ MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P. 187.

problemas vividos em sociedade, ao não buscar uma solução racional para os fatos que necessitam de um limite que antecede à aferição do tipo subjetivo³¹⁸. Importante, então, considerar a presença de dois esforços a uma atribuição de responsabilidade: i definir se a causa é penalmente relevante; ii observar se o resultado decorre do perigo produzido pela causa.

Se o Estado de Direito pressupõe um direito penal liberal, em que a proibição recai subsidiariamente sobre uma manifestação social e exterior da personalidade com a finalidade específica de proteção aos interesses essenciais ao livre desenvolvimento humano, então uma compreensão racional do tipo penal requer que apenas fatos que afrontem esses interesses sejam considerados objetivamente proibidos. É nesse contexto que a inserção do risco como elemento da ação e o nexos normativo de imputação fazem com que nem toda causação seja uma causação objetivamente típica, conduzindo a uma racionalização da restrição do espaço de liberdade social apenas ao necessário a cumprir a função que se destina a proibição penal.

Em face do esgotamento das soluções propostas pelas teorias da causalidade, apresentam-se dois caminhos possíveis: o desenvolvimento de uma teoria da ação capaz de limitar o injusto desde a perspectiva do desvalor da ação, especialmente com a vinculação a elementos normativos. Ou a partir da categoria da imputação, que vincula ação ao resultado, em que a função de imputação atribuída ao resultado é substituída por um nexos de imputação normativo capaz de ligar uma ação subdesenvolvida e esvaziada ao resultado.

4.5 A TEORIA DA IMPUTAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE LIMITAÇÃO AOS ESPAÇOS DE PROIBIÇÃO

A teoria da imputação objetiva é um instituto da teoria do delito que carrega a função de desenvolvimento e limitação do tipo objetivo³¹⁹. O desenvolvimento que decorre do

³¹⁸ Nesse sentido, “compara o ato voluntário do fabricante de navalhas ao do assassino e o ato voluntário do fraudador ao do carteiro que entrega, sem suspeitar de nada, a carta com a qual se frauda.” JAKOBS, Gunther. *Fundamentos do Direito Penal*. Tradução: André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 63.

³¹⁹ “Para se imputar um resultado, produzido, a pessoa deve ter criado o perigo juridicamente desaprovado, e tal perigo deve se realizar no resultado.” Em: ROXIN, Claus. *A Teoria da Imputação Objetiva*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 38, p. 11-31, Abril de 2002. FRISCH, Wolfgang.

processo de normatização do tipo, superando as propostas causais-naturalistas e finalistas que veem, respectivamente, na voluntariedade na causação de um resultado e na finalidade, elementos destinados a limitar a tipicidade penal. A teoria da imputação objetiva abre espaços à sistematização e fundamentação racional e teleológica dos tipos penais.

O viés ontológico que sustenta o pensamento dogmático antecedente é ultrapassado por uma perspectiva valorativa e funcional que orienta a realização da proibição a partir do conteúdo típico³²⁰. Trata-se, como afirma Roxin, de uma tendência das investigações sobre o sistema jurídico penal pós-guerra que se distancia de dados prévios ontológicos e estruturas lógico-reais “tentando desenvolver a teoria geral do delito a partir de pontos de vista normativos.”³²¹

Não é a causalidade ou a finalidade do comportamento dos atores envolvidos no fato perigoso que direcionarão, por si sós, se aquele que participa de uma *autocolocação* em perigo realiza uma conduta típica, pois, como diz Bernardo Feijoó Sánchez, “é necessária uma valoração do ponto de vista normativo. Uma conduta será típica de acordo com o fim e o sentido dos tipos da parte especial, interpretados *teleologicamente*”.³²²

A imputação objetiva: Estado da questão. ROXIN, Claus. JAKOBS, Günther. SCHÜNEMANN, Bernd. FRISCH, Wolfgang. KÖHLER, Michael. Sobre o Estado da Teoria do Delito. Madrid: Civitas, 2000. P. 25-26. GRECO, Luís. *Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. P. 22. SÁNCHEZ, Bernardo Feijoó. *Teoria da Imputação Objetiva*. Estudos Críticos e Valorativo sobre os Fundamentos Dogmáticos e sobre a Evolução da Teoria da Imputação Objetiva. Tradução: Nereu José Giacomolli. Barueri, SP: Manole, 2003. P. 03. “[...] la teoría de la imputación objetiva, que hace depender la tipicidad de la creación y realización de un riesgo no permitido.” SCHÜNEMANN, Bernd. *El propio sistema de la teoría del delito*. Barcelona: Indret. 2009. P. 13. “La teoría de la imputación objetiva suele condensarse en la siguiente fórmula: el tipo de un delito de resultado sólo queda cumplido cuando la conducta sometida a análisis a) ha generado un ‘riesgo jurídicamente desaprobado’ y b) este riesgo se ha ‘realizado en el resultado’.” MELIÁ, Manoel Cândio. *Aproximación a la teoría de la imputación objetiva*.” IN: GONZÁLEZ, Mireya Bolaños. *Imputación Objetiva y Dogmática Penal*. Mérida – Venezuela: Universidad de Los Andes. 2005. P. 91.

³²⁰ ROXIN, Claus. *A Teoria da Imputação Objetiva*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 38, p. 11-31, Abril de 2002. “A teoria da imputação objetiva confere ao tipo objetivo uma importância muito maior da que ele até então tinha, tanto na concepção causal como na final.”

³²¹ ROXIN, Claus. *Normativismo, Política Criminal e Dados Empíricos na Dogmática do Direito Penal*. Estudos de Direito Penal. p. 55.

³²² “[...] desde a perspectiva do tipo de homicídio, por exemplo, devem ser analisadas quais são as condutas culposas que adquirem um significado típico de matar, além da mera constatação de uma relação causal.” SÁNCHEZ, Bernardo Feijoó. *Teoria da Imputação Objetiva*. Estudos Críticos e Valorativo sobre os Fundamentos Dogmáticos e sobre a Evolução da Teoria da Imputação Objetiva. Tradução: Nereu José Giacomolli. Barueri, SP: Manole, 2003. P. 07.

A teoria da imputação objetiva, assim, evidencia-se como um conjunto de pressupostos que fazem de uma causação, uma causação objetivamente típica³²³. Ela é um sistema normativo dotado de critérios que, com fundamento no *princípio do risco*, instrumentaliza procedimentos no âmbito do tipo objetivo para determinar, por uma perspectiva valorativa e funcional, a atipicidade objetiva do fato. Sob a direção de um componente ideológico reitor, a teoria amplia a importância do viés objetivo da proibição penal, que cumpre uma função sistêmica de materialização da proibição conforme os fins do direito penal³²⁴.

Ao partir de uma análise objetiva, a teoria supera as objeções que recaem sobre a legitimidade do consentimento como instituto capaz de orientar a direção da decisão penal. A valoração proposta pela teoria da imputação objetiva não necessita da compreensão da vontade da vítima sobre os elementos que conduzem a realização do fato.

O que interessa à perspectiva funcional não é a significação da vontade enquanto elemento psíquico dos atores envolvidos no fenômeno perigoso, mas o significado obtido por uma valoração objetiva sistêmica da atuação do lesado. O método da *prognose póstuma objetiva* que recai sobre tal atuação conduz a percepção do significado normativo que forma o conteúdo do nexo de imputação e orienta a tipicidade do fato lesivo.

³²³ A teoria da imputação objetiva cria um nexo de imputação normativo que, no âmbito do tipo objetivo, pretende superar os defeitos da causalidade na limitação dos espaços de proibição. Cf. COSTA, Lucas Gabriel S. *Heterocolocação em Perigo Consentida em condutas imprudentes de trânsito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. GRECO, Luís. A Teoria da Imputação Objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. São Paulo: Renovar, 2002. JAKOBS, Günther. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução: André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. ORDEIG, Enrique Gimbernat. Imputación Objetiva, Participación en una Autopuesta en Peligro y Heteropuesta en Peligro Consentida. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Número Extraordinário 2. UNED, 2004. ROXIN, Claus. A Teoria da Imputação Objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 38, p. 11-31, Abril de 2002. MELIÁ, Manuel Cancio. *Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*. 1ª reimpressão. Mendoza: Cuyo, 2001. MELIÁ, Manuel Cancio. Aproximación a la Teoría de la Imputación Objetiva. In: GONZALES, Mireya Bolaños (compiladora). *Imputación Objetiva e Dogmática Penal*. Mérida-Venezuela: Universidad de los Andes/ Producciones Karol, 2005.

³²⁴ O filtro do juízo de tipicidade que atendia a uma limitação de responsabilidade que se esgotava na valoração do tipo subjetivo para determinação da proibição, passa a ter um elemento normativo inicial e imprescindível para orientar o direito penal com os fins de um sistema social apoiado em uma perspectiva ideológica liberal: o nexo de imputação objetiva. O nexo de imputação não exclui a necessidade de um nexo de causalidade nos crimes de resultado, mas se observa determinante para que a tipicidade penal cumpra uma função sistêmica.

A compreensão objetiva do comportamento dos intervenientes no risco ultrapassa os limites postos ao consentimento em face da disponibilidade ou não do bem. A valoração objetiva sobre o comportamento do ator lesado produz efeitos a partir de uma relação de não atribuição do tipo objetivo por obstar os requisitos necessários à demonstração de uma conduta típica, pois valoração da disponibilidade do bem como requisito à eficácia do consentimento pressupõe a existência da proibição.

4.5.1 Aproximação à valoração do comportamento da vítima na teoria da imputação no funcionalismo teleológico

A teoria da imputação objetiva no viés desenvolvido por Roxin e seus seguidores insere um elemento normativo como um filtro, um nexa de imputação, no âmbito do tipo objetivo para restringir o alcance da atribuição objetiva do resultado. A proposta utiliza o princípio do risco e o fundamento político criminal da proteção subsidiária de bens jurídicos para orientar a restringir a tipicidade do comportamento aos casos em que a conduta cria um risco juridicamente proibido que se realiza em um resultado lesivo ao bem jurídico, sendo este resultado aquele que o tipo penal pretende *contramotivar*.

O fundamento político criminal garante a legitimidade da proposta da teoria da imputação, pois se o direito penal tem a função de proteção subsidiária dos bens considerados essenciais ao livre desenvolvimento humano em sociedade, então só pode ser típico o comportamento que cria um risco juridicamente proibido que se realiza como leão ao bem jurídico. A criação do risco juridicamente proibido representa o desvalor da ação e a realização do resultado, no entanto, a teoria da imputação de Roxin, apesar de reconhecer o risco proibido como elemento que conduz ao desvalor objetivo da ação, tem na imputação objetiva o instrumento de não imputação do resultado.

Roxin parte do conceito pessoal de ação, como tudo aquilo que pode ser imputado à esfera anímico-espiritual do ser humano. Nesse caso, a ação possui pouco rendimento a servir como um elemento inicial de limitação do alcance da proibição. O

sentido objetivista da teoria da imputação objetiva, como reflexo das objeções às concepções ortodoxas do finalismo, eleva a valoração do resultado como elemento central na configuração dos tipos. É na imputação objetiva do resultado que a construção de Roxin tem o maior rendimento para restringir *teleologicamente* o alcance dos tipos. Ou seja, não será imputado o resultado à ação quando esta não se realizar enquanto um risco desaprovado pelo direito penal.

Após a criação do risco juridicamente não permitido e a realização do risco no resultado, a teoria apresenta o terceiro filtro a imputação do resultado objetivamente típico: o alcance do tipo. Roxin pretende restringir o alcance do tipo objetivo a partir da verticalização ao nível sistêmico dos tipos penais que, especialmente em atenção à taxatividade, materializam a proibição exata ao risco contido no comportamento.

4.5.2 Aproximação à valoração do comportamento da vítima na teoria da imputação no funcionalismo sistêmico

Um curso causal lesivo pode ser imputado ao autor, ser fruto do acaso ou imputado à própria vítima. A teoria da imputação objetiva de Jakobs se confunde com a própria teoria do tipo penal. A teoria parte de um sistema planejado com papéis e âmbitos de organização intercambiáveis que devem ser garantidos pelas pessoas, enquanto cidadãos que garantem a expectativa contida na norma que reproduz o programa do sistema.

A teoria da imputação objetiva parte do princípio do risco e do fundamento material de manutenção de expectativas normativas para determinar o significado normativo e a atribuição das categorias do tipo objetivo. A teoria da imputação é a responsável pela atribuição da ação e do resultado típicos, a ação é uma categoria do sistema de imputação. Nesse sentido, em um primeiro nível, criação de um risco proibido, a teoria Jakobs desenvolve quatro categorias sistêmicas que progressivamente filtram a imputação objetiva da ação: o risco permitido, o princípio da confiança, a proibição de regresso e a competência da vítima.

No âmbito da competência da vítima, a partir da construção de âmbitos de organização garantidos por autor e vítima, a teoria desenvolve a ação a próprio risco, como problema da matéria de proibição a ser resolvida no âmbito do tipo penal, em que não se tem a conflitualidade entre o comportamento da vítima e a necessidade sistêmico social de proteção, como nos casos de consentimento, mas quando a lesão à vítima decorre da violação de um dos seus deveres de autoproteção. No segundo nível de imputação, após a violação do papel que contém as expectativas a ser garantidas pelos cidadãos, procura estabelecer a configuração não permitida. Ou seja, analisa se a violação da norma que produz uma perturbação normativa, produz o resultado lesivo.

A teoria da imputação objetiva, assim, inclui à determinação do fato punível um limite à proibição através da interpretação teleológica dos tipos conforme a finalidade sistêmica do direito penal³²⁵. A teoria amplia o rendimento do tipo objetivo, que nas construções causal naturalista e finalista se esgota na causalidade, ao estabelecer um nexo de imputação normativo para determinação da ação e do resultado penalmente típicos.

4.6 CONCLUSÕES PRELIMINARES

Uma solução penal tópica à valoração do comportamento da vítima na teoria do delito não alcança a segurança, a previsibilidade e a justa fundamentação dada por uma construção sistemática do delito. O direito penal brasileiro desenvolve a teoria do delito a partir de uma compreensão analítica do crime que é sustentada e desenvolvida pela dogmática jurídico-penal. Nesse sentido, as soluções sobre a valoração do comportamento da vítima na teoria do delito terão como base os procedimentos indicados pelas construções dogmáticas para determinar a existência dos espaços socialmente proibidos pelo direito penal.

Nesse sentido, a análise dos procedimentos que fornecem à dogmática penal o caminho à materialização do delito precede à valoração dos institutos que pretendem

³²⁵ O pensamento é que o conteúdo da tipicidade não se completa com a ação neutra e natural, de outro modo, é preciso que o direito penal utilize métodos valorativos, típicos das ciências da cultura, incorporando o conteúdo dos fins de política criminal ou da identidade social ao ordenamento jurídico.

inserir o comportamento da vítima como solução de impunidade ao autor e que recaem, especialmente, no fato punível. A dogmática penal é responsável pela produção normativa do fato socialmente insuportável e, nesse sentido, a construção deve ter o procedimento adequado a aproximar a concepção normativa do fato à compreensão sociológica, considerando a importância da pessoa na formação dos fenômenos sociais.

Os procedimentos que formam sistemas fechados e que orientam todo o processo de valoração do fato a partir de axiomas de entrada não possuem o rendimento necessário para juntar a complexidade inerente ao sistema social contemporâneo, especialmente aquelas que demandam uma valoração objetiva do comportamento dos atores que formam o fato proibido como requisito à dimensionar o espaço de proibição. Ao estruturar todo o sistema a partir de um signo natural, através de procedimentos descritivos e classificatórios, as construções axiomáticas perdem o conteúdo social e normativo que devem servir como limites à manifestação punitiva, para além da voluntariedade e da vontade das pessoas que compõem o fenômeno perigoso.

As construções funcionalistas possuem um maior rendimento à valoração do comportamento da vítima na teoria do delito, pois desenvolvem o sistema a partir de programas reitores que ultrapassam o sentido naturalístico ou ontológico descrito na ação. A construção funcionalista oportuniza a normatização do tipo objetivo com a criação da teoria da imputação objetiva, que cria um nexo de imputação normativo capaz de orientar, seguindo o princípio do risco, a causação que objetivamente típica de um resultado

A teoria da imputação objetiva limita o alcance do espaço social de proibição a partir da função do direito penal na sociedade contemporânea. A partir dela, são propostos institutos normativos que pretendem ampliar os espaços de liberdade de ação a partir da valoração objetiva do comportamento da vítima que intervém no fato perigoso.

CAPÍTULO 05

A DESCRIÇÃO ONTOLÓGICO-NORMATIVA DA VONTADE COMO FUNDAMENTO AOS CASOS DE INTERVENÇÃO DA VÍTIMA NO RISCO

5.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente capítulo analisa a importância da autonomia como referência e limite ao espaço de proibição, bem como insuficiência do sentido ontológico-descritivo da vontade obtido pelo consentimento do ofendido para orientar a proibição penal nos casos exposição da vítima ao perigo.

Nesse sentido, com a redescoberta da vítima como objeto das ciências penais, a partir da *vitimologia*, ampliam-se, através da aproximação entre a dogmática jurídico-penal, a criminologia e a política-criminal, os horizontes de expectativas sobre uma proposta de valoração normativa sobre o comportamento da vítima como elemento que influi na dogmática penal.

5.2 AUTONOMIA E A AUTORRESPONSABILIDADE DA VÍTIMA COMO FUNDAMENTO À PERMISSIVIDADE DO COMPORTAMENTO ARRISCADO

A e B, decidem realizar um ato sexual consentido. A é portador do vírus HIV, condição conhecida por B, que voluntariamente consente na realização do ato sexual sem o preservativo, ainda que advertido sobre eventuais riscos de transmissão do vírus por A. Eles realizam o ato sexual e B contrai o vírus. A é responsável pela infecção causada em B?

5.2.1 Eu sou o guardião de meu irmão?

Hans Jonas questiona a existência de uma responsabilidade pela solidariedade. O ser humano justo contemporâneo teria a obrigação moral de cuidar, o que geraria o direito moral de ser objeto de cuidado do próximo: trata-se de uma responsabilidade moral pelo dever de cuidar. No entanto, como afirma Alexandre Rocha, “essa construção, cativante que possa parecer, não representa o fim de uma linha de raciocínio, mas o

princípio de um modo de ver as relações intersubjetivas, intergrupais e de indivíduos com os grupos com toda a complexidade intrínseca à responsabilidade como dever de cuidar.”³²⁶

As relações sociais que se compõem pela pluralidade de ações humanas, seguem uma máxima de correção a priori: ou seja, as relações são corretas ou erradas conforme o padrão estabelecido como referência ao conteúdo da vontade contido no comportamento e às relações que se formam pela intersubjetividade das ações. A vontade de Deus, que dirige a decisão do ser humano livre ao caminho correto; a autonomia, em que o ser humano dá a si o caminho correto; e o sistema social e do direito que atribuem ao ser humano o que é correto formam essas máximas de correção.

Dentre todas as máximas de correção, a autonomia sustenta não apenas os institutos que pretendem determinar o recuo do injusto a partir da vontade da vítima, mas é ela que fundamenta a existência da teoria do delito. A liberdade é o objeto de proteção do direito penal, que deve atuar como um sistema normativo programado para limitar a manifestação punitiva como forma de controle social, ou seja, desagrava os espaços de liberdade a partir da construção normativa de limites racionais à punição.

O ser humano, a partir da autonomia, tem em sua razão a intuição universal do bem. Essa vontade, que tem na liberdade de ação o principal instrumento de efetivação, para Kant³²⁷, encontra fundamento em uma ética metafísica universal que orienta o ser humano a não fazer ao outro aquilo que não o fizesse a si mesmo: a liberdade de ação dá ao ser autônomo o poder de se determinar socialmente conforme a sua própria orientação. Considerando uma atuação racional, a liberdade passa a ser o exercício de expressão da vontade segundo uma máxima de correção *a priori* que decorre de uma moral racionalizada.

³²⁶ ROCHA, Alexandre Sergio da. *Autonomia e Responsabilidade*. (3º volume da trilogia *A Responsabilidade como Humanismo*) Original ainda não publicado, P. 156.

³²⁷ KANT, Immanuel. *Textos Seleccionados*. (*Os pensadores*). Seleção de textos de Marilena Chauí. São Paulo: Abril Cultural, 1980. P. 149.

A autonomia da vontade, que tem em si uma intuição universal como máxima de correção *a priori*, estabelece o ser humano como o centro de si, agora dotado de toda a racionalidade e poder de determinar a sua existência a partir da vontade. Essa autonomia encontra fundamento em uma ética universal obtida pelo ser humano como o imperativo: “age com base em uma máxima que pode também ter validade como uma lei universal”.³²⁸ A autonomia, agora, é a referência à ação, que em outro momento foi ocupado pela divindade, como no livre-arbítrio agostiniano e tomista.

A autonomia kantiana não se confunde com o subjetivismo, como afirma Alexandre Rocha³²⁹, mas se expressa como humanismo, como a maior expressão de importância de um ser que necessita apenas de si para orientar suas escolhas, determinar seus caminhos, sonhos e objetivos conforme a sua própria vontade: eu sou o maior referencial para mim quando me compreendo como o universo.

Essa concepção decorre das bases ideológicas reforçadas pela modernidade, a individualidade, a liberdade e a ruptura da condição metafísica divina, que delimitavam os caminhos do arbítrio do ser humano livre. Na perspectiva de Nietzsche e do existencialismo, o ser humano é o Deus de si, em que a sua vontade tem no próximo o limite de sua liberdade. O ser de tamanha importância, faz deslocar o ponto de fundamentação a ordem estatal que justifica a política e o direito: o poder da divindade e o poder absoluto do *anceien regime*, é substituído pelo ser humano e sua dignidade, orientando o direito como instrumento capaz de proteger liberdades.

Uma liberdade que pode ter o sentido dado por uma qualificação psicológica dos próprios atos: como uma ação voluntária; ou, a partir de um viés negativo, a liberdade como a ausência de submissão ou coação: o domínio dos seus próprios atos. Mas o domínio dos seus próprios atos, traz a necessidade de compreender a liberdade como a capacidade de autodeterminação, de conhecer a realidade, valorar as circunstâncias e dominar o seu próprio agir: é aqui que a autonomia é o conteúdo e a referência à ação que se expressa como liberdade. Se o direito penal protege a liberdade, o seu

³²⁸ KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes: contendo a doutrina do direito e a doutrina das virtudes*. Bauru, SP: EDIPRO, 2003, p. 68.

³²⁹ ROCHA, *op. cit.*, p. 32

fundamento é o respeito à autonomia. Para responder se eu sou o guardião de meu irmão, como afirma Alexandre Rocha, é preciso discutir:

[O] que cabe prover, como cabe proteger e em que consistem, nesse caso, os deveres de previsão e de acompanhamento. E além de tudo, será preciso discutir os possíveis árbitros das discordâncias que a pluralidade de consciências e vontades suscitará, bem como os limites de atuação e a legitimidade desses árbitros.³³⁰

Para essa discussão é preciso compreender que a liberdade assume o papel de base que sustenta as ideias que vão desde a capacidade de autodomínio, até a possibilidade de participação na vida pública, do livre-arbítrio à capacidade de autodeterminação em âmbito social. O respeito aos espaços de autodeterminação social requer a construção de instrumentos heterônomos, como o direito penal, que são árbitros das discordâncias que a pluralidade de consciências e vontades suscitará nas relações pessoais na vida pública. A partir desse instrumento, que se fundamenta na proteção à autonomia, é possível estabelecer os limites à proibição penal em face ao âmbito de responsabilidade de não causar lesão ao próximo.

5.2.2 A autorresponsabilidade como capacidade sistêmico-penal de autodeterminação pessoal

As ações em seu aspecto externo, ou seja, quando passam a afetar a sociedade, possuem um direcionamento heterônimo dado por outros seres humanos, pelo sistema social, assim como por instrumentos de controle, como o direito penal. Nesse sentido, boas intenções nem sempre vão resultar na exteriorização de boas ações, e a realização de uma ação penalmente proibida pede mais que a má-intenção das pessoas.

As ideias de contrato social e de Estado de Direito vieram instrumentalizar a liberdade do ser humano moderno em referência ao âmbito de responsabilidade de outro ser. O sistema social e o direito, formam um instrumento *heteronómo* necessário à projeção social das várias possibilidades de ação do ser humano moderno. Para se garantir igualdade de possibilidades e acesso à cidadania, no entanto, é necessário limitar a

³³⁰ ROCHA, *op. cit.*, p. 187.

liberdade a partir de instrumentos heterônomos. Se somos diferentes em essência, considerando que cada ser humano é irrepetível, então a plena liberdade se afasta e contradiz a ideia de igualdade. Se todos são naturalmente livres, as diferenças ontologicamente constituídas serão evidentes e inevitáveis³³¹.

Daí, a ideia de bem jurídico, como referencial político-criminal ao processo de incriminação e limite à determinação material de espaços de proibição, representou instrumento essencial à proteção da liberdade individual, assim como ao respeito à igualdade jurídica a partir do reconhecimento da necessidade de proteção às vulnerabilidades. Se se reconhece na lesão ao bem jurídico um limite ao direito de punir, só se legitimará a manifestação punitiva em face do comportamento que lese ou seja capaz de lesar tal bem.

A norma penal, como instrumento heterônimo, determina o conteúdo mínimo do não agir, garantindo os espaços de sociais de liberdade de ação para uma convivência pacífica em sociedade. A socialização reproduz uma realidade social a partir de uma rede de interação entre pessoas, em que as ações produzem um significado ecológico: a ação de um ser humano alcança e afeta o significado do próximo, não se pode garantir à pessoa uma liberdade externa absoluta como se não houvessem outras pessoas que também exercem suas liberdades.

A autonomia é núcleo da dignidade humana e conduz à consideração da autodeterminação e ao respeito da esfera de liberdade alheia, conforme o padrão de pessoa fundamental. No entanto a necessidade de alcançar a igualdade sociológica e jurídica com as diferenças naturais que marcam as pessoas limitam o alcance da perspectiva da autonomia em kant, assim como de todo o potencial dado à liberdade.

O pós-positivismo jurídico, acompanhado da difusão dos ideais do neoconstitucionalismo e a construção do sistema jurídico a partir de valores e princípios contribuiu ao desenvolvimento do princípio da *autorresponsabilidade* como

³³¹ As pessoas não são iguais, e não querem sê-lo. Cada um é um acontecimento único e irrepetível. O que as pessoas querem é ter participação igual nos benefícios da vida em sociedade. Deixadas em liberdade, suas diferenças vão se tornar evidentes. Para impor-se a igualdade, será necessário abolir-se a liberdade. ROCHA, *op. cit.* p. 176.

um referencial sistêmico da ideia de pessoa objetivamente livre construída a partir da liberdade de ação constitucionalmente assegurada nos estados democráticos. Esse princípio é tomado como fundamento material para solução de impunidade aos atores que contribuem para uma construção do perigo cooperado pela vítima.

O princípio da *autorresponsabilidade* é um correspondente jurídico da liberdade e do livre desenvolvimento da personalidade individual da pessoa autônoma. Para esse princípio, cada pessoa livre e imputável deve ser responsável por suas ações, sendo que a responsabilidade se encerra ao alcançar as consequências das ações *autorresponsáveis* alheias. Cada um é responsável por si, não pelo comportamento do outro.

A partir daí se entende que cada pessoa deve ser responsável por suas ações, pelo curso causal e pelos resultados inerentes à mesma: a expressão da personalidade decorre da liberdade e, ao ser livre ao agir conforme a sua vontade, a pessoa passa a ser responsável por sua existência, incluindo as lesões que pratica contra si mesmas.

O sistema jurídico-penal, considerando a dignidade humana como conteúdo do programa que direciona o desenvolvimento das estruturas do sistema, tem na autonomia e na racionalidade pressupostos para direcionar o perfil do âmbito de organização estabelecido ao exercício da liberdade pessoal. A *autorresponsabilidade* é o fundamento que determina a competência e os papéis que vinculam a pessoa ao sistema social, na medida em que estabelece os limites da responsabilidade de cada cidadão em face do âmbito de organização a ser garantido pelo comportamento *autorresponsável* alheio. É aqui que Cândia Meliá³³² e Jakobs³³³ sustentam as construções que partem de uma compreensão normativa do âmbito de organização

³³² MELIÁ, Manoel Cancio. *La Exclusión de la Tipicidad por la responsabilidad de la Víctima* (“imputación a la víctima”). Colombia: Universidade Esternado de Colombia, 1998. (Cuadernos de Conferencias e Artículos, 19).

³³³ JAKOBS, Gunther. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução: André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

formado pela *autorresponsabilidade* para negar a imputação nos casos de ação a próprio risco ou de competência da vítima³³⁴.

A Constituição tem a dignidade humana como parâmetro ao desenvolvimento do núcleo de direitos e garantias fundamentais e a autonomia é um dos núcleos do valor humano: o princípio da *autorresponsabilidade* resulta da compreensão da capacidade constitucionalmente reconhecida do cidadão ser livre e capaz de se determinar, sendo assim garantido o livre desenvolvimento de sua personalidade.

A partir desse princípio, Claus Roxin pretende negar a imputação objetiva do resultado aos casos de *participação em autocolocação em perigo* e na *heterocolocação em perigo consentida*, quando equiparável a uma *autocolocação*³³⁵. Shünemann sustenta que é na *autorresponsabilidade* que se encontra o fundamento material à *vitimodogmática* como uma proposta que toma o princípio *vitimológico* como elemento geral de não imputação em casos de *autoexposição da vítima ao perigo*³³⁶. Frisch³³⁷ nega a existência de conduta típica nos casos de *participação em autocolocação em perigo* e *autolesão*. Para Greco³³⁸ o princípio corrige o curso de uma orientação paternalista do Direito Penal.

Eles consideram que o livre desenvolvimento da personalidade faz do cidadão uma pessoa *autorresponsável* e conseqüentemente garantidora dos seus bens e responsável pelos riscos, perigos e lesões livremente realizados. Em face dessa auto-organização do seu âmbito vital, as pessoas possuem uma responsabilidade prevalente na guarda de sua vida e sua integridade física.

³³⁴ Cf. Capítulo 07.

³³⁵ ROXIN, Claus. *Sobre a Discussão acerca da Heterocolocação em Perigo Consentida*. IN: LEITE, Alaor (org.). *Novos Estudos de Direito Penal*. São Paulo: Marcial Pons. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

³³⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. *A posição da vítima no sistema da justiça penal: Um modelo em três colunas*. IN: *Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

³³⁷ WOLFGANG, Frisch. *Comportamento Típico e Imputación del Resultado*. Tradução de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004.

³³⁸ GRECO, Luís. *Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

A *autorresponsabilidade* não é a autonomia. Ser autônomo é um pressuposto à *autorresponsabilidade*. O sentido natural e ontológico do fenômeno (autonomia), apesar de não determinar por si só o sentido de princípios normativos, precede ao significado um instituto jurídico constitucional-penal (*princípio da autorresponsabilidade*). A construção axiológica do instituto não deve desprezar a compreensão ontológica do fenômeno³³⁹.

O princípio da *autorresponsabilidade*, por si só, não é capaz de estabelecer uma responsabilidade prevalente da vítima face das lesões que recai sobre os seus bens. A dignidade humana e os direitos que, constitucionalmente, decorrem dela se impõem não apenas em uma perspectiva positiva de necessidade de garantia ao seu exercício, mas também negativa, de proteção, de direitos que devem ser protegidos de lesão.

Nesse sentido, o direito à autodeterminação que se possa deduzir da dignidade humana, da autonomia e das liberdades constitucionalmente asseguradas não apenas se expressa como uma responsabilidade prevalente de cada pessoa por seus atos, mas, sobretudo como a necessidade de respeito e proteção de seus bens para que possam ser livres. Luzon Peña critica que o princípio da autorresponsabilidade, para além de não se fundamentar suficientemente em uma base legal, não passa de uma *petitio principii*, pois não há fundamento para justificar que “terceiros ya no tendrían un deber de tutela y respeto de sus bienes jurídicos y quedarían exonerados de responsabilidad si los lesionan”³⁴⁰. Se diz que o *princípio da autorresponsabilidade* estabelece um dever de guarda prevalente da vítima em face de seus bens, mas não se diz por que deve ser assim.

³³⁹ Schünemann, por exemplo, em seu método, busca “uma síntese entre o normativismo e ontologismo. De um lado, o discípulo de Roxin é um dos proeminentes defensores de uma perspectiva teleológico-funcional do direito penal, isto é, de uma perspectiva segundo a qual o sistema e os conceitos da teoria do delito têm de ser construídos tendo em vista finalidades político criminais. Mas [...] Schünemann enfatiza a importância de dados ontológicos, de estrutura lógico-reais ou lógico-materiais, quase no sentido que lhes conferia o finalismo, para que essas finalidades possam vir a ser alcançadas.” IN: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito*. Coordenador: Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 09.

³⁴⁰ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Princípio de alteridad o de identidad vs. princípio de autorresponsabilidad*. Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo. IN: *Revista Nuevo Foro Penal*. Vol. 6, nº 74, enero-junio 2010, pp. 58-80, Universidad EAFIT, Medellín.

5.2.3 A responsabilidade moral como pressuposto à *autorresponsabilidade*

O Estado liberal se constituiu com a ideia de um contrato social, em que as pessoas lhe dão o poder de garantir os espaços de liberdade social de ação. Um Estado que, atualmente, assume uma perspectiva social e democrática, em que se pretende garantir a proteção da humanidade com o equilíbrio entre a liberdade e a igualdade de participação política das pessoas na sociedade brasileira.

Esse poder, dado ao Estado para garantir os espaços de liberdade gera responsabilidade. Para Hans Jonas, o poder de desencadear um curso causal através da ação não é a única condição de responsabilidade: existe uma responsabilidade como encargo, pois “o poder se torna, assim, objetivamente responsável por aquele que foi confiado”.³⁴¹ A partir do desenvolvimento do sistema social apoiado na proposta de Estado democrático de direito, existe uma responsabilidade como encargo, uma obrigação de cuidar do Estado brasileiro em face dos seus cidadãos, responsabilidade que alcança os sistemas de controle e proteção como o sistema jurídico-penal.

Essa responsabilidade possui dois aspectos, como afirma Alexandre Rocha: o positivo se refere ao dever de prover e o negativo que se liga ao dever de proteger. Nesse sentido, o Estado tem a responsabilidade pela proteção através de medidas que ampliem o desenvolvimento da dignidade humana, como políticas educacionais, de saúde, esportivas, laborais, urbanísticas etc.. Bem como tem a responsabilidade pela proteção através de ações que evitem lesão à livre disposição de bens, a proibição de matar, de lesionar, de restringir a liberdade. “É preciso que a eficácia dessas ações seja garantida, isto é, cabe ao cuidador providenciar para que seus atos de provimento e de proteção não sejam frustrados pelas circunstâncias ou atos de terceiros.”³⁴² Se formalmente se retira parte da liberdade de todos para uma vida social possível, oportunizando a igualdade de participação na coisa pública, a ausência de proteção agrava a liberdade daqueles que necessitam de proteção para alcançar tal igualdade.

³⁴¹ JONAS *op. cit.*, p. 167.

³⁴² ROCHA, Alexandre Sergio da. *Ação Humana e Responsabilidade* (1º volume da trilogia A Responsabilidade como Humanismo) Original ainda não publicado, p. 204.

O problema, nesse âmbito, se orienta pelo nível do cuidado devido. A responsabilidade pelo encargo alcança a necessidade de proteção do caráter essencial do ser: a manutenção da vida. Para proteção da autonomia e da liberdade, é necessário que se garanta a vida das pessoas. Em um viés positivo, são necessárias ações que orientem a produção de uma vida digna, em um viés negativo, devem ser tomadas ações para preservação da vida: “que o ‘sobre’ se torne ‘para’ constitui a essência da responsabilidade.”³⁴³ A questão, como analisa Alexandre Rocha, é que o ‘para’ deve ser interpretado como ‘em benefício de’ e, na prática, essa questão acaba por se reverter em determinar-se quem tem a autoridade para dizer o que seja o ‘benefício’.³⁴⁴

O problema, nesse sentido, considerando a relação entre a sociedade, o Estado e a pessoa é que com a atribuição do poder que gera a responsabilidade pelo encargo que resulta no dever de cuidar, muda-se o âmbito de abordagem: o indivíduo *solipsista decide* sobre a necessidade de proteção ao seu bem; a pessoa social *pode decidir* sobre a mesma disposição.

O poder pessoal de decisão é um pressuposto à responsabilidade pessoal que, nesse caso, pode seguir ou não o mesmo sentido do poder de decidir que resulta na responsabilidade do Estado pela proteção de bens. No âmbito jurídico-penal, apesar do caráter público de sua forma de controle, a responsabilidade pela proteção de bens não pode se estabelecer a qualquer custo, especialmente sancionando as pessoas que tentaram ou praticaram autolesões: é o que Andrew von Hirsch chama de paternalismo direto. No entanto, a complexidade está no paternalismo indireto, em que se pune aqueles que ajudam os outros, intencionalmente, a se lesionar.³⁴⁵

A secularização do direito penal, com a substituição do poder divino pela razão, que acompanhou a busca pela fundamentação racional da imposição da pena sobre o indivíduo violador de um bem jurídico, forma caminhos para limitar a punição a

³⁴³ JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade*: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto – Editora PUC, 2006, p. 168.

³⁴⁴ ROCHA, Alexandre Sergio da. *Poder e Liberdade* (2º volume da trilogia A Responsabilidade como Humanismo) Original ainda não publicado, p. 257.

³⁴⁵ HIRSCH, Andrew von. *Paternalismo direto*: autolesões devem ser punidas penalmente? IN: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Julho-Agosto de 2007. Ano 15. Nº 67. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P. 12.

qualquer custo, ou a proteção estatal do bem contra a vontade do indivíduo. Não é cabível se valer da fundamentação religiosa para justificar proibições penais que imponham ao indivíduo o dever de permanecer vivo.

John Stuart Mill, a partir de uma ética utilitarista, criticando intervenções paternalistas, formulou como base à limitação do cuidado contra a vontade do indivíduo o princípio da ofensa (*harm principle*), em que o dano causado a uma outrem é o fundamento para criminalização³⁴⁶. Feinberg considera que intervenções paternalistas ferem a autonomia do agente³⁴⁷. Andrew von Hirsch, partindo da ideia de autodeterminação, afirma que “o Estado não deve empregar sua violência coativa para impedir que um indivíduo pratique autolesões.”³⁴⁸

É possível um paternalismo penal duro no âmbito do paternalismo indireto, como defende Schünemann³⁴⁹. Ou seja, a utilização da pena como sanção a quem auxilia a autolesão, como ocorre no Brasil, no caso da proibição penal da participação dolosa em suicídio. O autor, no entanto, acredita que quando o dano social só puder ser causado com um comportamento do portador do bem, então não é o autor que deve ser punido, mas a vítima que deve ser *contramotivada*, sendo-lhe negada a proteção penal³⁵⁰.

É a responsabilidade que fundamenta a existência de um espaço de proteção a ser garantido por cada pessoa, pois ela, a responsabilidade, é a consequência da existência social e individual de cada ser humano. É a relação próxima que se estabelece entre a conduta humana e os efeitos externos, que podem afetar a si mesmos ou ao próximo.

³⁴⁶ MILL, John Stuart. *A Liberdade Utilitarismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

³⁴⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. *A Crítica ao Paternalismo Jurídico-Penal: Um trabalho de Sísifo?* IN: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito*. Coordenador: Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. P.91

³⁴⁸ HIRSCH, Andrew von. *Op Cit.*, 2007. P. 14.

³⁴⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. *Op Cit.*, 2013. P. 109.

³⁵⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. *A Posição da Vítima no Sistema de Justiça penal: Um modelo em três colunas*. IN: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito*. Coordenador: Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. P. 117.

O requisito mínimo dessa responsabilidade é o desencadeamento de um curso causal entre a ação, manifestação objetiva da personalidade, e o resultado enquanto exteriorização da ação e suas consequências por uma pessoa imputável, e o limite máximo é o âmbito de organização normativamente estabelecido como padrão à compreensão sistêmica da *autorresponsabilidade* inerente à cada pessoa. Nesse sentido, a vítima é a *responsável* pelo resultado lesivo que decorre da compreensão jurídico-penal dos efeitos de sua *ação*.

O instituto jurídico-penal que tradicionalmente tem na ação do ator lesado, enquanto a manifestação de sua vontade, um elemento capaz de orientar a frustração do injusto é o consentimento do ofendido. O consentimento considera tomar a descrição subjetiva da vontade, o querer e o desejo do portador do bem lesado, como expressão da autonomia que fornece o fundamento que demonstra a prevalência dos interesses do indivíduo em face ao programa penal de proteção a bens.

O consentimento do ofendido é o instituto jurídico-penal que insere a autonomia como critério capaz de orientar a descaracterização do fato punível. Trata-se do instituto jurídico-penal que produz a abertura dos espaços públicos de proibição ao respeito à autonomia, conduzindo ao recuo do âmbito de tutela penal, desagravando espaços de liberdade de ação em respeito à vontade do ofendido.

5.3 A INSUFICIÊNCIA DO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO NOS CASOS DE INTERVENÇÃO DA VÍTIMA NO PERIGO

Os problemas que envolvem a exposição da vítima ao perigo se inserem em um contexto social liberal. A identidade individual, cada vez mais, perde espaço à referência pessoal como unidade que carrega expectativas e garantias como forma de explicar e entender as relações intersubjetivas. O querer e o desejo do indivíduo, na sociedade atual, cedem lugar para o *papel* e as *garantias* que se vinculam à pessoa; é o que defende Jakobs, ao afirmar que “ser pessoa significa ter de representar um papel. Pessoa é a máscara, vale dizer, precisamente não é a

expressão da subjetividade do seu portador, ao contrário é a representação de uma competência socialmente compreensível”³⁵¹.

É um contexto em que um instituto dogmático que pretende ter rendimento a partir da descrição da vontade individual, como o consentimento do ofendido, tem o seu âmbito de alcance restrito. As expressões da vida, que para Manoel da Costa Andrade são “diversificadas na sua estrutura fática e em incontrolável expansão ao ritmo dos novos ‘oitavos dias da criação’ no contexto da sociedade moderna”³⁵², revelam a necessidade de um pensamento dogmático que, sem desconsiderar a importância do indivíduo, alcance um maior refinamento e adequação para solucionar casos em que a expressão da autonomia possa ser aferida para além da representação subjetiva do desejo individual.

Apesar do consentimento ocupar doutrinariamente uma *cadeira cativa* dentre as causas de justificação³⁵³, ela não possui assento legal e, tampouco, estudos aprofundados sobre o seu fundamento aqui no Brasil³⁵⁴. A insuficiência tanto legal quanto de fundamentação não frustra a utilização do consentimento, como se observa no caso dos *Lutadores de Rua*, em que dois jovens praticaram uma luta ilegal de rua consentida. Um dos lutadores ofendeu a integridade corporal do próximo, ao aplicar-lhe um golpe, o que lhe causou lesão corporal de natureza gravíssima, na medida em que restou com enfermidade incurável pela lesão do nervo fibular esquerdo³⁵⁵. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul absolveu o lutador com “fundamento na

³⁵¹ JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa*. Teoria de um Direito Penal Funcional. Barueri, SP: Manole, 2003. P. 30.

³⁵² ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Editora Coimbra, 1991. P. 283.

³⁵³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 406. QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal. Parte Geral*. Salvador: Juspodivm, 2016. P. 364. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal. Parte Geral*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. P. 278. COELHO, Yuri Carneiro. *Curso de Direito Penal Didático*. São Paulo: Atlas, 2015. P. 220. BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. P. 219. PRADO, Luiz Régis. CARVALHO, Érika Mendes. CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. P. 338.

³⁵⁴ Destaca-se como exceção o estudo “Autonomia e Frustração da Tutela Penal”, elaborado pela Professora Maria Auxiliadora Minahim. MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Autonomia e Frustração da Tutela Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

³⁵⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça. (TJ-RS-ACR: 70036950756 RS). *Jurisprudência*. Relator: Des. Nereu José Giacomolli, data de julgamento: 25/11/2010. Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 13/12/2010.

exclusão da tipicidade em razão do consentimento do ofendido (*volenti non fit injuria*) e ausência de imputação objetiva do resultado”.

A decisão considera que o consentimento “exclui tipicidade neste caso de uma luta amadora consentida, hipótese fronteira com as atividades desportivas regulamentadas, e na participação em uma *autocolocação dolosa em risco*”, e conclui afirmando que essa participação em *autocolocação em perigo* é: “consentimento em realizar ou participar de condutas que excedem o nível normal de perigo, consciente do risco na mesma medida que o cooperador.” Aqui o Tribunal considera a *autocolocação em perigo* como uma forma de consentimento, sendo que o assentimento do lutador em se aventurar no perigo é o suficiente para justificar a lesão ao seu bem. Assim, o consentimento no risco se estende ao resultado “A vítima consentiu no risco (não propriamente na lesão grave que certamente nenhum dos dois contendores previra) e, portanto, na disposição do bem jurídico na medida em que colocou luvas de boxe e aceitou participar da luta.”³⁵⁶ Nesse caso, o Tribunal não diferencia a *exposição ao perigo e disposição de um bem*.

A autonomia, como conteúdo da dignidade humana não se esgota quando alguém assente em participar ou se expor em uma atividade arriscada, a pessoa não deixa de ser autônoma após o início do curso arriscado. De outro modo, ao assentir em participar de um evento arriscado, a pessoa estaria dando uma *carta aberta* a todos os resultados possíveis pelo curso do evento perigoso.

Vale ressaltar, ainda, que a lesão causada a um dos participantes da luta ilegal se trata de uma lesão corporal de natureza gravíssima, conforme o artigo 129, §2º, do Código Penal, em que se discute, igualmente, a capacidade do instituto do consentimento como forma de frustrar a proteção penal ao bem, em virtude do seu caráter indisponível³⁵⁷.

³⁵⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça. (TJ-RS-ACR: 70036950756 RS). *Jurisprudência*. Relator: Des. Nereu José Giacomolli, data de julgamento: 25/11/2010. Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 13/12/2010.

³⁵⁷ “Ainda quando a persecução se faz mediante queixa-crime ou querela, não se é de concluir pela disponibilidade do bem jurídico, pois, malgrado a ressonância social do dano, o Estado, muitas vezes renuncia à ação penal pública para resguardar interesses do particular [...] Uma vez estabelecido que não se pode guardar um critério seguro para que permita concluir pela disponibilidade, ou não, do bem jurídico para estabelecer os limites do consentimento justificante, faz-se necessário observar: 1º) há

O consentimento, quando aplicável aos casos em que a vítima se expõe ao perigo, contribui para que o instituto que busca a exclusão do crime em atenção à vontade do ofendido seja, agora, utilizado como um princípio ou cláusula geral de não atribuição da responsabilidade nas diversas, e muitas vezes diferentes, situações em que a vítima contribui ao evento danoso.

A dimensão da expressão da vontade do ofendido em uma situação de risco traz especificidades que impossibilitam a utilização do consentimento como um instituto geral de não imputação: especificidades que se vinculam ao alcance e à legitimidade do instituto do consentimento em face à nova fenomenologia do assentimento da vítima à exposição ao perigo.

Não há como afirmar que no curso do fato arriscado o portador do bem que recebe uma dose de heroína injetada por terceiro deseja, para além do perigo, a sua própria morte, pois o consentimento em uma conduta perigosa não deve compreender, em geral, no desejo de eventual lesão³⁵⁸: ao consentimento, não basta o assentimento do portador do bem, é preciso que a conduta do autor se realize conforme o assentimento desse portador.³⁵⁹

Nesse sentido, com razão, Manoel da Costa Andrade diferencia o consentimento como forma de *heterolesão consentida* (o ator lesado assente quanto ao resultado produzido e querido por outrem); do abandono do bem, em que o ator lesado se lança

que se percorrer não só um ramo do Direito, mas todos os princípios gerais que formam a base do ordenamento jurídico estatal; 2ª) na realização desse trabalho, o intérprete deve reportar-se a todas as fontes (imediatas e mediatas), e, a partir daí, examinar os decretos, atos administrativos, regulamentos, portarias e pesquisar o direito consuetudinário; 3º) o critério adotado pelo legislador para natureza da ação penal é arbitrário, e, por consequência, inseguro, mas sempre servirá ao intérprete, desde que não seja usado exclusivamente.” IN: PIERANGELI, José Henrique. *O Consentimento do Ofendido*. Na teoria do delito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 120-121.

³⁵⁸ IN: *Ibid.* P. 114.

³⁵⁹ As teorias da ação, no entanto, defendem como suficiente que o desejo do portador do bem se dirija ao perigo da ação de outrem. E, assim, o consentimento dado em face a uma ação perigosa seria o suficiente para justificar o resultado lesivo. O resultado desejado como consequência da ação, nesse caso, decai em virtude da extensão do consentimento atribuído à ação arriscada. O pensamento desconsidera que nos crimes culposos não há dirigibilidade da vontade dos atores que enfrentam a situação de perigo quanto ao resultado. Para garantir a eficácia do consentimento no crime culposos, como quer Stratenwerth, o ator lesado que deseja a violação do dever de cuidado passa a enfrentar o ônus do resultado. STRATENWERTH, Günter. *Heteropuestaen Peligro Consentida en Conductas Imprudentes*. IN: www.indret.com, 2013. Acessado em 05/2019. p. 10.

em uma ação perigosa em que, apesar do terceiro ter maior capacidade de compreender o desenvolvimento do curso arriscado³⁶⁰, o perigo e o resultado não são domináveis *naturalisticamente* por ninguém, pois, no crime culposos, as pessoas não desejam o resultado³⁶¹.

A dilatação do instituto do consentimento para alcançar as diversas interações lesivas compostas pela comunhão de atores, especialmente nos fatos culposos, resulta em distorções que suprimem a lógica do pensamento dogmático, bem como violam a própria natureza do instituto, pois a apreensão e valoração do comportamento ultrapassa o sentido atribuído à autonomia como uma forma de manifestação psicológica-descritiva, são situações que pedem uma valoração normativa sobre o comportamento objetivo das pessoas envolvidas na relação social³⁶².

5.3.1 Consentimento e a natureza pública da tutela penal

Considerando que o direito penal possui natureza pública, é questionável até que ponto a manifestação da vontade pode ter a capacidade de orientar a não formação material de um espaço de proibição penal. Esse questionamento produz uma crise de legitimação que amplia as controvérsias e objeções que recaem sobre a performance dogmática do consentimento como instituto adequado aos problemas que se revelam na sociedade contemporânea, como os casos em que a vítima voluntariamente influi na construção do fato perigoso.

³⁶⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Editora Coimbra, 1991. P. 293.

³⁶¹ “[...] Não é plausível argumentar que se deva ter consentido dolosamente em uma lesão, por exemplo, a própria morte, realizada por outrem, se em relação à ocorrência dessa lesão agiu-se apenas de forma culposa, sem se conformar, portanto, de alguma forma com o dano; ou seja, caso se tenha confiado em um final feliz.” ROXIN, Claus. *Sobre a Discussão Acerca da Heterocolocação em Perigo Consentida*. IN: ROXIN, Claus. *Novos Estudos de Direito Penal*. Organizador: Alaor Leite. São Paulo: Marcial Pons, 2014. P. 141.

³⁶² ANDRADE, *Op. Cit.*, 1991. P. 295.

Exemplo disso são as exposições em perigo da vítima com resultado morte. O princípio do *nulla injuria est quae in volentem fit*³⁶³ era utilizado no Direito Romano³⁶⁴, para justificar a exclusão do crime através do consentimento ainda que o perigo se materializasse em lesão sobre a vida³⁶⁵. A partir do jusnaturalismo racionalista do século XIX, sob influência de Feuerbach, a vida passa a ser considerado um direito subjetivo inalienável, indisponível. “Nesse âmbito, orienta que a expressão da liberdade individual é capaz de garantir a eficácia dos direitos subjetivos submissos à faculdade do particular frente a intervenções lesivas de terceiros que não atentem contra a vontade comum.”³⁶⁶

Atualmente, não se considera válido o consentimento que dispõe sobre a vida. Wessels diz que a vida é indisponível por ser um interesse público fundamental³⁶⁷, Mir Puig alega que a vida é dotada de um valor social e a sua renúncia é irreversível e, por transcender o interesse particular do seu titular, é irrenunciável³⁶⁸. Para Roxin, a vida é marcada pelo *tabu* da indisponibilidade, uma qualidade que obsta a eficácia do consentimento de atentados contra a vida.

Nos casos em que a *exposição* da vítima ao perigo resulte em morte, o consentimento não se mostra um instituto válido para justificar o comportamento dos outros atores

³⁶³ Considerando a digressão histórica do instituto, a incidência do consentimento como forma de supressão do caráter delitivo do comportamento possui raízes no Digesto de Ulpiano (Digesto, XLVII, 10.1. § 5), que, através do aforismo *nulla injuria est quae in volentem fiat*, orientava o consentimento como fenômeno capaz de excluir a injúria, ou seja, em sentido amplo, a expressão volitiva da pessoa seria capaz de excluir o caráter criminoso de lesões praticada por terceiros a objetos materiais pessoais. COSTA. Lucas Gabriel Santos Costa. <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,fundamentos-da-colocacao-do-consentimento-do-ofendido-na-teoria-do-delito,55466.html>. Acesso em: 01 de maio de 2019. PIERANGELI, *Op. Cit.*, 2001. p. 72.

³⁶⁴ Restringindo-se aos delitos de caráter privado, o brocardo estabelecido no Digesto se desenvolveu para máxima *violenti non fit injuria*. COSTA. Lucas Gabriel Santos Costa. <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,fundamentos-da-colocacao-do-consentimento-do-ofendido-na-teoria-do-delito,55466.html>. Acesso em: 01 de maio de 2019.

³⁶⁵ BRANDÃO, Claudio. *Curso de Direito Penal*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 219.

³⁶⁶ COSTA. Lucas Gabriel Santos Costa. <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,fundamentos-da-colocacao-do-consentimento-do-ofendido-na-teoria-do-delito,55466.html>. Acesso em: 01 de maio de 2019.

Nesse sentido, segundo Cerezo Mir “El consentimiento sólo puede eximir de responsabilidad penal em los delitos em que el portador del bien jurídico protegido es um individuo (uma persona física o uma persona jurídica). El consentimiento no puede eximir de responsabilidad em los delitos em que se protegen dienes jurídicos supraindividuales, es decir cuyo portador sean la sociedade o el Estado”. IN: CERÉZO MIR, José. *Derecho Penal*. Parte General. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 755.

³⁶⁷ WESSELS, Johannes. *Direito Penal*. Parte geral. Tradução: Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976. P. 77.

³⁶⁸ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*. Parte General. Montevideo – Buenos Aires: Editorial B de F, 2015. 520.

que interferiram no fato perigoso. A compreensão do comportamento da vítima tomado de modo objetivo como elemento normativo que conduz à verificação do desvalor da ação, por outro lado, prescinde a análise da disponibilidade do bem, a expressão da autonomia é construída a partir de critérios normativos que atribuem eficácia sistêmica à comunicação posta em curso pela *exposição ao perigo*.

A compreensão do comportamento da vítima como critério normativo, no entanto, não é disposição do bem pelo titular, mas um requisito capaz de demonstrar o desvalor objetivo do risco presente no comportamento do autor. A valoração normativa do comportamento objetivo da vítima orienta a abertura do espaço de proibição, pois compõe a majoração do nível de importância de uma significação sistêmico social e penal da ação dos atores na relação perigosa.

Mas no próprio consentimento, a decisão de abertura dos espaços de proibição não se constrói a partir do esgotamento da individualidade em si mesma. Se ela, a individualidade, se realiza em sociedade a partir da manifestação da liberdade enquanto expressão da autonomia, é necessário que o sistema social forme núcleos de proibição voltados à proteção de espaços de realização dessa autonomia. O indivíduo pode orientar a disposição de objetos materiais, mas a relação de disposição de bens jurídicos necessita de uma compreensão dos sistemas social e penal. É por isso que o assentimento do portador do bem sobre a lesão ultrapassa a compreensão subjetiva da vontade do ator lesado como critério capaz de determinar o recuo da proibição.

Não se trata de uma simples manifestação de vontade da pessoa, mas de uma manifestação de vontade que possui um *viés ecológico*, ou seja, deve ser valorada em rede, compreendendo a necessidade de apreensão dos efeitos na sociedade, assim como a presença de um fato praticado por terceiro.

O recuo da proteção penal como expressão da vontade individual pode frustrar a necessidade de proteção penal e, conseqüentemente, da função que o direito penal deve assumir no sistema social contemporâneo: proteção subsidiária dos valores indispensáveis ao desenvolvimento humano. A vontade de uma pessoa pode formar

um significado sobre a ação que expresse menos o potencial de ser autônomo que o agravamento das condições de vulnerabilidade.

Nesse sentido, a eficácia do consentimento requer que nos espaços de liberdade para a disposição de bens, ainda que pessoais, essa disposição não contraponha o programa que sustenta a existência da sociedade, ou seja, o consentimento deve privilegiar a ampliação dos valores de um direito penal ilustrado. A manifestação da autonomia se esbarra nos limites postos à capacidade consentir que decorrem da tensão entre o horizonte de expectativa do ser autônomo e o espaço de experiência das vulnerabilidades agravadas que marcam a trajetória e o significado de cada ser humano no sistema social.

5.3.2 O consentimento como causa que desagrava o *desvalor* da ação

A contraposição entre a autonomia e a necessidade de proibição penal deve ser balizada por procedimentos normativos que conduzam à valoração do comportamento do portador do bem de acordo com a finalidade que cumpre o direito penal. Por isso, o consentimento que recai sobre uma *heterolesão* se realiza a partir de uma orientação social e a não configuração do injusto deve atender à função sistêmica da proibição penal: o consentimento exclui a perturbação racional da expectativa social sobre determinada relação.

A perspectiva dualista do consentimento divide o consentimento em consentimento *stricto sensu* quando recai sobre a ilicitude; e o acordo, quando a vontade do portador do bem é elemento necessário à subsunção formal do comportamento à proibição. Nesse sentido, o consentimento do portador do bem, capaz, sobre bem jurídico disponível rompe a barreira da proibição, mas em sua conflitualidade com o interesse social de proteção, prevalece a vontade enquanto expressão da autonomia da pessoa *autoresponsável*: o consentimento opera assim a nível de ilicitude, no Brasil, como uma causa *supralegal* de exclusão da ilicitude penal. No acordo, por sua vez, não se deve falar em causa que exclui a tipicidade, mas sim em fato que não se adequa formalmente ao âmbito de proibição típica.

A perspectiva monista do consentimento, partindo de uma compreensão material do tipo penal, assim como de uma perspectiva liberal do bem jurídico considera que com a manifestação da vontade do ofendido sobre o fato lesivo desaparece o interesse penal de proteção ao bem, uma vez que o bem jurídico não se confunde com o objeto material, sendo formado pela compreensão jurídica do objeto material mais a função político-criminal de garantia ao cidadão de livre disposição de seus bens em virtude de sua *autorresponsabilidade*. Nesse sentido, como os tipos penais têm a função de proteção subsidiária de bens e formam os núcleos de proibição, a *heterolesão consentida* em face de bens disponíveis não causa lesão ao bem e conseqüentemente conduz à atipicidade material do comportamento lesivo.

Se a norma avocar ao seu conteúdo os valores essenciais de desenvolvimento humano para formar um núcleo de proibição para garantia da liberdade, então ao consentimento do ofendido sobre valores válidos, quando compreendido e orientado conforme os requisitos do sistema, será atribuída significação que não deve frustrar, mas reforçar os ideais que são sustentados pela norma penal.

O consentimento resulta da valoração ontológica do conflito entre a vontade da pessoa que consente e uma proibição pena em seu aspecto formal. Ele fundamenta o recuo da proteção penal em face da compreensão do comportamento enquanto expressão da *autorresponsabilidade* do portador do bem, o que descaracteriza a necessidade de formação material da proibição.

A eficácia do consentimento está relacionada ao que o sistema penal pede do comportamento do autor para que exista um fato típico. Nesse sentido, o fato social *desvalorado* negativamente e, por isso, formalmente proibido pelo legislador é aquele político-criminalmente observado como insuportável por conter uma ação humana socialmente intolerável e que deve ser *contramotivada* e um resultado indesejado por causar uma lesão ou perigo de lesão socialmente nocivo.

O fato social *desvalorizado* em âmbito social e que é tomado pelo legislador como referência à proibição é uma referência ao fato punível, analiticamente compreendido

pela dogmática jurídico-penal. E esse fato para ser punível precisa de um *desvalor* da ação e um *desvalor* de resultado.

Nesse sentido, considero que o consentimento do ofendido exclui a ação típica, uma vez que o assentimento do portador do bem ofendido capaz, sobre o bem jurídico disponível, retira o *desvalor* do comportamento em face ao tipo penal, pois a proibição constante nos tipos tem como finalidade a proteção do bem jurídico contra a vontade do portador e não buscam restringir acontecimentos que são expressões de sua liberdade. Nesse sentido, a ação consentida não possui o desvalor necessário para justificar a atribuição da responsabilidade penal.

5.3.3 Pensar a complexidade ou dominar a complexidade

Justificar o recuo da proibição penal a partir do consentimento do ofendido, quando não é possível afirmar que o portador do bem deseja o resultado, afronta não apenas o caráter público do direito penal e a necessidade de proteção a bens, mas, especialmente, o próprio fundamento que atribui legitimidade ao consentimento para afastar a proibição penal: a abertura de espaços proibidos em atenção à vontade do portador do bem.

O consentimento do ofendido torna-se impróprio para solucionar os casos em que o assentimento do portador do bem não se destina ao resultado que decorre da violação do dever objetivo de cuidado dos outros atores envolvidos no fato lesivo. A não configuração do injusto em respeito à autonomia do portador do bem ofendido é orientado por seu assentimento quanto à presença de todos os elementos do fato lesivo.

O consentimento requer uma apreciação descritiva da vontade enquanto componente subjetivo do portador do bem ofendido. Ou seja, a eficácia do consentimento é condicionada pela presença da vontade da pessoa no sentido *psicológico descritivo*. O portador do bem ofendido deve querer o fato lesivo, não sendo legítima uma vontade atributiva nesse caso: ou seja, o portador do bem não queria, mas

normativamente digo que quis! Considerando que, em face ao caso concreto, o portador não se pode dizer que não quer.

Inserir o comportamento do ator lesado na dogmática jurídico-penal representa um avanço para teoria do delito, no entanto o tratamento dogmático das hipóteses de *exposição da vítima no perigo* como formas de manifestação de sua vontade quanto à lesão produzirá soluções limitadas e disfuncionais. Uma disfuncionalidade que abre espaço à construção de figuras normativas que buscam inserir o significado do comportamento da vítima como elemento que dimensiona o tipo objetivo.

O pensamento dogmático contemporâneo buscou dominar a complexidade. Para Roxin, uma proposta político-criminalmente ajustada ao caso requer uma valoração objetiva sobre o comportamento do portador do bem como elemento normativo do juízo de imputação guiado pela *autorresponsabilidade*: um fundamento normativo que legitima o recuo da proibição penal. Em se tratando de juízo vinculado ao nexo de imputação, não se discute a disposição ou disponibilidade de bens.

O funcionalismo, a partir da proposta de Roxin, compreendeu a complexidade como um estímulo à criação de novos institutos dogmáticos para compreensão do comportamento do portador do bem como forma de influir no injusto, e especialmente no tipo penal. A *participação em autocolocação em perigo* e a *heterocolocação em perigo consentida* formam um grupo de casos que divergem das formas de *autoexposição da vítima à lesão*, são rótulos a uma fenomenologia nova, mas que não necessita da criação de novos institutos dogmáticos.

São propostas normativas que não se confundem, mas seguem o viés ideológico político criminal que resgata a vítima como objeto das ciências penais. No âmbito da política criminal e da criminologia, a vítima surge como objeto crítico que conduz a construção de estudos centrados no interesse e proteção às vítimas. Os estudos que propõem a vítima como objeto de valoração da dogmática penal procura extrair do seu comportamento o conteúdo necessário a justificar a expansão da liberdade social de ação.

5.4 A APROXIMAÇÃO DA VÍTIMA AOS ESTUDO DAS CIÊNCIAS PENAIS

A falta de refinamento do consentimento para alcançar as diversificadas formas de exposição da vítima ao fato perigoso se transformou em um dos problemas centrais da teoria do delito nas últimas décadas, especificamente a partir da última metade do século XX com a expansão das construções funcionalistas. As soluções construídas pelo funcionalismo penal, que tomam a vítima como objeto de valoração pela dogmática penal, não esgotam os horizontes jurídicos que pretendem formar espaços investigações centradas na vítima.

A dogmática penal está inserida em um contexto: o sistema jurídico-penal que se diferencia como parte/unidade do sistema social. Ela, a dogmática penal, é parte de um universo jurídico-penal que não se esgota na descrição formal, fechada e abstrata do crime sob uma perspectiva analítica. No contexto em que a dogmática penal se insere, existem outras ciências, que vale ressaltar: não são auxiliares, mas, igualmente, essenciais à compreensão e limitação da manifestação do poder punitivo: a criminologia e a política criminal.

A crítica sobre a manifestação desse poder punitivo, que tradicionalmente se estabelece na relação entre o Estado, a partir do Direito Penal, e a figura do autor, passa a ser *transversalizada* por investigações criminológicas e político-criminais com ênfase na vítima: trata-se da *vitimologia*³⁶⁹.

O foco da *vitimologia* não é a dogmática jurídico-penal. Os estudos *vitimológicos*, no entanto, formam a referência criminológica e político-criminal sobre os estudos do comportamento da vítima nas ciências penais³⁷⁰. A *vitimologia* é uma referência à

³⁶⁹ MELIÁ, Cancio. *Reflexiones sobre la "Victimodogmática" em la Teoria del Delito*. IN: Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 25. São Paulo: Revista dos Tribunais, 199-. P. 30.

³⁷⁰HASSEMER, Winfried. *Consideraciones sobre la victima del delito*. Publicado en los Estudios a V. Klug en su 70 aniversario. Traducción Rocio Cantarero Bandres. Koln 1983, paginas 217-455. P. 244; LARRAURI, Elena. *Victimologia: Quiene son las Victimas? Cuales sus derechos? Cuales sus necesidades?* La ponencia apresentada em le XLVIP Curso Internacional de Criminologia (Barcelona, 28 al 31 de octubre de 1991) P. 21.; SILVA SANCHEZ. *Victimologia e Derecho Penal: Introduccion a la Victimodogmática*. P. 148; QUERALT, Joan J. *Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del Proyecto alternativo de reparación*. P. 145-172. IN: SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: Boch, 1997. P. 146; AVILÉS, Dager Alivar. *Victimologia: Fundamentos científicos e filosóficos generales*. Estados Unidos: Editorial Honoris, 2016. P. 57.

inserção da vítima como objeto de valoração na dogmática penal: como um elemento funcional que influi na constituição do fato punível.

Na primeira metade do Século XX³⁷¹, houve um movimento de *redescobrimto da vítima*. Movimento que resultou no processo de produção dos voltados a mitigar os efeitos da *vitimização*³⁷², propondo políticas direcionadas à satisfação dos interesses das vítimas: uma primeira corrente *vitimológica* que propõe a análise da interação entre a vítima e o criminoso, com foco na observação da criminalização primária, ou seja, a vítima no processo de caracterização do crime.

A partir dos anos 70 surge uma nova perspectiva de estudos *vitimológicos* que se orienta pelas análises sobre a vitimização secundária, bem como pela crítica dos movimentos sociais em face da vitimização sofrida pelas minorias sociais³⁷³. Vale ressaltar que a moderna *vitimologia* não propõe o regresso ao método punitivo arcaico, pré-moderno: o que se postula são procedimentos racionais para incluir a vítima como elemento crítico no estudo do fenômeno do crime.

Nesse sentido, os estudos criminológicos, a partir da criminologia crítica³⁷⁴, superaram o viés etiológico e incluem os estudos sobre a vítima, observando-a como um elemento ativo na constituição do fenômeno criminoso. A postura crítica influenciou, por exemplo, o surgimento de estudos direcionados a orientar a tipologia *vitimal* e os processos de *vitimização*.

³⁷¹ Não se descarta o conhecimento vitimológico prévio desenvolvido a partir da percepção do fenômeno criminoso, no entanto, a partir do século XX a vitimologia passa a ser proposta como categoria científica. Nesse sentido: AVILÉS, Dager Alivar. *Victimologia: Fundamentos científicos e filosóficos generales*. Estados Unidos: Editorial Honoris, 2016. P. 10.

³⁷² A vitimização primária é a que resulta diretamente da prática delitiva, é o ônus e o sofrimento inerentes à lesão que resulta do fenômeno criminoso. A criminalização secundária se evidencia como o ônus sofrido pela vítima durante a execução dos procedimentos necessários para materialização da pretensão punitiva estatal. A vitimização terciária decorre da estigmatização social da vítima.

³⁷³ A partir del 1º Simposio Internacional de Victimología, Jerusalén, 1973, y, sobre todo, a partir de 1985 (Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder) destacados tratadistas nacionales e internacionales se ocupan, con celo creciente, por conocer, comentar y aplicar las coordenadas teóricas y prácticas de esta nueva e innovadora ciencia y praxis victimológica. IN: IPIÑA, Antônio Beristain. *La dogmática penal evoluciona hacia la victimología (ayer, in dubio pro reo; hoy, pro víctimas; mañana, las víctimas protagonistas)*. IN: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5259747>. Acesso em 20 de julho de 2018.

³⁷⁴ BERGALLI, Roberto. *O pensamento Crítico e a Criminologia*. IN: : BERGALLI, Roberto. RAMÍREZ, Juan Bustos. (orgs.) *O Pensamento Criminológico I: Uma análise Crítica*. Rio de Janeiro: Revan, 2015. P. 268; CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*. Curitiba: Lumen Juris, 2008. P. 35-49.

Na política criminal³⁷⁵, as decisões político-criminais a partir da necessidade de proteção e atenção aos interesses de vítimas transitam de uma política criminal penalista, voltada à superação dos castigos primitivos, passando por uma política criminal criminológica, até uma política criminal *vitimológica*, centrada na proposição de políticas para satisfação³⁷⁶ e proteção da vítima³⁷⁷.

Na dogmática jurídico-penal, sobretudo com o desenvolvimento da teoria da imputação objetiva, o comportamento da vítima passa a figurar, em casos especiais, na pauta dos elementos de valoração necessários ao processo de constituição do fato punível³⁷⁸. Trata-se “da necessidade de reconhecer e valorar o papel da vítima no fenômeno delitivo, ainda que, certamente, de perspectivas diferentes das contempladas em etapas históricas anteriores e, sobretudo, com um reconhecimento de caráter científico, antes inexistente ou de menor relevância [tradução nossa]”.³⁷⁹

³⁷⁵ BERISTAN, Antonio. *Evolucion desde el crimen al delincuente y a la victima: (Aproximaciones diacronicas y sincronicas a la Política Criminal)*. Instituto de derecho penal europeo e internacional Universidad de castilla la mancha. IN: <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/38beristain-iii-9.pdf>. Acesso em 20 de julho de 2018.

³⁷⁶ No processo penal, os estudos *vitimológicos* influenciaram a criação de métodos alternativos de resolução de conflitos com a presença ativa da vítima através da justiça consensual³⁷⁶, especialmente sob o viés crítico da proposta de justiça restaurativa. Nesse sentido: “En mi opinión estas dos tendencias, abolicionismo y victimologia, son fundamentalmente las que dan origen al movimiento de justicia restauradora [...]”. IN: LARRAURI, Elena. *Tendencias actuales de la justicia restauradora*. IN: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 12. Nº 51. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. P. 71.

³⁷⁷ MOLINA. Antônio Garcia-Pablos de. *La aportación a la criminología*. IN: <https://www.ehu.es/documents/1736829/2163271/09+-+La+aportacion+de+la+criminologia.pdf>. P. 79. Acesso em 20 de julho de 2018.

Como exemplo as políticas voltadas ao desenvolvimento de estruturas do poder judiciário a partir da necessidade de proteção especial à vítima: as Varas Criminais de Proteção da Mulher, bem como da Infância e Juventude. No âmbito Legislativo, com a criação de Leis Específicas a partir da necessidade de mitigação da vulnerabilidade de grupos de vítimas, como a Lei 7.716 de 1989 que incrimina práticas de racismo no Brasil.

³⁷⁸ Nesse sentido: COSTA, Lucas Gabriel. *A responsabilidade penal nos casos de autocolocação da vítima em perigo*. Direito penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFGM/

FUMEC/Dom Helder Câmara; coordenadores: Bartira Macedo Miranda Santos, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Matheus Felipe De Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

³⁷⁹ “necesidad de reconocer y valorar el papel de la víctima en el fenómeno delictivo, aunque, ciertamente, desde perspectivas diferentes a las contempladas en etapas históricas anteriores.” REMESAL, Javier de Vicente. *La Consideración De La Víctima a través de la Reparación del Daño en el Derecho Penal Español: Posibilidades Actuales, Y Perspectivas de Futuro*. P. 173-207. IN: SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: Boch, 1997. P. 174-175.

5.5 CONCLUSÕES PRELIMINARES

A autonomia e o *princípio da autorresponsabilidade* são fundamentos utilizados para justificar o recuo da proteção penal a partir da valoração do comportamento da vítima. O *princípio da autorresponsabilidade*, enquanto referencial sistêmico da pessoa capaz de dirigir socialmente as suas ações, não é capaz de determinar uma responsabilidade prevalente da vítima sobre a guarda e proteção de seus bens.

O consentimento do ofendido é o instituto que orienta a frustração da proteção penal em atenção à vontade do ator lesado. No entanto, o consentimento, que parte de uma descrição subjetiva da vontade do portador do bem, não alcança os casos de *exposição* da vítima ao perigo, casos que necessitam de uma valoração normativa do comportamento objetivo do ator lesado pelo perigo livremente assentido.

As propostas funcionalistas avançam na construção de institutos que buscam extrair do comportamento da vítima o significado normativo necessário à compreensão da prevalência da liberdade de ação dos atores envolvidos no curso do fato perigoso em virtude de um comportamento *autorresponsável* da vítima. Nesse sentido, têm na vitimologia um referencial político criminal e criminológico sobre a centralidade da vítima como objeto de estudo capaz de dimensionar as estruturas do sistema penal.

CAPÍTULO 06

A VALORAÇÃO OBJETIVA DO COMPORTAMENTO VÍTIMA NA AUTOEXPOSIÇÃO AO FATO PERIGOSO

6.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A teoria da imputação objetiva do resultado, sobretudo após o desenvolvimento da construção funcionalista, referido a valores que seguem a função do sistema penal no meio social, corrige as insuficiências da realização do tipo objetivo a partir da relação causal. Como a restrição de um espaço de liberdade de ação só se justifica com a necessidade de proteção, a teoria é um elemento normativo que, no âmbito do tipo objetivo, valora objetivamente o comportamento da vítima como critério de não imputação objetiva do resultado aos atores que cooperam para produção do fenômeno perigoso.

Assim, o presente capítulo estuda os fundamentos e o ajuste sistemático das soluções propostas à autoexposição da vítima ao perigo, como um primeiro nível de intervenção da vítima no fato perigoso. Um estudo tem como referência as soluções da construção funcionalista racional-teleológica do delito que propõe a valoração normativa do comportamento da vítima como caminho dogmático às soluções de impunidade ao objeto dessa pesquisa.

6.2 O ALCANCE DO TIPO COMO CRITÉRIO NORMATIVO DE RESTRIÇÃO DA PROIBIÇÃO EM FACE DA AUTORRESPONSABILIDADE DA VÍTIMA

A convida *B* para participar de uma corrida ilegal de automóveis na via pública, um *racha*, cada um dirigindo o seu próprio automóvel. *B*, consciente do perigo inerente à atividade e da ilegalidade da disputa, voluntariamente aceita o convite de *A*. Durante a disputa, *B* perde o controle do veículo, que vem a capotar causando a sua morte. Nesse caso, as construções que partem da descrição do viés ontológico da ação, tanto no causal naturalismo quanto no finalismo, chegarão à conclusão da existência de uma conduta típica de *A*. O seu comportamento foi voluntário, violaria o dever objetivo de cuidado pela imprudência e, a partir do *juízo hipotético de eliminação*, se

o comportamento fosse suprimido, o resultado morte de *B* não teria ocorrido: o suficiente para afirmar o nexo de antijuridicidade entre a violação do cuidado objetivamente devido e o resultado lesivo.

Na teoria da imputação objetiva, a proibição penal não se esgota na relação causal ou na finalidade das pessoas, ela informa a necessidade de uma valoração da relação entre os dois participantes da corrida ilegal a partir do marco típico, ou seja: a afirmação da tipicidade, nesse caso, necessita de um olhar sobre o problema com referência ao ponto de vista do conteúdo da proibição: através do sentido obtido por uma interpretação teleológica e restritiva do tipo de homicídio. Para afirmar se causação da morte de *B* é um resultado típico de homicídio é necessária uma referência normativa que advém do tipo penal, que orientará se o comportamento de *A*, que fez o convite, pode ser considerado objetivamente proibido ou não.

A proposta da teoria da imputação objetiva surge como objeção às visões extremadas do finalismo, que se satisfaziam com a formação do injusto a partir do *desvalor* da ação, considerando que a finalidade do agente, sua má-vontade ou má-intenção, fossem suficientes para justificar a proibição. Com a teoria da imputação, para além do *desvalor* subjetivo da ação, é necessário observar o juízo *ex post factum*, ou seja, a presença do *desvalor* do resultado, aferível por uma *prognose póstuma objetiva*, enquanto manifestação da ação como matéria que se insere na proibição dos tipos penais.

Por isso, não basta que o comportamento seja *finalisticamente* direcionado ao ilícito, o sentido atribuído à conduta deve se caracterizar como lesão ou perigo de lesão ao conteúdo normativamente protegido pelo direito penal. Aqui a teoria da imputação busca pelo contexto social, político criminal e normativo, que orienta o sentido do fato proibido, pois, o conteúdo da ação que forma uma relação social não é determinado apenas pelo ator.

A linha de maior importância ao desenvolvimento de soluções sobre a valoração do comportamento do ator lesado como critério de não imputação do resultado é desenvolvida por Claus Roxin. A partir de uma interpretação teleológica dos tipos

penais, Roxin estabelece filtros normativos para corrigir uma atribuição *dogmáticamente* correta do resultado no âmbito do tipo objetivo, considerando o procedimento limitado das construções que se materializam por sistemas fechados, consequentes da teoria da equivalência dos antecedentes causais, mas que se mostram insatisfatórias a partir do ponto de vista político criminal.

No âmbito da culpa, no finalismo, a restrição do tipo se estabelece por critérios como a *evitabilidade*³⁸⁰ e a *previsibilidade objetiva* do resultado a partir da violação do dever objetivo de cuidado do agente. Ou seja, o observador no caso concreto se coloca na posição do autor no momento da ação e, considerando as circunstâncias do fato perigoso passíveis de conhecimento por uma pessoa comum, bem como pelo próprio autor no caso concreto³⁸¹.

Essa previsibilidade é o limite à tipicidade do comportamento violador do dever de cuidado no crime culposos. No entanto, a partir de uma lei natural, o curso causal perigoso que leva ao resultado desencadeado pelo comportamento daquele que convida outrem para uma corrida ilegal é objetivamente previsível: nos casos de *participação em autocolocação em perigo*, o critério da previsibilidade objetiva não considera o comportamento da vítima como elemento capaz de afastar a proibição. Nesse sentido, “o decisivo é aquilo que, de acordo com parâmetros jurídicos, se é obrigado a prever - e é exatamente isto que é determinado pelos critérios de imputação.”³⁸²

Hans Welzel chega a determinar que o núcleo decisivo para o *desvalor* da ação no crime culposos radica na observância da diligência juridicamente imposta à realização de ações que põem em perigo um bem jurídico. Nesse sentido, requer objetivamente que a ação contemple um mínimo objetivamente geral de direção finalista, pois o

³⁸⁰ É necessário que a ação, para além de lesionar de uma forma geral (objetiva) um mandado de cuidado, é preciso que o autor, segundo as capacidades individuais, tenha a possibilidade de garantir o cuidado devido. Nesse sentido: STRATENWERTH, Gunther. *Derecho Penal*. Parte General, I. El Hecho Punible. Tradução: Gladys Nancy Romero. Buenos Aires: Di Placido, 1999. P. 322.

³⁸¹ Nesse sentido, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 378. BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2010. P. 186.

³⁸² ROXIN, Claus. *A Teoria da Imputação Objetiva*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 38, p. 11-31, Abril de 2002.

direito espera que a direção final das ações finalistas seja voltada à compreensão e prudência em face dos perigos que lhes são inerentes³⁸³.

Welzel tem razão ao destacar que o desvalor objetivo da violação de um dever de cuidado recai sobre a ação e não sobre a imputação do resultado, como deseja Roxin, mas a previsibilidade objetiva do comportamento imprudente necessita de um filtro mais preciso que a aferição da violação do dever objetivo de cuidado conforme o *padrão objetivo de conduta finalista esperado pelo direito*.

Rudolphi e Schünemann, por exemplo, desenvolvem a teoria da imputação de Roxin, e orienta que o fim de proteção da norma³⁸⁴ como um critério restritivo ao alcance dos tipos, para além da previsibilidade objetiva do resultado, pois “a norma de cuidado veda a criação de um risco não permitido, motivo por que, se o resultado é causado mediante uma conduta que supera a medida do permitido, consumou-se o tipo de homicídio e de lesões.”³⁸⁵ Apesar dos limites estabelecidos em normas deontológicas e administrativas à permissividade jurídica do comportamento, a permissividade jurídico-penal decorre de uma valoração normativa com base no tipo penal.

Assim, após a criação do risco juridicamente não permitido e a realização do risco no resultado, a teoria apresenta o terceiro filtro a imputação do resultado objetivamente típico: o alcance do tipo. O filtro pretende restringir o alcance do tipo objetivo a partir da verticalização ao nível sistêmico dos tipos penais que, especialmente em atenção à taxatividade, materializam a proibição exata ao risco contido no comportamento.

³⁸³ WELZEL, Hans. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. P. 140.

³⁸⁴ Para demostrar eso con un ejemplo que concierne a las exigencias de la relación entre la lesión de una norma de cuidado, y su fin de protección, y la lesión de un bien jurídico: cuando un médico omite, antes de la operación, realizar las investigaciones necesarias para saber si el paciente tiene tolerancia a la anestesia y el paciente luego muere a consecuencia de su uso, no se puede discutir ni la causalidad ni la culpa. Pero si su hipersensibilidad no era reconocible con anterioridad, sería errado imponer una sanción por homicidio culposo. Pues, la norma de cuidado que indica chequear la tolerancia del paciente a la anestesia no hubiera tenido ninguna eficacia protectora frente a una intolerancia irreconocible. En el caso concreto, entonces, la norma era inapropiada para la protección del bien jurídico y, por ello, una sanción hubiera sido inútil.” SCHÜNEMANN, Bernd. *El propio sistema de la teoría del delito*. Barcelona: Indret. 2009. P. 15

³⁸⁵ SÁNCHEZ, Bernardo Feijóo. *Teoria da Imputação Objetiva*. Estudos Críticos e Valorativo sobre os Fundamentos Dogmáticos e sobre a Evolução da Teoria da Imputação Objetiva. Tradução: Nereu José Giacomolli. Barueri, SP: Manole, 2003. P. 59.

O critério do alcance do tipo não se justifica como nível autônomo, como veremos³⁸⁶, mas a restrição dos tipos fornece um filtro capaz de refinar o procedimento dogmático a limitar o conteúdo proibido ao espaço materialmente determinado pelo tipo: legitima a resposta penal, uma vez que materializa o princípio da legalidade (se a criminalização atende ao princípio da legalidade em seu aspecto formal, não há crime sem lei, então, materialmente a proibição penal só se legitima se o risco criado for reflexo do conteúdo incriminado constante nos tipos); bem como o princípio da subsidiariedade, pois o risco que viola uma norma administrativa pode não ser suficiente para alcançar o exigido por um tipo penal.

No nível do alcance do tipo, não haverá imputação do resultado quando, no caso concreto “o fim de proteção da norma inscrita no tipo (ou seja, da proibição de matar, ferir, danificar etc) não compreender resultados da espécie do ocorrido, isto é, quando o tipo não for determinado a impedir acontecimentos de tal ordem”³⁸⁷. É nesse nível que a teoria da imputação objetiva do resultado valora objetivamente o comportamento da vítima como critério que orienta as figuras dogmáticas da participação em *autocolocação em perigo* e da *heterocolocação em perigo consentida*, sob o fundamento material da *autorresponsabilidade*³⁸⁸, que conduz a funcionalização dos elementos do delito a partir da liberdade de ação constitucionalmente garantida às pessoas. O critério do *alcance do tipo* considera que “o efeito protetivo da norma encontra seu limite na *autorresponsabilidade* da vítima.”³⁸⁹

6.3 A PARTICIPAÇÃO IMPUNÍVEL EM AUTOESPOSIÇÃO EM PERIGO

É possível que uma pessoa coopere ou participe duma ação *extraordinariamente perigosa* realizada por uma outra pessoa. O Superior Tribunal de Justiça, STJ, por exemplo, analisou o caso em que um ator ofereceu ao ator lesado uma substância

³⁸⁶ Capítulo 08.

³⁸⁷ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. P. 352.

³⁸⁸ “Um resultado causado pelo agente só deve ser imputado como sua obra e preenche o tipo objetivo unicamente quando o comportamento do autor cria um risco não permitido para o objeto da ação, quando o risco se realiza no resultado concreto, e este resultado se encontra dentro do alcance do tipo.” ROXIN, Claus. *A Teoria da Imputação Objetiva*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 38, p. 11-31, Abril de 2002. p 01.

³⁸⁹ ROXIN, Claus. *A Teoria da Imputação Objetiva*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 38, p. 11-31, Abril de 2002.

entorpecente, para uso recreativo, em quantidade superior que o limite aceito na literatura médica³⁹⁰. O usuário morreu em virtude dos efeitos da droga.

Na Alemanha, em que se desenvolveram as propostas funcionalistas de não imputação objetiva do resultado ao autor em virtude do *comportamento autorresponsável* da vítima, o Tribunal Superior, BGH, em um julgamento conhecido como o *caso da heroína*, também analisou a responsabilidade penal de um ator que entregou ao usuário de drogas uma seringa com heroína, para consumo, estando ambos conscientes do perigo existente, e o portador do bem injetou a substância e morreu³⁹¹.

Na Espanha, o Tribunal Supremo, TS, em uma questão semelhante, analisou o caso em que uma pessoa vendeu heroína ao usuário de drogas. Após o uso, em virtude do alto grau de pureza da droga, qualidade da substância desconhecida por tanto pelo vendedor quanto pelo comprador, o usuário acabou morrendo³⁹².

Questiona-se, nesses casos, se os atores que entregaram as substâncias entorpecentes e nociva à saúde devem ser responsabilizados pela morte daquele que, consciente do risco, produziu o perigo que imediatamente resultou em sua própria morte, ou seja: se nesses casos o comportamento da vítima pode gerar a permissividade do comportamento do autor.

Considero, nesses casos, o fenômeno da *participação em autocolocação em perigo*: quando o agente intervém em uma exposição voluntária da própria vítima em uma situação de perigo. Sendo que a propriedade desse perigo decorre da capacidade da vítima conhecer o desenvolvimento do risco e a possibilidade objetiva de se manifestar pela produção do resultado lesivo.

³⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (STJ-REsp: 805377SC2005/0206993-2). *Jurisprudência*. Relatora: Min. Laurita Vaz.

³⁹¹ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. P. 357.

³⁹² 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*. IN: Revista Nuevo Foro Penal. Vol. 6, nº 74, enero-junio 2010, pp. 58-80, Universidad EAFIT, Medellín. P. 58

A *participação em autocolocação em perigo* faz parte do rol de refinamentos dogmáticos resultantes do funcionalismo penal, a partir do desenvolvimento da teoria da imputação. São casos que, na imputação objetiva do resultado, expressam a necessidade de valoração do comportamento da vítima como critério normativo que compõe o nexo de imputação da responsabilidade objetiva ao autor, pretendendo solucionar os casos em que a *vítima* coopera, em comunhão com outros atores, para produção do fato perigoso que se materializa em lesão, não querida por tais atores.

Para Roxin, a *participação em autocolocação em perigo* é um fenômeno específico que requer tratamento dogmático autônomo, formando um grupo de casos em que os atores podem provocar ou contribuir a que o portador do bem realize ações extraordinariamente perigosas³⁹³. Ou seja, como ratifica Wolfgang Frisch: um conjunto de casos em que a vítima, junto com outras pessoas, realiza ela mesma ações que produzem (ou ameaça se produzir) lesões aos seus bens³⁹⁴.

São situações que se apresentam como no *caso do gelo quebradiço*, em que o BGH analisou a responsabilidade do ator que aconselhou uma pessoa a realizar uma travessia de um lago de gelo quebradiço. Sendo que, com consciência do perigo, ao tentar atravessar o lago, considerando a influência do ator, a pessoa aconselhada acaba morrendo³⁹⁵.

Situação também apresentada ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que analisou o caso em que o ator *entregou a direção de veículo automotor* a um terceiro, que usava drogas e estava sem a habilitação para condução de veículo automotor e, por isso, não tinha condições seguras de conduzi-lo. Na direção do veículo, o condutor perdeu o controle e saiu da pista, vindo a falecer ao capotar e bater o veículo.³⁹⁶

³⁹³ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução e Introdução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. P.353

³⁹⁴ FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento Típico e Imputación del Resultado*. Madrid: Marcial Pons, 2004. P. 165.

³⁹⁵ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. P. 353.

³⁹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça. (TJ-RS: 805377SC2005/0206993-2). *Jurisprudência*. Relator: Jayme Weingartner Neto.

A *participação em autocolocação em perigo* forma um grupo de casos em que a dogmática jurídico-penal se vale do comportamento das pessoas lesadas como critério objetivo voltado à problematização da responsabilidade penal dos atores que compõem o curso do fato perigoso³⁹⁷. A teoria da imputação objetiva, valendo-se de um método referido à valores, como ressalta Maria Auxiliadora Minahim, observa nos casos de *participação em autocolocação em perigo* um estímulo de atores para que o portador do bem, de modo consciente e querido, realize um comportamento especialmente perigoso que lhe cause lesão³⁹⁸.

Em face dessa fenomenologia, a *participação em autocolocação em perigo* representa o primeiro nível de concretização do princípio da *autorresponsabilidade*, em que se discute se haverá responsabilidade do ator que intervém no curso do perigo quando o portador do bem se tenha, “deliberadamente, colocado em perigo”³⁹⁹, ou seja, quando parte do portador do bem a “ação de pôr em perigo a própria vida”⁴⁰⁰. O problema que se evidencia é se o comportamento imprudente do portador do bem é capaz de excluir a responsabilidade de quem, também de modo imprudente, contribuiu para que tal portador se submetesse voluntariamente ao fenômeno perigoso⁴⁰¹.

O questionamento reforça a existência de um dos pontos mais controvertidos no direito penal atual: o modo que a dogmática penal compreende o comportamento do portador do bem ofendido na teoria do delito⁴⁰². Os pilares da controvérsia se manifestam, para além da existência autônoma dos fenômenos da *participação em autocolocação em perigo*: i na solução de impunidade; ii considerando a solução de impunidade, a controvérsia alcança a fundamentação; iii na consistência dogmática da solução.

³⁹⁷ ANDRADE, Manoel da Costa. *Consentimento e Acordo no Direito Penal*. Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Editora Limitada, 1991. P. 293.

³⁹⁸ MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Autonomia e Frustração da Tutela Penal*. São Paulo, Saraiva: 2015. P. 88.

³⁹⁹ TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 372.

⁴⁰⁰ TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. P. 293.

⁴⁰¹ ORDEIG, Gimbernat. *Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida*. Revista de Derecho Penal y Criminología, N.º Extraordinario 2, 2004. P. 77.

⁴⁰² ROXIN, Claus. *Sobre a Discussão Acerca da Heterocolocação em Perigo Consentida*. P. 129.

No âmbito formal, essas questões abrem o espaço para construções que pretendem utilizar fundamentos político-criminais para compreensão do comportamento do portador do bem. A partir de institutos normativos, de perfil liberal, novas construções propõem a valoração objetiva do comportamento da pessoa no fato punível, ampliando o alcance da expressão da autonomia pessoal, agora exposta em um comportamento *autorresponsável* daqueles que se lançam voluntariamente em situações de perigo.

6.3.1 A incompreensão do comportamento da vítima como elemento que influi na tipicidade penal

No *Caso da heroína*, o Tribunal Alemão condenou o ator por homicídio culposo, pois: “Aquele que causar a morte de um viciado através da entrega de heroína é culpável por homicídio culposo, se sabe ou tem de contar que o viciado irá injetar o tóxico, e se sabia ou podia saber da substância entregue”⁴⁰³.

Já no *caso da corrida de motocicletas*, o BGH condenou o ator por homicídio culposo, por ter causado, com violação do dever de cuidado, a previsível e evitável morte do portador do bem, uma vez que foi capaz de criar um perigo que ultrapassa o risco geral do tráfego viário, e que se realizou no acontecimento ulterior⁴⁰⁴.

As decisões seguem o pensamento dogmático em que a imputação do resultado típico se esgota na compreensão do nexos de causalidade entre o comportamento violador do dever objetivo de cuidado e o resultado lesivo como fenômeno físico capaz de determinar o nexos de imputação. Como também desconsideram a possibilidade de valoração do comportamento do portador do bem como procedimento capaz influir no juízo de tipicidade penal, especialmente na existência do desvalor objetivo da conduta do autor.

⁴⁰³ BGH NSTz 1981, 350. Em: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁴⁰⁴ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. P. 355.

Utiliza-se da estrutura de imputação do tipo culposo coletando os seus elementos de modo descritivo e classificatório, sob o argumento da impossibilidade da *compensação de culpas*, para determinar a imputação do resultado em virtude da violação de dever objetivo de cuidado que, a partir de um nexo de imputação, que se esgota na apreciação da causalidade resulta em lesão a terceiro.

A compensação de culpas se analisa a partir de um viés fechado do procedimento dogmático para definição do fato punível. Parte da proposição de que o comportamento descuidado da vítima na proteção de seus bens, que coopera com a produção do fenômeno perigoso, não tem a capacidade de descaracterizar o *desvalor* do resultado produzido como consequência da violação do dever objetivo de cuidado de outros atores, uma vez que tal *desvalor* se refere a uma causação de resultado típico restrito à relação entre o ator e o sistema jurídico-penal.

A tese parte do argumento de que o comportamento da vítima não tem relevância material para descaracterizar o ilícito penal⁴⁰⁵. É o que defende Bitencourt ao afirmar que “não se admite a compensação de culpa em Direito Penal, ou seja, eventual culpa da vítima não exclui a do agente; elas não se compensam.”⁴⁰⁶ Posição seguida por Damásio de Jesus, pois “a compensação de culpas, que existe no Direito Privado, é incabível em matéria penal. Suponha-se um crime automobilístico em que, a par da culposa conduta do agente, concorra culpa da vítima. A justificativa para a incompreensão da influência do comportamento da vítima no desvalor da ação do autor está na limitação do tipo objetivo ao nexo de imputação que se esgota na causalidade, pois “a teoria da equivalência dos antecedentes causais, adotada pelo nosso Código Penal, não autoriza outro entendimento”.⁴⁰⁷

⁴⁰⁵ O comportamento imprudente da vítima não tem o condão de excluir a responsabilidade penal do agravante, visto que seu comportamento também foi imprudente. Essa condição deve ser valorada na análise das circunstâncias judiciais para a individualização da pena do agravante. O comportamento da vítima não afasta a responsabilidade penal do agravante pelo sinistro porque não é admitida a compensação de culpas no Direito Penal. IN: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (STJ: AREsp 951249 PR 2016/0184000-2). *Jurisprudência*. Relator: Rogerio Schietti Cruz.

⁴⁰⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 387.

⁴⁰⁷ *Idem*.

A *teoria da equivalência dos antecedentes causais*, adotada pelo Código Penal brasileiro não determina a impossibilidade da adoção de um nexo de imputação normativo. A dogmática penal atual é uma ciência e não apenas um saber legal, como diz Luís Greco, “De uma tal perspectiva, a decisão do legislador não significa o fim, e sim o início da filosofia, cuja tarefa passa a ser descobrir se essa decisão está arrimada apenas na *autoritas* do poder de quem decide, ou também na *veritas* das razões que a justificam”⁴⁰⁸.

O nexo de imputação normativo, a partir da teoria da imputação objetiva não despreza ou suprime a relação causal entre a ação e resultado nos crimes materiais, ou seja, o nexo de imputação é um filtro ao nexo de causalidade na determinação do resultado objetivamente típico.

A vedação da valoração do comportamento da vítima como critério capaz de influir na tipicidade da ação do autor sob o fundamento da impossibilidade de compensação de culpas parte de uma descrição formal e abstrata do comportamento dos atores que compõem um fenômeno perigoso, não alcançando a diversidade presente na relação entre o autor e vítima, em que o comportamento descuidado da vítima pode representar múltiplas formas de expressão que demarcam ou não a presença de sua *autorresponsabilidade*, ou seja, a compensação de culpas não diferencia o desnível sociológico e jurídico existente entre o resultado que se produz por um perigo desenvolvido pela vítima e aquele em que tal produção decorre de um perigo de terceiro, ainda que conte com o comportamento descuidado da vítima.

6.3.2 Solução de impunidade nos casos de *participação em autocolocação em perigo*

O caso da *entrega da heroína* é tomado como *liding case* na mudança de orientação da jurisprudência alemã sobre a proposta de solução aos casos de participação em *autocolocação em perigo*. Trata-se da introdução de uma proposta valoração da

⁴⁰⁸ GRECO, Luís. *Dolo sem Vontade*. IN: <http://docplayer.com.br/56842898-Dolo-sem-vontade-luis-greco-i-consideracoes-introdutorias.html>. Acesso em 01 de junho de 2019. P. 01.

imputação objetiva do resultado a partir de uma abordagem racional da função da proibição penal.

O desenvolvimento da solução de imputação para os casos de *participação em autocolocação em perigo* tem suporte no fundamento formal que se vale da teoria do concurso de pessoas com foco no instituto da participação, bem como da impunidade da participação dolosa em suicídio no sistema penal alemão. A solução também busca amparo ao recuo da proibição através do fundamento material em atenção à *autorresponsabilidade* do portador do bem ofendido.

A decisão do BGH em face do caso da entrega de drogas apresentou uma abertura inicial à utilização da *autorresponsabilidade* dos atores que voluntariamente assentiram e participaram do fato arriscado como fundamento ao recuo da proibição penal. Segundo o Tribunal: “*Autocolocações em perigo* realizadas e queridas de modo responsável não se enquadram no tipo de lesões corporais ou homicídio, ainda que o risco que conscientemente se corre realize-se em um resultado [...]”⁴⁰⁹. A decisão modificou o entendimento firmado pelo próprio Tribunal, que antes defendia que “Quem mediante o fornecimento de heroína, causa a morte de um dependente de heroína, responde por homicídio negligente quando conhece, ou com isso tem que conta, que o dependente se injeta com a heroína, ou quando saiba ou possa ter sabido da *perigosidade* do produto fornecido.”⁴¹⁰

No caso do oferecimento de substância entorpecente, o acórdão do STJ não enfrenta o problema do comportamento da vítima como elemento capaz de interferir na permissividade da conduta do autor, resolvendo a questão a partir do juízo de probabilidade e do princípio do *in dubio pro reo*: “a probabilidade do acusado haver fornecido a droga à vítima não anula a probabilidade da vítima já tê-la consigo e dela feito uso, sem o concurso do acusado.”

⁴⁰⁹ ROXIN, Claus. *A Teoria da Imputação Objetiva*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 38, p. 11-31, Abril de 2002. P. 357.

⁴¹⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Editora Coimbra, 1991. P 274.

O novo posicionamento do Tribunal Federal Alemão, sobre o caso da entrega de drogas, no entanto, para além de ressaltar o comportamento querido e *autorresponsável* dos atores, recusa a vinculação do comportamento dos atores que cooperam a uma *autocolocação em perigo* da vítima aos tipos de homicídio e lesão corporal. A partir desse fundamento, é possível ultrapassar as considerações que determinam a imputação objetiva do resultado através exclusivamente da valoração formal da violação do dever objetivo que se vincula causalmente a um resultado.⁴¹¹ O BGH reconhece, nesse sentido, que se trata de um problema que não se resolve a partir da causalidade, mas do incremento de um nexo de imputação.⁴¹²

6.4 ARGUMENTO DA PARTICIPAÇÃO: A ATIPICIDADE DO SUICÍDIO E O PRINCÍPIO DA ACESSORIEDADE

No *caso do gelo quebradiço*, o Tribunal Superior Alemão, BGH, considerou impunível a conduta do autor *A* com fundamento no argumento da participação. Em síntese, considerou que a participação culposa de um suicídio não é punível, uma vez que a participação dolosa não constitui fato penalmente proibido.

Roxin parte do fundamento da impunidade da participação dolosa em suicídio no sistema penal alemão para solucionar os casos em que atores cooperam a uma colocação em perigo de outrem⁴¹³. São causações que realizam o risco juridicamente proibido, representáveis no resultado, mas que não se encontra no alcance dos tipos de lesão corporal ou homicídio⁴¹⁴. O que se considera é que se os tipos penais de lesão corporal ou homicídio proíbem o comportamento de causar lesão ou matar

⁴¹¹ “A expressão da imputação, por si só, tem uma conotação de juízo de valor, revelando que um resultado não será imposto ao autor apenas a partir da relação de causalidade entre a ação e o resultado.” IN: MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Autonomia e Frustração da Tutela Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁴¹² ROXIN, Claus. *A Teoria da Imputação Objetiva*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 38, p. 11-31, Abril de 2002. P. 366.

⁴¹³ ROXIN, *Op. Cit*, 2002. P. 354.

⁴¹⁴ TAVARES, *Op. Cit*, 2002. p. 292-293. Em sentido crítico: MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Autonomia e Frustração da Tutela Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 93-94. PRADO, Luiz Régis. CARVALHO, Érika Mendes de. *Teoria da Imputação Objetiva do Resultado*. Uma aproximação crítica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. P. 111-118. GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 67.

outrem, então, não se amoldam os tipos em que estão comportamentos *autorresponsáveis* da vítima que causa lesão ao seu próprio bem⁴¹⁵.

A *participação em autocolocação em perigo* é impunível conforme considerações que se vinculam a compreensão da unidade normativa sistema jurídico penal. A partir aferição da tipicidade objetiva do comportamento dos atores inseridos no risco, direcionada por um viés formal de contraposição sistêmica entre os casos de *autocolocação em perigo* e a *autolesão*, o fundamento da impunidade resulta do argumento *a maiore ad minus* ou argumento formal, que parte de uma ponderação e diferenciação entre o potencial lesivo da exposição ao perigo e a realização da própria lesão. “Com efeito, se o mais (*a autolesão*) pode ser realizado sem punição, com maiores motivos se deve deixar impune o menos (*a autocolocação em perigo*).”⁴¹⁶

O argumento proposto por Roxin é sustentado na impunidade das formas de autolesão, que não se observam como objeto de proibição do sistema penal alemão. A proibição avoca a proteção do bem como garantia da expectativa da manutenção espaço social necessário à sua fruição da liberdade, nesse sentido, a autolesão não representa uma violação da norma que frustra a expectativa sistêmica ao gozo de bens e, assim, não deve ser punível⁴¹⁷. Como a participação tem o caráter acessório na construção normativa da imputação, então, para sua proibição, necessita no mínimo de um fato principal típico.

Assim, a participação dolosa em autolesão não é punível, em virtude do caráter acessório da participação⁴¹⁸. Considerando a excepcionalidade do crime culposos,

⁴¹⁵ Nesse sentido, “O fim de proteção da norma não abrange tais casos; o alcance do tipo não chega a tais resultados”. ROXIN, *Op. Cit.* 2002. P. 354. No alcance do tipo “importam especialmente os casos decorrentes da autocolocação em perigo, da colocação em perigo alheia e dos submetidos ao âmbito de responsabilidade de outrem.” TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁴¹⁶ ROXIN, *Op. Cit.* , 2002. p. 354.

⁴¹⁷ Considerando o caráter acessório da participação, que, para ter relevância jurídico-penal requer adesão a um comportamento no mínimo típico, (*princípio da acessoriedade*), não se deve punir a participação em autolesão por ser um comportamento atípico.

⁴¹⁸ “Art. 31 - O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado.” Em: BRASIL. Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 19 de nov de 2018.

modalidade de imputação normativa que representa menor desvalor do fato⁴¹⁹ e requer proibição específica, só é punível se previsto em lei⁴²⁰: a ausência de determinação legal conduz à impunidade de participação culposa em suicídio⁴²¹. Se a participação em autolesão, que representa um fato mais lesivo, não é punível, a participação em *autocolocação em perigo* também não será.

O homicídio, ato de retirar a vida de outrem, possui uma modalidade culposa, mas não se confunde com o suicídio, ato de retirar a própria vida. Nesse sentido, a valoração dos casos de participação culposa em suicídio também não deve ser reconduzida ao juízo de tipicidade com base na proibição do homicídio culposo, uma vez que o âmbito do tipo de homicídio não alcança resultados decorrentes da ação contra a vida realizada pelo próprio portador do bem⁴²².

O tipo penal deve se limitar ao risco criado ao valor protegido pela norma, o resultado proibido e suas consequências. A partir de uma interpretação teleológica dos tipos, a proibição de matar no tipo de homicídio tem por fundamento a proteção da vida de ataques que representem alteridade, nesse sentido: vida enquanto bem jurídico que fundamenta a proibição de matar tem em seu conteúdo o respeito à *autorresponsabilidade* do portador sobre o bem.

O ator lesado, no suicídio, retira a vida querendo fazê-lo, na *autocolocação em perigo*, tal ator causa a sua própria morte de modo imprudente. Nesse caso, o suicídio representa um comportamento conhecido e querido de morte, abarcado pela vontade do ator lesado, enquanto na *autocolocação*, o ator, ainda que conheça o risco, não quer a própria morte.

⁴¹⁹ “O dolo nada mais é que um caso especial de culpa”. Conforme: PUPPE, Ingeborg. *A Distinção entre Dolo e Culpa*. Tradução: Luís Greco. Barueri: Manole, 2004. P. 09.

⁴²⁰ Art. 18, Parágrafo único, do Código Penal. “Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.” BRASIL. Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 19 de nov de 2018.

⁴²¹ Nesse sentido, o Tribunal Federal Alemão reconhece que não se deve punir culposamente um comportamento se a sua causação dolosa não for proibida (BGHSt 24, 342).

⁴²² Nesse sentido, ORDEIG, Gimbernat. *Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida*. Revista de Derecho Penal y Criminología, N.º Extraordinario 2, 2004. P. 88.

O Brasil mantém a proibição penal da participação em suicídio como conteúdo do programa político criminal de proteção à vida. O artigo 122 do Código Penal brasileiro tem como alcance da proibição a conduta do ator que dolosamente instiga, induz ou auxilia a ação dolosa do portador do objeto material, voltada a retirar a sua própria vida. Nesse sentido, não se adequa ao tipo do artigo 122 a participação dolosa em *autocolocação em perigo*, em que o resultado morte não decorre do dolo, mas da imprudência do portador do bem que conduz o perigo.

A participação culposa em suicídio (comportamento doloso da vítima), que representa um comportamento mais grave e diverso da *autocolocação em perigo* (comportamento imprudente da vítima), representa um menor grau de desvalor e menor potencial lesivo do comportamento do portador do bem. Se a participação culposa em um suicídio, que representa um mais, é impunível, a participação culposa em *autocolocação em perigo*, que representa um menos, também deve ser. Logo, a partir de uma análise formal, a participação em *autocolocação em perigo* não deve ser punível, uma vez que não se amolda ao tipo de homicídio culposo, tampouco pode se subsumir ao auxílio, instigação ao suicídio, que é crime doloso⁴²³.

6.5 LIMITES AO ARGUMENTO FORMAL DE IMPUNIDADE NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

O fundamento formal encontra limites para fundamentar a impunidade da *participação em autoexposição da vítima em perigo* no sistema penal brasileiro⁴²⁴, que proíbe periclitacão da vida e da saúde no Capítulo III do Título dos Crimes contra a pessoa. Nesse âmbito, o artigo 132 do Código Penal Brasileiro pune o perigo para a vida ou saúde de outrem, em que a proibição se destina a exposição da vida ou da saúde a

⁴²³ “No que toca ao autoperigo, o Código penal não prevê qualquer forma de incriminação quanto aos partícipes. Se a Lei não incrimina a participação dolosa no autoperigo, isto é, na ação de por em perigo a própria vida, não poderá incriminar a participação nos resultados eventualmente decorrentes dessa ação de autoproteção. Assim, pode-se concluir que, por mais reprovável, sob o ponto de vista moral e até jurídico, a ação não se inclui no alcance do tipo de homicídio, quer doloso, quer culposo.” TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal...* p. 293.

⁴²⁴ “[...] ele só exclui a possibilidade de punir a participação culposa em uma autocolocação em perigo, e não a possibilidade de que se trate de verdadeira autoria”. GRECO, Luís. *Um panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 69.

perigo direto ou iminente⁴²⁵. Casos de *participação em autocolocação em perigo*, como o da *corrida de motocicletas*, ainda que fora do alcance do tipo de homicídio culposo poderiam ser alcançados pela proibição voltada a exposição dolosa ao perigo.

Nesse caso, a participação dolosa em *autocolocação em perigo* será punível, no mínimo, conforme o crime do artigo 132 do Código penal. A solução pela via da imputação objetiva do resultado limita a solução de impunidade nos casos semelhantes ao da corrida de motocicletas no Brasil, quando é possível se imputar a responsabilidade a título de dolo eventual, pois, desconsiderando a imputação em virtude da ausência do desvalor do resultado, permanece o *desvalor da ação*.

O ajuste da solução de impunidade nos casos de participação em *autocolocação em perigo* no direito penal brasileiro requer a compreensão da função da ação como primeiro filtro e limite à extensão dos tipos penais nos crimes de resultado. Se se considerar o comportamento da vítima como critério capaz de desagrar o *desvalor* da ação, a conduta passa a ser permitida e, conseqüentemente, não ajustada ao tipo de homicídio, bem como ao de perigo, pois o direito penal não visa proibir qualquer comportamento perigoso, mas aqueles não permitidos.

Limite que também se expõe em face da norma de extensão de responsabilidade pela omissão impropria que decorre do artigo 13, §2º, do Código Penal. Através do princípio da ingerência, que deriva da alínea “c” do referido dispositivo, a responsabilidade pela lesão é atribuível a quem tem o dever de evitar o resultado que decorre do risco criado pelo seu comportamento anterior⁴²⁶, como no caso do *gelo quebradiço*.

⁴²⁵ **Perigo para a vida ou saúde de outrem.** Art. 132 - Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente: Pena - detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave. Parágrafo único. A pena é aumentada de um sexto a um terço se a exposição da vida ou da saúde de outrem a perigo decorre do transporte de pessoas para a prestação de serviços em estabelecimentos de qualquer natureza, em desacordo com as normas legais. Em: BRASIL. Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 19 de nov de 2018.

⁴²⁶ **Relevância da omissão.** Art. 13. [...] § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: [...] c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. BRASIL. Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 19 de nov de 2018.

Nesse sentido, nos casos de participação em *autocolocação em perigo* referente ao comportamento do ator que entrega drogas à vítima, enfrentado pelo STJ, TS e BGH, Roxin critica que, apesar de negar a imputação em virtude da participação em *autocolocação em perigo*, o Tribunal alemão atribui a responsabilidade aos atores que contribuem ao fenômeno perigoso por homicídio culposo por omissão “uma vez que ele [o ator que entrega a droga] não tinha chamado o médico quando o usuário entrou em estado de inconsciência”⁴²⁷. O que leva, através de um rodeio, a voltar atrás à solução de impunidade daquele que participa de uma *autocolocação em perigo*⁴²⁸.

O fundamento à imputação da responsabilidade em face do tipo de homicídio é a mesma tanto no comportamento comissivo quanto no omissivo. Considerar a ausência do nexo de imputação do resultado ao comportamento do ator que entrega a droga, em virtude do comportamento da vítima, e após afirmar a atribuição da responsabilidade pela omissão é uma contradição, pois tanto na ação quanto na omissão o tipo objetivo segue a realização de um perigo proibido.

Juarez Tavares defende que nesses casos, diversamente da proposta de Roxin, de uma solução politicamente ajustada ao crime de tráfico, o comportamento da vítima deve excluir a extensão do dever especial de garantidor. Não sendo possível a punição do homicídio pela omissão, ainda que reste a imputação ao crime de omissão de socorro. Nesse sentido, para Tavares, se o comportamento da vítima exclui o nexo de imputação, “essa mesma situação de a vítima se haver *autocolocado em perigo* deverá excluir a extensão do dever especial de garantidor, que havia sido gerado com a atividade anterior do cedente, criadora do perigo.”⁴²⁹

As soluções propostas por Roxin e Tavares são politico-criminalmente ajustadas, mas se apresentam como um *dialelo* dogmático, pois não trazem as razões sobre o fundamento da ausência da extensão da responsabilidade do tipo de homicídio culposo ao cedente da droga em virtude do comportamento da vítima. A questão é

⁴²⁷ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. P. 359

⁴²⁸ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 359-360.

⁴²⁹ TAVARES, Op. Cit., 2009. P. 373

que não se trata de uma questão de imputação, como justifica Roxin, tampouco de causalidade, como sustenta Tavares.

O artigo 13, §2º, alínea c, traz o dever de garantidor pela ingerência. Nesse sentido, aquele que produz o perigo tem o dever de evitar o resultado. Como o direito penal em um Estado Democrático de Direito não tem a missão de evitar todo tipo de perigo, mas apenas aqueles juridicamente não permitidos, então, para extensão da responsabilidade pela ingerência, o perigo criado pelo agente deve estar fora do âmbito de permissividade do risco.

Nesse caso, não há a extensão da responsabilidade pela ingerência ao cedente da droga porque o comportamento da pessoa que voluntariamente e consciente dos riscos consome a droga, faz do risco inerente ao ceder a droga um fenômeno que não desaprova a conduta de quem auxilia na *autocolocação em perigo*. Não há o dever pela ingerência pela ausência de uma anterior causação de um perigo proibido, e ninguém se torna responsável por homicídio culposo por omissão ao realizar um risco permitido.

As dificuldades em transladar a solução de impunidade sustentada a partir de aspectos lógicos de outros ordenamentos ao sistema penal brasileiro resulta da insuficiência da descrição causal do fato perigoso para determinar a existência da participação em *atuocolocação em perigo*. Assim como, da inadequação do argumento formal, vinculado à punição da autolesão, com via satisfatória à resolução do problema. “A síntese do pensamento de Roxin que, apesar da aparente linearidade, vale apenas como um dos possíveis pontos de chegada de um dos discursos problematicamente mais densos e inseguros da dogmática penal.”⁴³⁰

A insuficiência e inadequação metodológica da solução proposta pela teoria da imputação do resultado indica a necessidade de aprimoramento das construções com foco na funcionalização das categorias do delito, especialmente a ação. Considerando a finalidade que deve cumprir o sistema penal no sistema jurídico e social em que se vincula. A partir dessa compreensão, a suficiência na delimitação dos casos de

⁴³⁰ ANDRADE, *Op. Cit.*, 1991. P. 276.

autocolocação em perigo se vincula menos a uma valoração ontológica da participação que a uma construção normativa da ação dos atores envolvidos no fato lesivo.

O reconhecimento da *participação em autocolocação em perigo* como um instituto que evidencia um problema que necessita de um tratamento autônomo, e a perspectiva de solução através da restrição teleológica dos tipos representa um significativo avanço à teoria do delito. É preciso evidenciar, no entanto, que o problema da *autocolocação em perigo* pede ao argumento da participação muito mais do que ele pode dar⁴³¹, a solução se torna mais adequada com a apreensão de critérios normativos como aqueles que partem de princípios que vinculem o viés político-criminal à realidade do direito penal no país, ou seja, como instrumento de dominação⁴³² o que requer da dogmática penal seja um instrumento de limitação da manifestação punitiva, em que a permissividade da ação se demonstra como primeiro e essencial limite.

Nesse sentido, *o alcance do tipo ou fim de proteção da norma* não é o instituto dogmático adequado para inserção da solução aos casos de *participação em autocolocação em perigo* pelo *argumento da participação*. A ausência de adequação do comportamento ao tipo, conforme a impossibilidade de subsunção do fato à norma e, especialmente da ação ao conteúdo do tipo proibido leva à atipicidade da conduta daquele que contribui a uma *autocolocação em perigo*.

O pensamento lógico de uma teoria não deve contrastar com os princípios que orientam um direito penal liberal, nesse caso, o respeito à legalidade e à preservação da liberdade, que dão substrato às estruturas do sistema dogmático e atribui unidade à função do sistema do sistema penal. Desconsiderar o efeito negativo ou limitativo da conduta típica nos casos de *participação em autocolocação em perigo*, e deslocar o juízo normativo ao âmbito do resultado, é considerar o *desvalor* de um comportamento não previsto na norma incriminadora como componente relevante à

⁴³¹ *Ibid.* P 278.

⁴³² COSTA, Lucas Gabriel S. *O direito penal como instrumento de controle social do método ideológico de dominação*. IN: Criminologias e política criminal [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS; Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Bartira Macedo Miranda Santos, Marília Montenegro Pessoa De Mello – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

contramotivação exercida através da pena, o que agrava inadequadamente espaços de liberdade em face à ausência da necessidade de proibição penal.

6.6 FUNDAMENTO MATERIAL: LIMITES À CONCREÇÃO DO *PRINCÍPIO DA AUTORRESPONSABILIDADE*

Com a insuficiência do *argumento formal* para justificar a impunidade nos casos de *participação em autocolocação em perigo*, parte da doutrina toma o *princípio da autorresponsabilidade* como fundamento material reitor da interpretação do tipo de risco correspondente ao âmbito de proteção determinado pelos tipos penais.

O princípio é um referente sistêmico, atributivo, dos efeitos da autonomia pessoal que fornece o conteúdo para justificar a não imputação objetiva do resultado nos casos de *participação em autocolocação em perigo*. No Direito Penal alemão, em que não se pune a participação dolosa em suicídio, o argumento formal da exclusão da imputação nos casos de participação em *autocolocação em perigo* com resultado morte seria reflexo imediato da materialização do *princípio da autorresponsabilidade*.

Nesse sentido, Wolfgang Frisch e Bernd Schünemann chegam a dispensar o *argumento formal da participação*, partindo da decisão de impunidade, pois com base na *autorresponsabilidade* da vítima deixam de existir fundamentos que justifiquem a limitação da liberdade de ação dos atores que integram o fenômeno lesivo⁴³³.

Wolfgang Frisch parte de uma correlação entre a necessidade de proteção e a manutenção dos espaços de liberdade, defende que, por exemplo, no caso *da entrega de drogas*, a impunidade estaria na negação de um risco juridicamente desaprovado⁴³⁴. Assim, a verdadeira razão para não imputação do resultado está na “posibilidad de que tras la entrega de cosas, informaciones, etc., como consecuencia del mal uso que ellas hace el sujeto que las recibe, acabe provocando el menoscabo

⁴³³ ROXIN, *Op. Cit.*, 2002. P. 354.

⁴³⁴ Vale ressaltar que Wolfgang Frisch desenvolve o conceito de conduta típica. Considera que o nível da conduta precede ao nível da imputação objetiva do resultado, mas no âmbito da *exposição da vítima ao perigo* parte da *autorresponsabilidade* para determinar a impunidade sem expor os desníveis normativos entre a *autoexposição a perigo* e a *exposição a perigo alheio*, bem como não desenvolve os critérios que orientam a prevalência da responsabilidade da vítima pelo curso do fato perigoso.

de los propios bienes del receptor.”⁴³⁵ Nesse caso, não ocorre a criação de um risco desaprovado que fundamente a imputação do resultado, pois tal risco se produz por um comportamento *autorresponsável* da vítima, de modo que o curso lesivo surge como uma colocação em perigo da vítima⁴³⁶.

O princípio da autorresponsabilidade abre espaço para reconstrução normativa de caminhos de solução à impunidade em sistemas penais como o brasileiro e o espanhol que punem a participação dolosa em suicídio. O argumento da participação cede espaço ao princípio que corrige o processo de imputação do resultado para que a punição, como afirma Greco, “não transforme o autor, de modo estranhamente paternalista, em *tutor* da integridade de uma pessoa adulta”.⁴³⁷

Essa *tutela*, que critica Greco, entretanto, permanece quando um ator tiver uma responsabilidade que deriva do dever de cuidado sobre outras pessoas. Por isso, não haverá uma participação em *autocolocação em perigo* impunível nos casos em que o trabalhador se lança em uma atividade laborativa perigosa sem o uso dos equipamentos de segurança não fornecidos pelo empregador. O STJ, seguindo esse entendimento, manteve a condenação por homicídio culposo dos administradores de uma Usina que deixaram de adquirir, fornecer e determinar o uso de Equipamentos de Proteção Individual aos empregados encarregados da queima da palha de cana-de-açúcar e conseqüentemente, dois dos funcionários designados para a citada queima, sofreram acidente no trabalho, queimaduras pelo corpo, as quais pela gravidade, resultaram na morte de ambos⁴³⁸.

Ainda que o empregado conheça o perigo e os riscos, a conduta do empregador continua a ser penalmente proibida, pois este possui uma maior responsabilidade que decorre da sua competência em evitar a lesão que decorre do perigo de sua

⁴³⁵ FRISCH, Wolfgang. *La imputación objetiva del resultado: desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas*. Estudio preliminar de Ricardo Robles Planas. Tradução: Ivo Coca Vila. Barcelona: Atelier, 2015. P. 74.

⁴³⁶ FRISCH, Wolfgang. *A imputação objetiva: Estado da questão*. ROXIN, Claus. JAKOBS, Günther. SCHÜNEMANN, Bernd. FRISCH, Wolfgang. KÖHLER, Michael. Sobre o Estado da Teoria do Delito. Madrid: Civitas, 2000. P. 27-28.

⁴³⁷ GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 67.

⁴³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (STJ: RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 78.936 – MG). *Jurisprudência*. Relator: Min. Feliz Fischer.

organização. Roxin critica, apoiado na decisão do OLG Naumburg, que a responsabilidade pelos bens de terceiro se sobrepõe à *autorresponsabilidade* deste terceiro, ou seja, o empregador tem a responsabilidade pela segurança da empresa e da atividade dos funcionários. A afirmação está correta, mas, sem o fundamento, esgota-se como *topoi*. A questão a se perguntar é porque o empregador tem a responsabilidade prevalente em face à *autorresponsabilidade* da vítima que se lança no perigo, ainda que esta tenha a plena consciência do risco.

A resposta está na responsabilidade como encargo atribuída ao empregador. O empregado cede parte de sua liberdade à atividade empresarial e, em face a essa parcela de liberdade cedida, aquele que tem o poder de mando na atividade empresarial assume a responsabilidade pela orientação da atividade exercida pelo trabalhador, como também sobre a preservação de sua vida e da integridade física nos limites da relação de trabalho que os vincula. O empregador tem o poder de mando e, em face do encargo assumido, possui o dever de cuidar e proteger o trabalhador.

O poder confiado ao empregador, pois, faz com que ele possua uma responsabilidade prevalente face à *autorresponsabilidade* daquele que confia. Nesse caso, o trabalhador, apesar de enfrentar o fato perigoso por conta própria, está submetido aos riscos inerentes à atividade do empregador. Nesse caso, a imputação não se afirma unicamente pela conexão de um nexos normativo que sustenta a responsabilidade prevalente do empregador, mas se faz necessário demonstrar *a priori* a causalidade entre o dano sofrido pelo empregado e a ausência do cuidado devido pelo empregador⁴³⁹.

Considerando a *autorresponsabilidade* como fundamento material à impunidade do ator que provoca, favorece ou motiva a *autocolocação em perigo*, para Dölling a participação será impunível quando a vítima atua de modo esclarecido quanto à dimensão dos perigos a que se expõe e estando disposto a assumi-los livremente,

⁴³⁹ A Causalidade não é suficiente para determinar a imputação jurídico-penal, mas a imputação normativa não descarta a existência da causalidade. Nesse sentido: COSTA, Lucas Gabriel S. *Heterocolocação em Perigo Consentida em condutas imprudentes de trânsito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. P. 95 e seguintes.

pois, nesse caso, o portador do bem “morre por suas próprias mãos e ultrapassa por suas próprias forças o limiar entre a vida e a morte”⁴⁴⁰.

Claro que a solução de impunidade pede que a vítima possua o mesmo conhecimento sobre o risco que outros atores presentes na jornada perigosa. Por exemplo, um grupo de pessoas se reúne para comungar uma substância para fins religiosos, como o *chá do Santo Daime* ou *Ayahuasca*⁴⁴¹, que possui *dimetiltriptamina* (DMT), sendo que as pessoas que cedem a substância possuem um conhecimento qualificado sobre o potencial lesivo da mesma.

Nesse caso, o uso da substância para fins terapêuticos e religiosos é permitido no Brasil, conforme as Resoluções nº 01 e nº 05 do Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas – CONAD. No entanto, o relatório final do Grupo multidisciplinar de trabalho – GMT – Ayahuasca, publicado no anexo da resolução nº 01 do CONAD, afirma no parágrafo 44, o dever de informar e o direito de informação sobre as circunstâncias e condições do uso da substância⁴⁴².

Se, nesse caso, os cedentes oferecem às pessoas uma quantidade acima da permitida, ou com um tipo de substância com o nível lesivo maior pelo grau de pureza e concentração, circunstância não conhecida pelo usuário, e este vem a óbito, não há que se falar em participação em *autocolocação em perigo* impunível, ainda que a pessoa lesada venha a ingerir a substância com as próprias mãos, pois a vítima não possui a plena consciência do risco que enfrenta.

O cedente da substância terá geralmente, por sua experiência, um maior conhecimento que o usuário sobre os efeitos que decorrem da ingestão da substância. Não se trata aqui de uma equivalência de conhecimento natural que adquire pela

⁴⁴⁰ ANDRADE, *Op. Cit.*, 1991. P. 274.

⁴⁴¹ Resoluções nº 01 e 05 do Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas – CONAD. O chá Ayahuasca é o produto da decocção do cipó *Banisteriopsis caapi* e da folha *Psychotria viridis* e seu uso é restrito a rituais religiosos, em locais autorizados pelas respectivas direções das entidades usuárias, vedado o seu uso associado a substâncias psicoativas ilícitas.

⁴⁴² Anexo da Resolução nº 01, Parágrafo 44. Antes de ingerir pela primeira vez, o interessado deve ser informado acerca de todas as condições que se exigem para o uso da Ayahuasca, conforme a orientação de cada entidade. Uma entrevista prévia, oral ou escrita, deve ser realizada no sentido de averiguar as condições do interessado e a ele devem ser dados os esclarecimentos necessários acerca dos efeitos naturais da bebida.

experiência, o que levaria o cedente a ter uma responsabilidade plena e ilimitada sobre toda forma de perigo e lesão enfrentadas pelas pessoas que usam a substância.

É necessário, de outro modo, que se prestem informações que esclareçam sobre as contraindicações, os riscos conhecidos e previsíveis sobre o uso. Desse modo se, após esclarecimento, com o conhecimento do risco e a possibilidade objetiva de, no curso do perigo, evitar o resultado, o usuário ingere a substância por suas próprias mãos, o comportamento do cedente não contém um risco proibido capaz de materializar os tipos de homicídio ou lesão no caso de morte ou ofensa à saúde do usuário.

Considerar o comportamento do cedente como proibido é um dos possíveis resultados da valoração penal, mas não esgota as possibilidades de demarcação penal da ação objetivamente típica em face do perigo proibido. É possível, pois, que o curso de uma ação social perigosa seja decorrente do infortúnio ou da própria *responsabilidade* da vítima, o que desonera o espaço de liberdade social do autor.

Um outro exemplo é o de pessoas que se submetem às intervenções médico-cirúrgicas clandestinas, realizadas a partir de procedimentos com especial perigo à vida, bem como com a utilização materiais nocivos à saúde, como nos casos de procedimentos voltados à modelação estética corporal com a utilização de silicone industrial. O comportamento daquele que cede o produto à vítima, como o vendedor do produto, que não possui o conhecimento específico sobre a atividade a realização da atividade, não deve ser punido pelo uso inadequado da vítima: nesse caso, é cabível a aplicação da proibição de regresso. Situação distinta do médico que, possuindo conhecimento específico sobre a lesividade da substância, realiza o procedimento, ainda que assentido pela vítima. Aqui haverá a exposição consentida a perigo criado por outrem, em regra punível.

Nas relações médicas, o esclarecimento sobre todos os riscos do procedimento, assim como dos efeitos sobre a utilização do fármaco, à saúde e à vida, é um pressuposto a um comportamento *autorresponsável* do paciente. Nesse caso, para além das informações prestadas pelo médico, é imprescindível que o paciente possua

a capacidade de compreender o conteúdo do perigo que reside na intervenção médica. Se o médico indica um medicamento ao paciente, por exemplo, e esse paciente morre de overdose pelo uso inadequado da substância, que tem o potencial lesivo à saúde e à integridade física, haverá uma participação em *autocolocação em perigo* impunível.

Do mesmo modo, a proibição penal, homicídio culposo por omissão, por exemplo, não alcança o comportamento do médico que não realiza o procedimento terapêutico em face à recusa do paciente, o artigo 15 do Código Civil⁴⁴³. A conduta será objetivamente proibida, no entanto, quando o médico assume o encargo que gera a responsabilidade de cuidar da vida do enfermo, quando este, em virtude de sua condição de saúde, não possui a capacidade de compreender os riscos da intervenção média, e de se manifestar pela descontinuidade do tratamento.

O paciente não deve ser submetido a tratamento médico contra a sua vontade. O Relatório de Belmont⁴⁴⁴ ressalta a importância da inclusão da vontade do paciente nas decisões sobre os procedimentos que recaem sobre a sua vida e saúde, no entanto, “a viabilização do princípio não ocorre de forma inquestionável, seja em razão das possibilidades de compreensão pela pessoa, seja pela maneira excessivamente formalizada como se presta a informação, dando-se como obtido o consentimento.”, como afirma Maria Auxiliadora Minahim.⁴⁴⁵

Se o direito penal tem no conhecimento um elemento intelectual mínimo necessário à imputação da responsabilidade penal ao autor, com maior razão, é necessário que o conhecimento da vítima sobre o risco seja requisito essencial para afirmar a sua *autorresponsabilidade* em face do perigo que resta em lesão. Se a responsabilidade é uma consequência da manifestação social da pessoa autônoma que coloca em

⁴⁴³ Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica. IN: BRASIL. Lei Nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. *Código Civil*. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 01 de maio de 2019.

⁴⁴⁴ Disponível em: <https://www.fhi360.org/sites/default/files/webpages/po/RETC-CR/nr/rdonlyres/ena7zwmzpxffu44jh4evwz55t2cm3xeg7kxwld3hjae6np2vynxn3dy5hg7tsjtaglwkz57zxrmo/belmontSP.pdf> Acesso em 01 de maio de 2019.

⁴⁴⁵ MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Autonomia e Frustração da Tutela Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 73.

curso a sua vontade a partir de uma ação, sendo que a vontade pressupõe conhecimento, então, só se pode afirmar que alguém é *autorresponsável* se possui o conhecimento de suas circunstâncias entanto um ser social.

A solução de impunidade requer que o fenômeno arriscado seja compreendido pela vontade das pessoas lesadas. O que importa, no entanto, em uma apreciação sistêmica, é o comportamento voluntário tomado por uma pessoa autônoma que produz o resultado, como defende Meliá ao atribuir a competência à vítima em face do princípio da *autorresponsabilidade*, independentemente do seu conhecimento sobre a situação de perigo. Em face dessa tese de impunidade, não interessa, como critica Maria Auxiliadora Minahim, “a idoneidade causal da instigação que animou à vítima, levando-a, finalmente, a tomar uma decisão pela realização da ação perigosa.”⁴⁴⁶

Nota-se que a utilização extremada do *princípio da autorresponsabilidade* toma o indivíduo, portador do bem, como um objeto necessário ao juízo normativo de imputação. A responsabilidade requer mais que um comportamento voluntário do portador do bem: a autonomia que dá suporte à *autorresponsabilidade* que fundamenta a impunidade dos casos de *participação em autocolocação em perigo* exige a presença de fundamentos que compreendam o indivíduo como um ser moral e social, não criado pelo direito penal. Isso pede que a atribuição de responsabilidade ao portador do bem seja condicionada à existência de sua ação.

Manoel da Costa Andrade afirma que a tese da impunidade dos casos de participação em *autocolocação em perigo* possui apoio consensual na doutrina e na jurisprudência, ainda que o bem sacrificado seja a vida.⁴⁴⁷ Esse consenso reafirma o ajuste político-criminal da impunidade da participação em *autocolocação em perigo*, considerando a necessidade de preservação dos espaços sociais de ação.

A proibição contida nos tipos, no entanto, manifesta-se como materialização do princípio da legalidade, fundamento do Estado de Direito. Nesse sentido,

⁴⁴⁶ MINAHIM, *Op. Cit.*, 2015. p. 93.

⁴⁴⁷ ANDRADE, *Op. Cit.*, 1991. p. 274.

considerando a natureza pública do Direito Penal (que decorre da responsabilidade por encargo do Estado na evitação *evitação* de lesões a bens essenciais), o princípio da *autorresponsabilidade* só pode ser tomado como um ponto de partida, não a linha de chegada como um esgotamento da argumentação sobre o fundamento da permissividade penal do comportamento daquele que coopera com a exposição da vítima ao fato perigoso.

6.7 CONCLUSÕES PRELIMINARES

A teoria da imputação objetiva cria umnexo normativo no âmbito do tipo objetivo capaz de limitar o espaço da proibição penal aberto pela teoria da equivalência dos antecedentes causais. Essa limitação amplia o rendimento do procedimento dogmático para compreender problemas que necessitam de uma abordagem contextual e normativa, como o comportamento da vítima que se expõe no fato perigoso como critério capaz de desagravar a liberdade de ação daquele que coopera para tal exposição.

A partir do viés funcional teleológico, Roxin propõe o critério do alcance do tipodolo como terceiro nível da teoria da imputação objetiva do resultado. O critério tem a finalidade de compreender de modo restritivo a matéria contida na proibição do tipo. Roxin desenvolve a participação em *autocolocação em perigo* como um instituto normativo em que trata de um grupo de casos em que o comportamento de autores que favorecem ou cooperam a uma autoexposição voluntária de outrem ao perigo não são alcançáveis pelos tipos penais de homicídio e lesão corporal.

Para sustentar a impunidade, Roxin se vale do argumento formal da participação em que partindo da impunidade da participação dolosa em suicídio no Direito Penal alemão. O argumento encontra dificuldade de se sustentar no Direito Penal Brasileiro, que pune a participação dolosa em suicídio.

A estrutura da imputação objetiva proposta do resultado, proposta por Roxin avança no tratamento dogmático da valoração do comportamento da vítima na dogmática penal, mas ainda são necessários ajustes para que as soluções equilibrem uma

resposta político criminalmente ajustada ao caso concreto com a racionalidade do pensamento dogmático: limite à intervenção punitiva. O comportamento da vítima desagrava a ação dos intervenientes no curso da autoexposição ao perigo.

Em face a insuficiência do argumento formal, a *autorresponsabilidade* da vítima se eleva como argumento material à solução de impunidade aos casos de participação em *autocolocação em perigo*. O princípio é o fundamento à atribuição da responsabilidade à vítima pelo fato lesivo, mas é preciso compreender o que justifica a ruptura dos espaços de proibição em seu nome.

CAPÍTULO 07

A VALORAÇÃO OBJETIVA DO COMPORTAMENTO VÍTIMA NA EXPOSIÇÃO ASSENTIDA A PERIGO DE OUTREM

7.3 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente capítulo analisa exposição assentida da vítima ao perigo de outrem, como um segundo nível de intervenção da vítima no fato perigoso. O que se busca é abordar criticamente os institutos normativos que se vinculam ao viés teleológico racional do delito e que propõem a valoração do comportamento da vítima a partir da referência do tipo penal à proteção subsidiária de bens jurídicos; bem como das construções que pretendem, por uma perspectiva normativo-sistêmica, definir o papel e competências da vítima no fato perigoso.

O ponto comum desses institutos normativos é a apresentação de soluções a partir da teoria da imputação objetiva. Essas soluções, em regra, agravam os espaços de liberdade ao desconsiderar a dogmática da ação como âmbito inicial de delimitação da ação típica por meio da valoração objetiva do comportamento do ator lesado no curso do perigo.

7.4A EXPOSIÇÃO ASSENTIDA A PERIGO DE OUTREM

A *exposição assentida da vítima ao perigo de outrem* forma um grupo de casos em que o ator lesado se coloca em uma situação de perigo que decorre de um risco não compreensível e evitável por suas próprias ações. O *teste de aceleração* é uma referência entre os casos em que o ator lesado assente na exposição ao fato arriscado desenvolvido por outrem.

Trata-se de um caso, analisado pelo BGH⁴⁴⁸, em que jovens realizavam uma corrida ilegal de automóveis. Durante a corrida, eles tentaram ultrapassar um terceiro carro que não participava do evento. Os carros dos jovens estavam com velocidade superior a 240 km/h, em um trecho em que a velocidade máxima era de 120 km/h. Um dos carros derrapou e capotou em virtude da manobra do condutor e os passageiros morreram.

No Brasil, um caso de *exposição assentida da vítima ao perigo de outrem* foi apresentado ao Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Foi um evento em que o condutor *permitia que a passageira se sentasse na janela do automóvel*, com parte de seu corpo para o lado externo, para que acenasse para transeuntes. Acontece que, ao se aproximar de uma região da avenida da cidade, a passageira assustou-se com uma ultrapassagem feita pelo condutor e pegou no volante do veículo. O condutor, que estava com os reflexos lentos por conta da ingestão de bebida alcoólica, puxou a direção para o lado contrário, quando perdeu o controle do automóvel, que bateu em uma guia de calçada e capotou. Em decorrência do acidente, a passageira, que não utilizava cinto de segurança, sofreu traumatismo de crânio e pescoço que ocasionaram a sua morte, já que foi parcialmente lançada para fora do automóvel e não utilizava o referido aparato de proteção⁴⁴⁹.

O problema dirigido à dogmática penal pelo fenômeno contido nos casos apresentados está na necessidade e adequação da punição dos condutores já que o

⁴⁴⁸ BGHSt, v. 53, p. 64. IN: ROXIN, Claus. *Sobre a Discussão acerca da Heterocolocação em Perigo Consentida*. IN: LEITE, Alair (org.). *Novos Estudos de Direito Penal*. São Paulo: Marcial Pons. 2014. P. 147.

⁴⁴⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça. (TJ-MS: 00129480720138120002 MS 0012948-07.2013.8.12.0002). *Jurisprudência*. Relator: Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

fato perigoso se produz com a intervenção do comportamento da vítima. A questão é que o não reconhecimento do comportamento da vítima que atua de modo relevante na configuração de fatos lesivos ao bem que porta gera um incremento automático na punibilidade do autor: *blaming the commiter*. De outro modo, se a relevância ao comportamento do portador do bem ofendido for excessiva, resultará em uma *culpabilização* injustificada da vítima⁴⁵⁰.

É um *dilema vitimodogmático*⁴⁵¹, como define Monika Formmel, pois ao desconsiderar o comportamento da vítima, o sistema jurídico-penal maximiza a punição do autor. De outro modo, atribuir a culpa à vítima por sua corresponsabilidade resultaria na criação de deveres de proteção a bens que prioritariamente se dirigiriam à vítima, o que levaria a inverter a relação do autor e da vítima na valoração jurídico-penal, e disso resultaria a imposição de medidas de autoproteção à população.

A *exposição assentida ao perigo de outrem*, no entanto, evidencia uma das faces desse dilema: a face compreendida por um grupo de casos em que a lesão e o perigo não são alcançáveis por um comportamento *autorresponsável* da vítima. São casos em que a *autorresponsabilidade* da vítima não se observa em todos os acontecimentos como fundamento material ao recuo da proibição penal, pois, diferentemente da *autoexposição da vítima ao perigo*, a responsabilidade é do terceiro que domina cognitivamente a situação de perigo.

Roxin⁴⁵² considera que os casos de *exposição da vítima a perigo de outrem* merecem análise autônoma por meio da figura da *heterocolocação em perigo consentida*⁴⁵³, analisada no âmbito do tipo objetivo a partir dos critérios da teoria da imputação

⁴⁵⁰ MELIÁ, Manuel Cancio. *Reflexiones sobre la "Victimodogmatica" em la Teoria de Delito*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. P. 38.

⁴⁵¹ FROMMEL, Monika. *Apud SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. La "Victimo-dogmática" en el Derecho Extranjero*. P. 107.

⁴⁵² "A Roxin assiste, com efeito, o mérito de, pela primeira vez ter chamado a atenção para esta categoria, singularizando-a naquele universo mais amplo de manifestações em que a denegação da imputação, por ultrapassagem do fim de proteção da norma, se prende diretamente com a intervenção do próprio ofendido no processo fático que desemboca na ofensa ao bem jurídico." IN: ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal. Contributo parra a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra: Editora Coimbra, 1991. P. 272. ROXIN, Claus. *Sobre a Discussão acerca da Heterocolocação em Perigo Consentida*. IN: LEITE, Alaor (org.). *Novos Estudos de Direito Penal*. São Paulo: Marcial Pons. P. 129.

⁴⁵³ ROXIN, Claus. *Sobre a Discussão acerca da Heterocolocação em Perigo Consentida*. IN: LEITE, Alaor (org.). *Novos Estudos de Direito Penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

objetiva do resultado. As respostas da dogmática penal aos casos de *exposición da vítima a perigo de outrem*, no entanto, são múltiplas, e algumas vezes desconexas, de difícil compreensão e de reduzida aplicação no caso concreto.

Stratenwerth, por exemplo, defende que são casos compreendidos na dogmática do consentimento, em que a solução, geralmente, alcança a ilicitude penal⁴⁵⁴. Schünemann, através da *vitimodogmática*, sustenta a necessidade de um *princípio vitimológico* a ser levado em consideração na valoração das categorias do delito⁴⁵⁵. Luzon Pena, por intermédio do *princípio da nocividade*, pretende negar a imputação objetiva do resultado⁴⁵⁶. Jakobs e Meliá analisam a exposição da vítima ao perigo como evento essencialmente normativo, não diferenciando entre *auto* e *heterocolocação*, resolvido pela imputação.

São propostas que não esgotam a análise do tema, mas que indicam a preponderância na colocação dogmática do problema *após a dogmática da ação*. Essa colocação é um ponto comum tanto no pensamento *ontológico-dedutivo* quanto no *axiológico-valorativo* sobre o comportamento da vítima na relação perigosa.

Apesar da apresentação de soluções em desprestígio à teoria da ação, ainda é este o elemento que expressa o sentido inicial (ontológico) da caracterização dos casos *heterocolocação em perigo consentida*. A ação estabelece o vínculo entre o sistema dogmático e a realidade social: uma relação importante, pois, a partir desse vínculo, como defendem Schünemann e Luís Greco, observa-se a *funcionalidade ou disfuncionalidade do sistema*⁴⁵⁷.

A demarcação do fenômeno da *heterocolocação em perigo* (que a diferencia de outros acontecimentos que necessitam de tratamento penal específico) parte da

⁴⁵⁴ STRATENWERTH, Günter. *Heteropuesta en Peligro Consentida en Conductas Imprudentes*. Disponível em: <http://www.indret.com/es/index.php>. Acesso em: maio de 2015.

⁴⁵⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudios de Derecho Penal*, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito. Vários tradutores. Coordenador: Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

⁴⁵⁶ 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. IN: Revista Nuevo Foro Penal Vol. 6, No. 74, enerojunio 2010, pp. 58-80, Universidad EAFIT, Medellín.

⁴⁵⁷ GRECO, Luís. *A Teoria da Imputação Objetiva: uma introdução*. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. São Paulo: Renovar, 2002. P. 67.

compreensão da ação, especialmente da valoração do risco contido no comportamento dos atores que formam o fato perigoso⁴⁵⁸. Claus Roxin, por exemplo, considera de quem partiu a colocação que gerou o resultado, para determinar a *heterocolocação em perigo consentida* como “o caso de alguém que *coloca* um terceiro em perigo; este, no entanto, se expõe ao perigo criado plenamente consciente do risco.”⁴⁵⁹

Maria Auxiliadora Minahim parte da natureza do fenômeno para caracterizar a *heterocolocação em perigo consentida* como um fenômeno que expõe a aderência entre o sujeito consciente e os perigos que decorrem da conduta de outras pessoas, pois “na heterocolocação, a *ação perigosa* não é realizada pelo sujeito, mas por um terceiro.”⁴⁶⁰ Ainda nesse sentido, Paulo Queiroz que afirma que na “heterocolocação em risco quando é a vítima que move o autor a praticar *uma ação perigosa*”⁴⁶¹. Juarez Tavares analisa a exposição assentida da vítima ao perigo de outrem como um desdobramento do *princípio da autorresponsabilidade*, quando “o perigo é *executado por outrem* e não pela própria vítima, mas com o seu incentivo ou consentimento”⁴⁶².

Uma perspectiva funcional do delito, propondo a *renormatização* do tipo penal para solução dos casos de exposição da vítima ao fato perigoso deve ser próxima ao sentido social que define a *heterocolocação em perigo*. A solução de impunidade que advém de uma orientação sistêmica, não descarta a importância da matéria de regulação, que deve manter a referência com a realidade⁴⁶³.

A realidade demonstra que as pessoas, racionais e autônomas, têm na ação o elemento que informa a existência do ser autônomo, sendo que a ação se expressa

⁴⁵⁸ COSTA, Lucas Gabriel Santos. *A responsabilidade penal nos casos de autocolocação da vítima em perigo*. IN: Direito penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara; coordenadores: Bartira Macedo Miranda Santos, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Matheus Felipe De Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2015. P. 343.

⁴⁵⁹ ROXIN, Claus. *Sobre a Discussão acerca da Heterocolocação em Perigo Consentida*. IN: LEITE, Alaor (org.). *Novos Estudos de Direito Penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. P. 129.P. 130.

⁴⁶⁰ MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Autonomia e Frustração da Tutela Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 89.

⁴⁶¹ QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal*. Parte Geral. Volume 1. Salvador: JusPodivm, 2016. P. 299.

⁴⁶² TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 370 375.

⁴⁶³ “É o próprio ponto de partida político-criminal, portanto, que exige o abandono de uma abordagem exclusivamente normativista, em favor de que se levem em conta, também, dados da realidade.” GRECO, *Op. Cit.*, 2002. P. 67.

socialmente a partir de fatos (matéria de regulação) valorados pelo sistema penal. Se se pretende conduzir a valoração do fato a partir do significado normativo da interação dos atores na produção do perigo, a ação deve ser o elemento inicial de um juízo de valoração penal que compreenda as pessoas como seres racionais e autônomos.

Por isso, a *exposição da vítima ao perigo de outrem* forma um grupo de casos em que o perigo não se desenvolve como realização de um comportamento responsável do ator lesado. São situações em que o fato lesivo decorre de um perigo proibido contido no comportamento dos atores que em comunhão com a vítima desenvolve ou potencializa a atividade arriscada.

7.3 DIFERENCIAÇÃO ENTRE A PARTICIPAÇÃO EM AUTOCOLOCAÇÃO EM PERIGO E HETEROCOLOCAÇÃO EM PERIGO CONSENTIDA

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul absolveu o condutor denunciado por homicídio culposo, considerando a atipicidade do fato, utilizando as figuras da *participação em autocolocação em perigo* e da *heterocolocação em perigo consentida* a partir do *alcance do tipo* no caso da *entrega do volante do veículo automotor*. No fundamento, o Tribunal não diferenciou *auto* e *heterocolocação* no caso concreto, velando o desnível do *desvalor objetivo* do comportamento na *heterocolocação* em perigo, que é em regra punível, considerando o *princípio da autorresponsabilidade* como princípio geral de impunidade ao caso: “como máxima definidora e delimitadora dos âmbitos de responsabilidade, convocando diversos níveis dogmáticos para a solução que será, em última análise, uma tarefa da parte especial do direito penal – no caso, do homicídio.”⁴⁶⁴

A criação de uma proposta doutrinariamente sólida e político-criminalmente equilibrada, como pede Manoel da Costa Andrade⁴⁶⁵, deve aproximar a solução normativa alcançada pelo direito penal da diferença existente entre o comportamento de quem coloca a si mesmo em perigo com o auxílio de outrem e o daquele que se

⁴⁶⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça. (TJ-RS: ACR: 70073316788 RS). *Jurisprudência*. Relator: Des. Jayme Weingartner Neto.

⁴⁶⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Editora Coimbra, 1991.

lança ao perigo de outrem. Uma colocação própria em perigo expressa uma realização social da personalidade do portador do bem, que segue a orientação de sua vontade, não observável nos casos de abandono do bem.

Na *autocolocação em perigo*, a decisão sobre o recuo da proibição penal tem como fundamento a expressão da autonomia do portador do bem que realiza em si um resultado lesivo que decorre de um perigo que conhece e que tem a capacidade de evitar⁴⁶⁶. Nos casos de *heterocolocação em perigo*, a solução da imputação atende à heteronomia do significado normativo obtido por uma apreciação objetiva do comportamento da vítima que não tem a capacidade de se manifestar quanto à descontinuidade do desenvolvimento do perigo⁴⁶⁷.

É preciso considerar, entretanto, que se na diferenciação entre a *participação em autolesão* e a *heterolesão consentida*, que representam extremos quanto à expressão da autonomia do portador do bem na produção da lesão, existem *pontos limites* que dificultam a compreensão das fronteiras de cada fenômeno. Na tentativa de diferenciar entre *auto* e *heterocolocação em perigo*, que representam espaços intermediários de intervenção da vítima no perigo, as dificuldades apresentadas às construções dogmáticas são ainda maiores.

Roxin afirma que o reconhecimento da *heterocolocação em perigo consentida* como um grupo de casos próprio é certo na Jurisprudência alemã. Autores como Jakobs, a partir de uma concepção sistêmica da dogmática penal, tendem a negar a imputação aos casos de *participação em autocolocação em perigo* e *heterocolocação em perigo consentida*; a ideia é que ambas as figuras estariam sob o rótulo da *ação a próprio risco*. Stratenwerth, por sua vez, nega a existência autônoma das figuras normativas e soluciona a imputação através do instituto do consentimento.

Timpe observa a *heterocolocação em perigo consentida* como uma manifestação da *participação em autocolocação em perigo autorresponsável*. Cândia Meliá afirma que a distinção entre *auto* e *heterocolocação em perigo* com base na conduta da vítima

⁴⁶⁶ COSTA, Lucas Gabriel Santos. *Heterocolocação em Perigo Consentida em Condutas Imprudentes*.

⁴⁶⁷ COSTA, *Op. Cit.* 2017.

carece de fundamento consistente. São construções que, a partir de fundamentos diferentes, tendem a negar a punição ao autor a partir do estabelecimento de limites normativos inseridos no injusto após a valoração do comportamento da vítima no fato perigoso.

De certo é que o Código Penal brasileiro, no âmbito dos crimes dolosos contra a vida, considera que se outros atores favorecem a morte do portador do bem, serão responsabilizados pelo crime de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio. No entanto, se, em vez de favorecer, o próprio ator pratica a lesão contra a vida do portador do bem com o seu assentimento, responderá pelo crime de homicídio.

No âmbito dos crimes contra a integridade física, se o terceiro favorece a uma lesão praticada pelo próprio portador do bem, não haverá responsabilidade penal, pois, como não existe uma proibição específica para participação em autolesão, não se punirá a participação em comportamento atípico. No entanto, se o ator pratica lesões ao portador do bem com o seu consentimento, resultado em lesão de natureza grave ou gravíssima, responderá pelo crime de lesão corporal, conforme o art. 129 do Código Penal.

Se é possível distinguir, com perspectiva valorativa que impõe respostas penais com consequências jurídicas diversas à *participação na autolesão* e na *heterolesão consentida* que recaem sobre a integridade corporal e a vida, então é relevante diferenciar a *participação em autocolocação em perigo*, de uma *heterocolocação em perigo consentida*, pois nela o agente interfere diretamente na esfera jurídica alheia.

Tratar a *heterocolocação em perigo* como forma de *autocolocação em perigo* vela o desnível de conhecimento e controle no desenvolvimento do risco, pois na *heterocolocação em perigo* a capacidade de conhecer o desenvolvimento do risco e o poder de interrupção do perigo, elementos da ação, são diversos da *autocolocação*. A essência do perigo não é a mesma, pois na *heterocolocação em perigo* a diferenciação se faz necessária com base no déficit de controle e conhecimento do ator lesado. No caso do *teste de aceleração*, por exemplo, “o passageiro não

consegue saber tão bem quanto o próprio motorista em qual medida este é capaz de controlar riscos.”⁴⁶⁸

Nesse sentido, na *heterocolocação em perigo consentida* “há um poder de *evitação* menor; o portador do bem não consegue avaliar a capacidade daquele que coloca em perigo de dominar o risco tão bem quanto o próprio e tampouco é capaz de interferir no acontecimento na mesma medida em que aquele.”⁴⁶⁹ É nesse contexto que uma perspectiva funcional moderada procura diferir entre *auto* e *heterocolocação* como ponto inicial para solução da imputação de responsabilidade ao autor: a questão é que a essência do perigo não é a mesma.

No caso do teste de aceleração, o Tribunal Superior Alemão condenou os condutores por homicídio culposo. Na sentença, o BGH analisa que:

A linha divisória entre autoria e participação é um critério profícuo para distinguir a impunível contribuição a autocolocação em perigo ou a autolesão autorresponsável da, em essência típica, heterocolocação em perigo. Se não apenas aquele que se coloca em perigo ou se autolesiona detiver o domínio do fato sobre a ação perigosa ou ação lesionante, mas o colaborador ao menos também o detiver, cometeria este um fato próprio. Dessa forma, ele não poderia estar livre de pena por razões de acessoriedade, ou seja, em decorrência da ausência de um fato principal do autolesado (...) isso se aplica da mesma maneira aos casos culposos de auto e heterocolocação em perigo. Portanto, também aqui a distinção entre auto e heterocolocação em perigo dá-se a partir do domínio sobre o desenrolar do acontecimento, que pode ser satisfatoriamente determinado com base nos critérios objetivos desenvolvidos para averiguar o domínio do fato nos delitos dolosos.

Na decisão, o BGH sustenta a autonomia dos institutos da *participação em autocolocação em perigo* e da *heterocolocação em perigo consentida*. O Tribunal parte da diferenciação entre a *autoria* e a *participação* para determinar que a *participação em autocolocação em perigo* não é punível, em virtude da inexistência de um fato principal típico que possa sustentar a *acessoriedade da participação*. O BGH, no entanto, considerou o *teste de aceleração* como um caso de *heterocolocação em perigo consentida* punível: o fundamento da punição decorre do domínio dos agentes no desenrolar dos acontecimentos, que foi aferível a partir dos requisitos da *teoria do domínio do fato* inerente aos crimes dolosos.

⁴⁶⁸ ROXIN, Claus. *Sobre a Discussão acerca da Heterocolocação em Perigo Consentida*. IN: LEITE, Alaor (org.). *Novos Estudos de Direito Penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. P. 134.

⁴⁶⁹ *Ibid.* P. 144.

A decisão do BGH inaugura um caminho funcional à análise do tema. Os fundamentos utilizados para sustentar a atribuição da responsabilidade penal aos atores envolvidos no fato lesivo maximizam a discussão sobre o objeto de análise que resulta da compreensão do comportamento da vítima no direito penal, mas a decisão é passível de objeções que demonstram a fragilidade teórica e a inadequação sistemática dos argumentos.

No âmbito teórico, a principal objeção está na utilização da *teoria do domínio do fato*, que não se adequa aos crimes culposos. Na culpa, a vontade dos atores é dirigida à violação do dever objetivo de cuidado, a dirigibilidade do curso causal não é para produção do resultado penalmente típico⁴⁷⁰. No aspecto sistemático, a objeção recai sobre a ausência de suporte da decisão com base na estrutura analítica do crime, já que o Tribunal se limita a expor que a *participação em autocolocação em perigo* é impunível, diferentemente da *heterocolocação em perigo consentida*, e sem informar o elemento dogmático que fundamenta a impunidade.

O definitivo para diferenciação entre a *auto* e a *heterocolocação*, para Roxin, não está na teoria do domínio do fato, mas no direcionamento de quem partiu a colocação em perigo que resulta diretamente no resultado⁴⁷¹. O BGH se aproxima de uma decisão mais correta para diferenciação entre a *auto* e a *heterocolocação em perigo* quando admite que o fundamento está no *domínio da colocação em perigo*, mas no momento em que o resultado está por acontecer, quem se coloca em perigo não possui o domínio do desenrolar da colocação em perigo⁴⁷².

Gimbernat Ordeig⁴⁷³ considera que tanto na *participação em autocolocação em perigo* quanto na *heterocolocação em perigo consentida*, a vítima aceita o perigo da lesão.

⁴⁷⁰ Greco, Luís. *O que é e o que não é a Teoria do Domínio do Fato. Sobre a distinção entre o autor e o partícipe no direito penal*. IN: Greco Luis. LEITE, Alaor. TEIXEIRA, Adriano. ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: Estudos Introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. P. 34.

⁴⁷¹ COSTA, *Op. Cit.*, 2017.

⁴⁷² ROXIN, *Op. Cit.*. P. 137.

⁴⁷³ “Na heterocolocação em perigo consentida, como na autocolocação, a vítima aceita o risco de lesão, mas, a diferença da segunda, onde é o sujeito passivo o qual, em última instância, e com a sua própria atividade, se autocausa sua morte ou o dano a sua integridade física, na heterocolocação é um terceiro o qual, como autor direto, mata ou lesiona a vítima, enquanto esta é consciente de – e assume – o risco

Porém, na *autocolocação em perigo* é o próprio portador do bem quem, com a sua atuação imprudente, em última instância e com a sua própria atividade, causa a sua própria morte ou o dano a sua própria integridade física; já na *heterocolocação em perigo* é o terceiro quem mata ou causa lesão à vítima⁴⁷⁴. Para Otto, o que é decisivo é saber quem em último lugar dispõe sobre a vida em causa: como um comportamento próprio, decide sobre a própria vida⁴⁷⁵.

A questão é que a determinação sobre de quem parte a causação do resultado no sentido ontológico ou sobre quem dispõe sobre a vida em causa em último lugar é o ponto inicial ao juízo de valoração sobre o alcance da impunidade nos *casos de exposição da vítima ao perigo*. Essa causação, no entanto, não é capaz de fundamentar, por si só, a ausência do *desvalor* do comportamento do ator que participa de tal colocação.

O BHG, por exemplo, analisou o caso em que uma pessoa teve relações sexuais sabendo que o parceiro na relação possuía o vírus HIV e renunciando ao uso de medidas de proteção, situação que resultou na contração, pela pessoa, do vírus. Nesse caso, o *desvalor* do comportamento do parceiro pede a presença de critérios normativos obtidos a partir da capacidade de valorar o comportamento do ator lesado como uma expressão de sua responsabilidade.

Schünemann, nesse contexto, não descarta a heterogeneidade conceitual e dogmática das duas constelações (*auto* e *heterocolocação*) que, para ele, observa-se a partir do critério do *domínio do fato* mantido pelo autor até o fim nos casos de *heterocolocação em perigo*⁴⁷⁶. No entanto, esse domínio, típico de uma aferição ontológica não tem importância na orientação da proibição penal, pois a solução dogmática de impunidade segue a ruptura do nexo de imputação através de uma valoração objetiva do comportamento da vítima.

de lesão para sua vida ou sua integridade ao que aquele está submetendo.” IN: ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Imputación Objetiva, Participación en una Autopuesta en Peligro y Heteropuesta en Peligro Consentida*. Revista de Derecho Penal y Criminología. Nº Extraordinário 2. UNED, 2004. p. 76.

⁴⁷⁴ *Ibid.* P. 76-78.

⁴⁷⁵ ANDRADE, *Op. Cit.*, 1991. P. 273

⁴⁷⁶ ANDRADE, *Op. Cit.*, 1991. P. 285.

No entanto, nos casos em que por exemplo, vários jovens praticam, de acordo com o motorista do automóvel, a ação de se manter em pé sobre o teto do veículo circulando de 70-80 km/h; ou outros em que trabalhadores assentem na condução na carroceria de uma caminhonete ou na escavadeira de um trator, fica demonstrado um desnível entre se expor ao perigo procedente de suas próprias ações e o mero fato de tolerar a exposição ao perigo que é obra de outra pessoa, que deixa a vítima à mercê de um desenvolvimento imprevisível que, por vezes, não pode ser controlado nem interrompido em um estágio prévio à lesão, em que ainda o pode fazer quem se põe em perigo a si mesmo.

No Brasil, o tratamento do tema ainda de carece de reconhecimento e, quando observada a interferência da vítima no perigo que resultou em lesão ao bem que porta, é preciso correção na fundamentação e clareza na solução dogmática. No caso da *passageira sentada na janela do automóvel*, o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul condenou o condutor por homicídio culposo, pois “de forma imprudente e negligente, deixou de tomar as cautelas necessárias ao transitar com seu veículo.”⁴⁷⁷ Na decisão, o Tribunal não reconhece que o perigo que produziu a lesão não poderia se materializar sem o comportamento ativo do ator lesado.

Nesse sentido, é preciso considerar que as figuras da *participação em autocolocação em perigo* e da *heterocolocação em perigo consentida* são diferentes, mas essa diferenciação requer uma apreciação capaz de considerar o contexto: que não se esgote na mera classificação abstrata dos institutos dogmáticos a partir de uma descrição *pré-jurídica* do fenômeno, mas que tampouco construa sobre o fenômeno um significado normativo que busque se afastar do sentido da relação social.

Na avaliação sobre de quem parte a colocação em perigo, como na compreensão do *domínio do fato*, as construções seguem uma compreensão de ação do ator lesado de caráter *pré-típico*, naturalístico, que não é suficiente para orientar uma decisão essencialmente normativa. Não se deve descartar a realização desse comportamento.

⁴⁷⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça. (TJ-MS 00129480720138120002 MS 0012948-07.2013.8.12.0002). *Jurisprudência*. Relator: Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

No entanto, a compreensão da ação como critério limitador da responsabilidade requer uma *valoração* típica.

O que interessa ao âmbito do tipo, para além da ação enquanto componente natural que coopera ao risco que produz o resultado, é se o comportamento criado pelos atores contém um *risco típico*. É nesse estágio que devem se sustentar os critérios normativos que conduzem à atipicidade da ação, valorando o âmbito de conhecimento perigo e a capacidade de *evitação* do resultado pelo ator lesado a partir de uma *prognose póstuma objetiva*.

7.4 A SOLUÇÃO DE IMPUNIDADE PELA VITIMODOGMÁTICA

A *vitimodogmática* analisa a corresponsabilidade da vítima pelo crime com o objetivo de considerar a sua influência na punibilidade ou na exclusão da responsabilidade dos demais intervenientes no fato lesivo⁴⁷⁸. A *vitimodogmática*, a partir de procedimentos normativos, sob os fundamentos da corresponsabilidade, do princípio *vitimológico* ou da *autorresponsabilidade*, tem a finalidade de valorar o comportamento da vítima para orientar uma proporcional responsabilidade penal ao agente⁴⁷⁹.

A proposta centra o foco na corresponsabilidade da vítima na produção do fato lesivo e, conseqüentemente, na possibilidade de influência desse fenômeno na responsabilidade de outros atores envolvidos no delito⁴⁸⁰: parte do *princípio vitimológico* para inserir a valoração da ação da vítima na dogmática penal.

⁴⁷⁸ MELIÁ, Cancio. *Victimologia y Derecho Penal: Introducción a la "Victimodogmática"*. IN: P. 50-51.

⁴⁷⁹ Não se trata de uma novidade radical, mas da racionalização de um objeto que já era estudado. Já existem relações que orientam a mensuração da responsabilidade penal do autor com o comportamento da vítima, por exemplo o consentimento do ofendido e a legítima defesa.

⁴⁸⁰ MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Autonomia e Frustração da Tutela Penal*. São Paulo: 2015. P. 94-98; SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. *La "Victimo-dogmática" en el Derecho Extranjero*; SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. *Inovaciones Teorico-Praticas de la Victimologia em el Derecho Penal*. P. 81.; SCHUNEMANN, Bernd. *A posição da vítima no sistema da justiça penal: Um modelo em três colunas*. IN: Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013; MELIÁ, Cancio. *Victimologia y Derecho Penal: Introducción a la "Victimodogmática"*; MELIÁ, Manuel Cancio. *Reflexiones sobre la "Victimodogmatica" em la Teoria de Delito*. Revista Brasileira de Ciências Criminais; FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. *Actuación de la victima e imputación objetiva: (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999)*. IN: Revista de Derecho Penal Y Criminología, 2.ª Época, núm. 5 (2000), págs. 265-333P. 302; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. LARRAURI, Elena. *Victimología: presente y futuro (Hacia un sistema penal de alternativas)/SERBIULA (sistema Librum 2.0).*, P. 24.

O princípio cumpre uma função metodológica na restrição dos tipos penais a partir de uma interpretação teleológica com referência na teoria do bem jurídico. O fundamento material se estabelece com o princípio da *ultima ratio*, que se vincula ao merecimento e à proteção da pena. Assim, não se encontra no âmbito do punível o comportamento do autor quando a vítima pode se proteger⁴⁸¹.

A *vitimodogmática* afirma que o caráter subsidiário do direito penal não se esgota em sua orientação por outros instrumentos de controle social formais e institucionais. A subsidiariedade da proteção penal também é observável em outros instrumentos e formas de proteção, como a *autoproteção da vítima*⁴⁸², sendo dela exigíveis medidas possíveis, razoáveis e usuais na proteção do seu bem⁴⁸³.

Desse modo, o comportamento da vítima é uma das etapas de proteção que antecede a intervenção penal. A vítima, ao não adotar medidas de *autoproteção*, deslegitima a intervenção penal, que não se faz necessária, uma vez que o bem não merece ser protegido: o direito penal não deve intervir quando a prevenção de lesões a bens jurídicos estiver nas mãos do próprio titular.

Inicialmente, a *vitimodogmática* se aplicava de forma restrita aos delitos de relação, ou seja, aqueles que necessitam de um confronto atual entre o autor e a vítima, como o estelionato⁴⁸⁴. Estariam fora do contexto os delitos de intervenção, que seriam os tipos que não pressupõem a intervenção ativa da vítima relação⁴⁸⁵.

⁴⁸¹ SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. *La "Victimo-dogmática" en el Derecho Extranjero*. P. 110.

⁴⁸² SCHUNEMANN, Bernd. *A posição da vítima no sistema da justiça penal: Um modelo em três colunas*. IN: Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013. P. 116 – 117.

⁴⁸³ MELIÁ, Cancio. *Victimologia y Derecho Penal: Introducción a la "Victimodogmática"*. P. 159.

⁴⁸⁴ SCHUNEMANN, Bernd. *A posição da vítima no sistema da justiça penal: Um modelo em três colunas*. IN: Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013. P. 116.

⁴⁸⁵ O âmbito de aplicação da *vitimodogmática*, inicialmente, restringiu-se a alguns crimes específicos, especialmente no âmbito patrimonial, como a revelação de segredos, a apropriação indébita e o estelionato. Em seguida, os fundamentos se expandiram para parte geral, tendendo a aplicação do princípio vitimológico e da autorresponsabilidade como instrumento da parte geral para interpretação teleológica dos tipos penais. IN: SCHUNEMANN, Bernd. *A posição da vítima no sistema da justiça penal: Um modelo em três colunas*. IN: Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013. P. 116.

A partir desse aspecto, a *victimodogmática* pode se apresentar por uma perspectiva moderada ou pelo viés radical⁴⁸⁶. A perspectiva moderada propõe que o comportamento da vítima deve ser valorado no âmbito da dosagem de pena atribuída ao agente, não podendo ir além desse patamar sem uma reforma legislativa. Desse modo, não se reconhece a capacidade do *princípio vitimológico* instruir fundamentos para sobreposição do tipo penal, devendo ser utilizado como um instrumento que, dentro da proibição, conduz à redução da responsabilidade do autor, em face do menor grau de reprovabilidade de seu comportamento.

Schünemann, a partir de uma proposta radical, fundada em uma política criminal liberal, passou a desenvolver fundamentos para ultrapassar o *dilema vitimológico*, vinculando a existência do fato punível ao comportamento *autorresponsável* da vítima em alguns crimes. Os estudos se destinam a materializar o princípio da *autorresponsabilidade* na dogmática jurídico-penal⁴⁸⁷.

Assim, como a tutela penal pressupõe a criação de espaços de proibição, que se mostram como o fechamento da permissividade social do comportamento humano - uma restrição à liberdade -, a tutela penal só se legitima quando adequada, necessária e proporcional à proteção dos ideais humanitários constitucionalmente estabelecidos. A intervenção penal deve ser subsidiária, fragmentária e proporcional⁴⁸⁸.

Nesse contexto, partindo da premissa de que o fundamento material do direito penal é a proteção de bens, que merecem proteção, os tipos penais, para essa missão, estabelecem os fatos penalmente proibidos e passíveis de pena. O comportamento descuidado da vítima orienta a ausência de mérito na proteção do bem e,

⁴⁸⁶ Nesse sentido, seguindo um viés moderado: Hillenkamp, Arzt, Günther, W. Hassemer e Kratzsch. IN: SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. *La "Victimo-dogmática" en el Derecho Extranjero*. P. 109; Vale ressaltar que para W. Hassemer: "[...] el Derecho penal material regula el grado de pena a imponer en relación con el comportamiento del autor, pero también, en función del comportamiento de la víctima. Puede apreciarse, sin embargo, que no son numerosas las situaciones en las que el Derecho penal material destaca el papel desempeñado por la víctima, aunque sea necesario para el tipo penal." IN: HASSEMER, Winfried. *Consideraciones sobre la víctima del delito*. P. 243.

⁴⁸⁷ SCHUNEMANN, Bernd. *A posição da vítima no sistema da justiça penal: Um modelo em três colunas*. IN: Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013. P. 116.

⁴⁸⁸ "[...] la victimodogmática concretiza el principio de la ultima ratio en el sentido de una razonable limitación de la punibilidad para aquellas constelaciones que se caracterizan por una capacidad de autoprotección a todas luces suficiente y aporosa por parte de la víctima potencial." SCHUNEMANN, Bernd. *La Política Criminal y el Sistema de Derecho Penal...*P. 706.

consequentemente, a desnecessidade da punição do autor: deve existir correspondência entre a necessidade de pena do autor e o merecimento de proteção da vítima⁴⁸⁹. Na perspectiva *vitimodogmática*, portanto, se a vítima deixar de tomar medidas de autoproteção, desaparecerá a necessidade de proteção penal.⁴⁹⁰

Nesse caso, para além do princípio da *ultima ratio*, e dos princípios da necessidade e da proteção que dele derivam, Schünemann sustenta que a impunidade dos atores que cooperaram com a vítima decorre também da análise que recai sobre a *eficácia intimidatória da pena*, pois quando a vítima renuncia ao seu bem, sendo a causadora do dano social, é ela, a vítima, quem deve ser *contramotivada* através da negação da proteção penal⁴⁹¹.

Existem indicadores de expansão da *vitimodogmática* a partir do *princípio vitimológico* e da *autorresponsabilidade* como critérios gerais para interpretação dos tipos penais, especialmente nos casos de adequação às hipóteses de *participação em autocolocação* em perigo e de *heterocolocação em perigo consentida*⁴⁹².

A *vitimodogmática*, especialmente a radical, é destinatária de importantes objeções. No aspecto metodológico, não é possível a restrição dos tipos com base no comportamento da vítima sem base legal, pois isto privaria a vítima de segurança jurídica no caso concreto. O fundamento da proibição penal é exonerar os cidadãos de medidas de autoproteção, nesse sentido, no âmbito político-criminal, a tese

⁴⁸⁹ MELIÁ, Manuel Cancio. *Reflexiones sobre la "Victimodogmatica" em la Teoria de Delito*. Revista Brasileira de Ciências Criminas. p. 40.

⁴⁹⁰ "Se a ciência jurídica não quiser permanecer caolha, tem ela de reconhecer o papel da vítima tanto como o de portador do bem jurídico, quanto como o daquele que renuncia ao bem e que não pode ser jurídico-penalmente protegido em caso de tal comportamento, extraído daí as consequências interpretativas que, por vezes, levarão a consequências restritivas da punibilidade." IN: SCHUNEMANN, Bernd. *A posição da vítima no sistema da justiça penal: Um modelo em três colunas*. IN: Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013. P. 116.

⁴⁹¹ SCHUNEMANN, Bernd. *A posição da vítima no sistema da justiça penal: Um modelo em três colunas*. IN: Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013. P. 117.

⁴⁹² Schunemann propõe a solução de imputação a partir da exclusão da tipicidade penal, pelo critério do alcance do tipo, nos casos de participação em autocolocação em perigo. Evidencia que a ruptura do nexo de imputação objetiva pelo comportamento da vítima autorresponsável é capaz de diferenciar a participação em autocolocação em perigo, atípica, da heterocolocação em perigo consentida que é punível. IN: ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Editora Coimbra, 1991. p. 285.

vitimodogmática geraria desconfiança no outro, um possível agressor, e o retorno da vingança privada a partir da generalização de medidas de autoproteção.

O fundamento da construção se apoia numa perspectiva equivocada do princípio da *ultima ratio*. O caráter subsidiário e fragmentário da intervenção penal se estabelece a partir da orientação político-criminal que deve seguir o direito penal em face da disposição de outros instrumentos de controle Estatais, e não em relação aos mecanismos de defesa do titular do bem⁴⁹³.

Vale ressaltar que exacerbação do potencial do comportamento da vítima provocativa como elemento *descaracterizador* do delito poderia gerar um ambiente social propenso à criação de inimigos potenciais, bem como de espaços para execução de crimes dolosos às custas da vítima. Ainda, o âmbito de aplicação não é claro, pois pode haver uma relação jurídico-penalmente relevante entre autor e vítima nos crimes de intervenção, caso, por exemplo, dos crimes de furto ou de lesão corporal⁴⁹⁴.

A lesão ao bem, é importante destacar, não desaparece com a inexistência fática de *autoproteção da vítima*. Nesse sentido, as normas de direito público não estão disponíveis às partes: na tutela penal permanece ainda que a vítima não utilize os meios de autoproteção⁴⁹⁵.

As objeções à *vitimodogmática* se vinculam à forma de seu traslado até a teoria do delito⁴⁹⁶. A construção se fundamenta materialmente na *autorresponsabilidade*, mas

⁴⁹³ SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. *La "Victimo-dogmática" en el Derecho Extranjero*. Em: BERISTAIN IPIÑA, Antonio. *Victimologia*. San Sebastian: Universidad Del Pais Vasco, 1989, p. 105-112. P. 110.

⁴⁹⁴ MELIÁ, Manuel Cancio. *Reflexiones sobre la "Victimodogmatica" em la Teoria de Delito*. Revista Brasileira de Ciências Criminas. v. 7, n. 25, jan./mar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 1999. P. 45.

⁴⁹⁵ Maria Auxiliadora Minahim conclui que "[...] a ideia de privatização do direito penal em homenagem à ideia de uma vítima que é responsável, como corolário da dignidade do homem, fortalece o panorama liberalizante que caracteriza a contemporaneidade." IN: MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Autonomia e Frustração da Tutela Penal*. São Paulo: 2015. P. 97.

⁴⁹⁶ Importante ressaltar que as diversas manifestações do comportamento da vítima na dogmática penal tradicionalmente são encobertas sob o rótulo do instituto do consentimento do ofendido. O processo de evidenciação desses fenômenos se apresenta com problemas com etiquetas dogmáticas que, por vezes, apresentam argumentos e problemas materiais idênticos desenvolvidos por outros institutos. Esse problema resulta na dispersão do tratamento dogmático sobre o comportamento da vítima, que possui alto grau de desordem e confusão. MELIÁ, Manuel Cancio. *La Exclusión de la Tipicidad por la responsabilidad de la Víctima ("imputación a la víctima")*. Colombia: Universidade Esternado de Colombia, 1998. (Cuadernos de Conferencias e Artículos, 19). P. 34.

carece de ajuste procedimental com as estruturas que compõem analiticamente o fato punível, portanto, uma adequação às construções dogmáticas já existentes.

A *vitimodogmática*, nesse sentido, apresenta-se como uma cláusula geral de impunidade que não possui amparo legal. Ela é político-criminalmente inadequada, se se considerar que função à proteção de bens jurídicos em *ultima ratio* se vincula a uma subsidiariedade do direito penal em face de outros instrumentos de controle e proteção institucionalizados, e não o comportamento de autoproteção do portador do bem. Sendo também dogmaticamente não ajustada aos propósitos de um pensamento penal sistemático, ela se põe como uma categoria geral que influi no tipo: uma vez que é o tipo penal que determina a matéria de proibição, é preciso definir qual o elemento dogmático é alcançado pela proposta de solução.

7.5 A SOLUÇÃO PELA VIA DA PERCEPÇÃO SISTÊMICO-NORMATIVA DO COMPORTAMENTO DA VÍTIMA

A partir de uma perspectiva sistêmica do direito penal, Jakobs propõe o desenvolvimento de um filtro dogmático para o conteúdo do nexos de imputação com a compreensão normativa da competência da vítima. A atribuição do curso causal arriscado ao âmbito de competência da vítima, em face de sua *ação a próprio risco*, seria um elemento capaz determinar a *não imputação da conduta ao agente* quando o perigo decorre da violação das expectativas normativas inerentes ao papel da vítima.

A funcionalização da dogmática jurídico-penal, e a construção da teoria da imputação sob uma base sistêmica, compreende as relações humanas como fruto de uma configuração imersa em uma base normativa-sistêmica. Nesse sentido, as expectativas dirigidas a um papel sistêmico possuem a capacidade de configurar um esquema de interpretação cujo concurso é necessário para que as ações individuais possam adquirir um significado penalmente vinculante. Por isso, entre autor, vítima e terceiros, segundo os papéis que desempenhem, deve determinar-se a quem

competete, por si só ou, junto com outros o acontecer relevante: se a vítima violou o seu papel, deve assumir o dano por si mesma⁴⁹⁷.

7.5.1 Ação a próprio risco

A imputação ao âmbito de *competência da vítima* se produz nos casos de consentimento, em que há um *diagnóstico psíquico*, ou nos casos em que a vítima *atua a seu próprio risco*, ou seja, com o seu próprio comportamento viola um dever de autoproteção. Para Jakobs, “quem por si mesmo se atira na água ou salta num lugar onde deve contar com a presença de água não pode imputar aos demais haver-se molhado”.⁴⁹⁸

A *ação a próprio risco* decorre de um dever de autoproteção inerente ao papel que deve ser garantido pela vítima. Ela, a vítima, assim como o autor, não pode assumir um contato social perigoso sem se responsabilizar como resultante de seu comportamento pelas possíveis consequências lesivas que se determinam como previsíveis a partir de um *prognose póstuma objetiva*.

A orientação da responsabilidade dos atores que intervêm no perigo, assim, é conduzida por compreensão normativa da violação de expectativas intercambiáveis que vincula a responsabilidade pessoal a partir da análise objetiva do comportamento. Nesse processo, “talvez a consequência danosa seja competência da vítima por seu próprio comportamento ou, simplesmente, porque ela tenha que suportar a desgraça.”⁴⁹⁹

Por isso, no curso do risco, a decisão sobre a imputação valora se o ator lesado desempenha o papel de vítima, adotando medidas de *autoproteção*, ou de uma pessoa que cooperou para construção do curso lesivo ao próprio bem que porta. O relevante ao nexo de imputação não é determinar de quem partiu a colocação em

⁴⁹⁷ JAKOBS, Günther. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução: André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. P. 22.

⁴⁹⁸ JAKOBS, Günther. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução: André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. P. 30.

⁴⁹⁹ JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Civitas, 1997. P. 222.

perigo que resultou a lesão, mas a própria defraudação do rol comunicativo que decorre da competência por organização.

Para Jakobs “quem empreende algo temerário [...] não pode invocar, em caso de consequência danosas, que os demais teriam de tomar cuidado e em atenção a ele haver omitido a atividade”, pois o cuidado de uma pessoa *autorresponsável* seria incompatível com a relação entre iguais; “todos têm de fazer-se auto-responsáveis, isto é, também a vítima de suas próprias organizações”⁵⁰⁰.

De todo modo, havendo a concorrência de âmbitos de organização à produção do resultado, como a violação do dever objetivo de cuidado entre autor e vítima, Jakobs observa a necessidade de analisar uma segunda fase de imputação, que seria a imputação do resultado. A fase se destina a explicar o resultado através do âmbito de organização do agente, pois “um curso danoso pode basear-se em um comportamento defeituoso do autor, de um terceiro ou em uma falta de cuidado da própria vítima, e se todos se comportaram corretamente, a própria vítima pode suportar o dano como um acidente.”⁵⁰¹.

Nesse sentido, Jakobs entende como *planificação* o vínculo objetivo entre a causa e resultado⁵⁰². Segundo uma perspectiva prévia sobre a expectativa sistêmica da consequência da ação, “só cabe determinar a conexão entre um comportamento e um resultado se previamente tiver sido averiguado como se pode produzir numa sociedade.”⁵⁰³ O mundo é algo suscetível de ser planejado e só serão imputados a um âmbito de organização os resultados planejados por seu comportamento.

A partir dessa construção de papéis e de âmbitos de organização, Jakobs considera que no caso do condutor alcoolizado, “quem, sem necessidade alguma, pede a uma

⁵⁰⁰ JAKOBS, Gunther. *A imputação Penal da Ação e da Omissão*. Tradução: Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri/SP: 2003. P. 40.

⁵⁰¹ *A imputação Penal da Ação e da Omissão*. Tradução: Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri/SP: 2003. P. 34.

⁵⁰² “os danos que não são evitáveis de modo planejado e que aparecem como consequência de um comportamento não permitido devem-se a uma variação socialmente irrelevante do risco que trazem a vida e não podem ser explicados por meio desse comportamento não permitido; podem dever-se a outro comportamento não permitido.” JAKOBS, *Fundamentos da Imputação Objetiva...* p. 84

⁵⁰³ JAKOBS, *Op. Cit.* 2000. P. 80

pessoa claramente ébria que realize um ato de certa complexidade, como por exemplo, conduzir um automóvel por um determinado trajeto, deve atribuir-se, ao menos em parte, as consequências negativas resultantes”⁵⁰⁴.

Falta à construção de Jakobs o desenvolvimento dos fundamentos e limites à manutenção das expectativas do papel de vítima. Se a proibição penal tem como fundamento a manutenção de expectativas normativas de não causar lesão a outrem, e essas expectativas devem ser garantidas pelo autor, resta ausente na construção de Jakobs o fundamento e limites às expectativas da vítima.

Jakobs não orienta a estrutura que determine os limites do dever de autoproteção. Considerando que o instituto da *ação a próprio risco* se destina à teoria da imputação objetiva, que se insere ao nível da proibição, é importante, como garantia de segurança e estabilidade do próprio sistema, que os limites do âmbito de organização da vítima (que quando não garantidos se determinará como ação a próprio risco que exclui a proibição) sejam claros.

Nesse sentido, Ordeig observa que o critério da competência por organização carece de qualquer sentido quando se transpõe como critério de imputação objetiva, aos casos de *participação em autocolocação em perigo* e *heterocolocação em perigo consentida*: “onde estão as normas prévias escritas ou não que permitam poder estabelecer *a priori* se a vítima tem desempenhado ou não o papel de vítima?”

A transposição dos deveres de garantia, típicos da omissão imprópria, para o nexo de imputação objetiva, a partir do rótulo da competência por organização para valoração do comportamento do portador do bem no curso arriscado, como proposto por Jakobs, é insuficiente para se materializar enquanto critério para determinar a proibição penal.

A *ação a próprio risco* não tem a capacidade de justificar o recuo da proibição penal pela ausência da tipicidade objetiva. Para além da ausência de fundamentos que justifiquem a existência da categoria, e das estruturas que estabeleçam os limites à

⁵⁰⁴ *Ibid.* P 31.

aplicabilidade, Jakobs não justifica porque na relação entre o autor e a vítima, a responsabilidade prevalente sobre a lesão seja imputável à vítima.

Se Jakobs pretende uma perspectiva sistêmica *autopoiética* do direito penal, deve considerar que o sistema se diferencia a partir da redução da complexidade social com a manutenção das expectativas normativas. As expectativas têm como fundamento a proteção da norma que avoca a identidade social, que impõe aos atores o dever de garantir a organização dos papéis para não causar lesão a outrem. Portanto, é necessária, no nível sistêmico penal, a determinação do fundamento e estruturas que justifiquem a inexistência da defraudação da norma ou a desnecessidade de pena do autor em face de um dever de autocuidado da vítima.

Ou seja, a orientação dos fundamentos e limites à *ação a próprio risco* são necessários à manutenção do sistema penal funcional, que requer a compreensão de seus institutos conforme a finalidade sistêmica do direito penal e da pena. A frustração da tutela penal em face de uma atitude descuidada da vítima viola as expectativas sistêmicas de proteção à vida e à saúde, uma vez que inexiste na *ação a próprio risco* fundamentos que justifiquem, a nível sistêmico penal, a inexistência do *desvalor da ação* do ator que viola as expectativas inerentes ao seu papel e que causa lesão a outrem.

O sistema penal, cerrado operativamente, tem a pena como instrumento capaz de restaurar e reafirmar a vigência da norma pelo autor. Nesse sentido, a imputação do curso lesivo à vítima, por seu comportamento descuidado, carece de força para reestabelecer a confiança na proteção penal afrontada pelo conflito gerado entre a conduta do autor e a necessidade de manutenção da identidade normativa do sistema.

Jakobs afirma que “quem tem relação sexual com uma pessoa dependente de drogas ou que se prostitui, atua com próprio risco, no que se refere ao contágio com o vírus HIV”. Logicamente, a atuação a próprio risco mencionada pelo autor no caso é insuficiente para orientar qualquer a direção do direito penal. O próprio autor afirma

que “não está claro se a vítima unicamente atua a próprio risco quando não só conhece o modo de vida arriscado, mas também a infecção com o vírus HIV”⁵⁰⁵.

Jakobs defende que na valoração da *ação a próprio risco* da vítima o juízo de imputação penal não deve se centrar exclusivamente na percepção intelectual da vítima. No entanto, no caso da transmissão por HIV, o autor conclui que “[...] há uma ação a próprio risco quando conhece determinadas condições sob as quais uma pessoa cuidadosa contaria com que existisse uma probabilidade de contágio superior à medida que esteja presente a enfermidade.” Nesse sentido, torna-se necessário compreender que a dimensão da *ação a próprio risco* em alguns casos requer a percepção intelectual do indivíduo, que é o conhecimento da vítima da situação de perigo a que se expõe.

A ação a próprio risco orienta um caminho de desenvolvimento de propostas normativas relativas à valoração da resposta penal em face das atividades arriscadas organizadas conjuntamente entre autor e vítima. Caminho seguido por propostas que, a partir da construção normativa do conceito de *autorresponsabilidade*, pretendem orientar os fundamentos para imputação da responsabilidade nas ações arriscadas ao âmbito de competência da vítima.

7.5.2 A imputação ao âmbito de responsabilidade da vítima

Câncio Meliá propõe a normatização do comportamento da vítima que intervém no fato perigoso, com fundamento na *autorresponsabilidade*⁵⁰⁶, como critério de não imputação da ação ao autor. A solução proposta por Meliá aprofunda o desenvolvimento normativo da valoração do comportamento da vítima dogmática jurídico-penal. A imputação ao *âmbito de responsabilidade da vítima* se constrói a partir da determinação de um fundamento material que orienta a formação de

⁵⁰⁵ JAKOBS, *Op. Cit.*. 2000. P. 30.

⁵⁰⁶ “Más relevante em este contexto es que la caracterpística de la ‘responsabilidade’ da vítima sea introduzida em el contexto de imputacion. Pues sólo la imagen de la victima em esse contexto, em la organización conjunta com el autor, puede influir em la valoración de la conducta de éste”. MELIÁ, Manoel Câncio. *La Exclusión de la Tipicidad por la Responsabilidad de la Víctima* (“Imputación a la Víctima”). In: Cuardenos de Conferências e Artículos, nº 19, Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998.p. 68.

indicadores normativos à determinação do recuo da proibição penal pelo comportamento da vítima.

O fundamento da construção está no princípio da *autorresponsabilidade*. Considerando-se que a valoração jurídico-penal sobre o comportamento da vítima se produz em uma perspectiva sistêmica, a autonomia, como potencial que orienta o recuo da proibição penal requer uma significação em mesmo nível. Nesse sentido, a expressão da autonomia individual se deduz da proteção constitucional à livre manifestação da personalidade.

Para Meliá, a imputação do fato lesivo deve alcançar o *âmbito de responsabilidade da vítima* deve se configurar como “uma instituição dogmática incluída no primeiro nível de imputação objetiva: a imputação do comportamento ou da conduta [tradução nossa]”⁵⁰⁷. Essa imputação decorre de uma relação próxima da pessoa com a possibilidade de gozo que advém do exercício da liberdade constitucionalmente assegurada a partir da projeção da autonomia por uma perspectiva sistêmica. Assim, se o portador do bem tem a autonomia para se lançar em ações arriscadas, deve assumir a responsabilidade prevalente em face das lesões que por ventura decorram do risco assumido⁵⁰⁸.

A construção prescinde do caráter ontológico inerente à colocação e à participação do portador do bem e de terceiros no curso do risco. O que é definitivo para a solução de imputação é a existência de uma responsabilidade prevalente da vítima na proteção quanto à proteção dos seus bens que decorre da capacidade de sua organização *autorresponsável*.

Nesse sentido, a atividade geradora de risco deve ser imputada ao âmbito de responsabilidade preferente da vítima, que tem responsabilidade prevalente ao autor, quando: i a atividade permaneça no âmbito do organizado conjuntamente por autor e

⁵⁰⁷ MELIÁ, Manoel Cândio. *La Exclusión de la Tipicidad por la Responsabilidad de la Víctima* (“Imputación a la Víctima”). In: Cuardenos de Conferências e Artículos, nº 19, Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998. 69.

⁵⁰⁸ *Ibid.* P. 51.

vítima; ii a conduta da vítima não tenha sido instrumentalizada pelo autor; iii o autor não tenha dever de autoproteção específico em face aos bens da vítima⁵⁰⁹.

A proposta de Meliá avança quanto à construção de uma solução capaz de ajustar a perspectiva sistêmica da teoria da imputação com a necessidade de compreensão do comportamento da vítima na teoria do delito. O autor desconsidera as figuras normativas da *participação em autocolocação em perigo* e da *heterocolocação em perigo consentida*, pois a valoração do comportamento da vítima na teoria do delito dependeria de uma apreciação normativa que não se satisfaz com os critérios ontológicos que fundamentam a participação de terceiro na exposição da vítima ao perigo e servem à diferenciação dos institutos pelo viés *racional teleológico*.

Meliá acerta ao observar que as soluções aos casos de exposição da vítima ao perigo se alcançam o nível da *ação*⁵¹⁰. Para ele, no entanto, no âmbito do tipo objetivo, a teoria da imputação objetiva, considerando os requisitos normativos deduzidos de uma valoração objetiva do comportamento da vítima, determina a existência da ação.

A valoração do comportamento da vítima ao nível da imputação objetiva amplia a complexidade do sistema penal, com o desenvolvimento de uma figura normativa em um espaço não necessário⁵¹¹. Meliá tem razão em orientar um pensamento de união, compreendendo a relação entre autor e vítima na relação perigosa como requisito a orientar o sentido da proibição penal. Ao levar o problema à sistemática do direito penal, no entanto, ele passa a pensar essa complexidade não como união, mas como disjunção e especificação com a criação de mais um instituto dogmático e seus critérios normativos de realização. O que se tem, aqui, é a necessidade de pensar a complexidade como união, considerando a *conduta típica* como saída que independe da teoria da imputação.

⁵⁰⁹ *Ibid.* P. 53

⁵¹⁰ *Ibid.* P. 69.

⁵¹¹ Não há necessidade de ampliar a complexidade do sistema com a criação de um novo instituto, teoria da imputação com a imputação da ação, se um instituto antecedente já produz a solução hábil ao problema.

No viés metodológico, a proposta de Meliá se vincula ao aspecto intelectual da pessoa lesada como critério ontológico necessário para solucionar os casos de *exposição* da vítima ao perigo com base na *autorresponsabilidade*. As pessoas são responsáveis pelos acontecimentos que decorrem de suas ações. Sem o conhecimento não há domínio e, conseqüentemente, o acontecimento não deve ser atribuído à vítima: se não houver o conhecimento do risco em todas as suas circunstâncias, bem como a capacidade de conhecer o desenvolvimento do perigo ao qual se expõe.

7.6 A SOLUÇÃO PELA VIA DA PERCEPÇÃO ONTOLÓGICO-NORMATIVA DO COMPORTAMENTO DA VÍTIMA

No âmbito doutrinário, Roxin compreende que deve prevalecer nos casos de *participação em autocolocação em perigo* e *heterocolocação em perigo consentida equiparável a uma autocolocação* a negação da imputação do resultado penalmente típico. A tese da impunidade se vale do argumento formal *a maiore ad minus*⁵¹², com fundamento na impunidade da participação dolosa em suicídio no sistema penal alemão, bem como do princípio da autorresponsabilidade enquanto expressão da autonomia obtida com a valoração objetiva do comportamento da vítima na ação arriscada.

Essa resposta decorre da valoração do comportamento da vítima através de institutos dogmáticos contidos na estrutura da *teoria da imputação objetiva*, que partindo de um viés teleológico e racional direcionado pela função de proteção de bens jurídicos em atenção ao ideal reitor de uma política criminal democrática, pretende negar a imputação do resultado.

Para Roxin, a *heterocolocação em perigo consentida* excluirá o tipo objetivo, pelo critério do alcance do tipo quando a *heterocolocação* equivaler em todos os aspectos a uma *autocolocação*. Nesse sentido, nega a imputação objetiva do resultado quando, a partir de uma *prognose póstuma objetiva*, no curso do fenômeno perigoso, todos os

⁵¹² A compreensão parte da tese da atipicidade do suicídio e da autolesão, com a ausência do fato principal, não pode existir a punibilidade do partícipe. Considerando, igualmente, a atipicidade da participação dolosa em suicídio, haveria um contrassenso valorativo na punição da participação dolosa na autocolocação em perigo, que seria um menos em relação a autolesão.

atores possuem a mesma responsabilidade, conhecerem o perigo envolvido na ação arriscada e o resultado decorrer do risco assumido.

Além de conhecimento do risco e da aquiescência no perigo que causou o resultado, Roxin traz o critério da responsabilidade equivalente *Kriterium der gleichrangigen Verrantwortlichkeit*: “aquele que se expõe a perigo tenha a mesma responsabilidade pela ação conjunta que tem que coloca em perigo”.⁵¹³

O critério visa equiparar normativamente o causador do perigo e aquele que se expôs ao mesmo. Para o autor, o desnível cognitivo e de dirigibilidade do risco inerentes ao portador do bem na heterocolocação seria compensado pela “incondicionada vontade de realizar a ação.”⁵¹⁴ De fato, na *heterocolocação em perigo*, Roxin mantém a aferição do conhecimento sobre o risco assentido pelo portador do bem a partir de uma perspectiva psicológica, como critério necessário para negar a imputação: nesse nível, apresenta a mesma compreensão necessária à validade do consentimento.

O déficit de responsabilidade entre o ator que se coloca em perigo e aquele que conduz a progressão do risco, ocasionado pela impossibilidade da obtenção do assentimento quanto ao resultado, conduz à utilização da *responsabilidade equivalente* como critério normativo que se propõe equilibrar o desnível ontológico.

Nesse sentido, na *heterocolocação em perigo consentida*, a solução de impunidade (quando equiparável a uma autocolocação) decorre da compreensão psicólogo-normativa do comportamento do portador do bem: psicológica quanto ao assentimento na ação arriscada e normativa, a partir do critério da responsabilidade equivalente, quanto ao resultado que deve ser compreendido como expressão da *autorresponsabilidade* daquele que se expôs ao perigo.

Então, para Roxin, o critério normativo que caracteriza a *heterocolocação em perigo consentida* e a difere de outros institutos é a responsabilidade equivalente *gleichrangigen Verrantwortlichkeit*, que deve ser explicado como: “quem se expõe a

⁵¹³ ROXIN, Claus. *Sobre a Discussão acerca da Heterocolocação em Perigo Consentida*. IN: LEITE, Alaor (org.). *Novos Estudos de Direito Penal*. São Paulo: Marcial Pons. 2014. P. 144.

⁵¹⁴ ROXIN, *Op. Cit.* P. 144.

um perigo criado por outrem tem a mesma responsabilidade que este quando assume o risco por decisão própria e livre, ou seja sem ter sido pressionado por aquele que coloca em perigo ou ter se submetido à vontade do mesmo.”⁵¹⁵ A equiparação da responsabilidade estaria na vontade incondicional de realizar a ação que compensaria o menor poder de *evitação* do portador do bem.

No entanto, resta insuficiente fundamentar a impunidade nos casos de *heterocolocação em perigo* pela responsabilidade equivalente. É necessário o desenvolvimento dos critérios de equiparação de responsabilidade que, no âmbito da proibição, não se satisfaz com a simples argumentação tópica da *vontade incondicional do autor*. Essa *vontade incondicional* teria como base reitora a liberdade e a ausência de submissão à vontade do provocador do risco. Ora, esse é um argumento no mínimo supérfluo, pois a liberdade sustenta a potencialidade da ação, um requisito à atribuição de qualquer responsabilidade.

Ainda que se considere a responsabilização da vítima como uma responsabilidade equiparável a do autor pela presença de um comportamento incondicionado, não há uma orientação segura para determinar o que fundamenta, em caso de uma igual responsabilidade, o privilégio a não imputação do resultado, que exime o autor de responsabilidade penal às custas do comportamento imprudente da vítima. Roxin introduz o critério da *responsabilidade equivalente*, mas resta construir o conteúdo dessa responsabilidade para ser capaz de sustentar a impunidade da *heterocolocação em perigo consentida*.

Uma solução político-criminalmente equilibrada aos casos de exposição da vítima ao perigo devem considerar a capacidade da vítima conhecer o desenvolvimento do perigo como critério que afirma a sua *autorresponsabilidade* pelos acontecimentos que resultam da exposição. Roxin limita a valoração do comportamento dos atores como expressão da autonomia (fundamento material da impunidade da participação em autocolocação em perigo) ao momento em que o portador do bem assente em participar da *jornada arriscada*, desconsiderando a necessidade de valoração do comportamento da vítima no *curso do perigo*.

⁵¹⁵ *Idem*.

Se o fundamento material da impunidade da *participação em autocolocação em perigo* é a autonomia, a partir da *autorresponsabilidade*, que se mantém com o portador do bem durante o desenrolar do perigo, então a equiparação entre a *auto* e a *heterocolocação* deve alcançar o potencial conhecimento e valoração do perigo pelo portador do bem.

A solução de imputação toma como decisivo o modo como é dividida a execução do fato entre vítima e autor. Se a colocação que gera o resultado for da vítima, haverá a *participação em autocolocação em perigo*, em regra impunível; se tal colocação resultar de outros atores, haverá uma *heterocolocação em perigo consentida*, em regra punível. Esse critério, sustentado pela causalidade, é insuficiente para fundamentar uma solução que requer uma apreciação do ponto de vista típico.

A construção de Roxin traz uma abordagem refinada em sua sistemática, mas não é capaz de orientar uma justa aplicação prática. A equiparação entre a participação em *autocolocação em perigo*, impunível, e a *heterocolocação em perigo consentida*, em regra punível, se evidencia mais como uma forma de expandir a liberdade do autor às custas da vítima, do que de garantir o recuo da proibição penal com fundamento no respeito à autonomia das pessoas.

A estrutura desenvolvida por Roxin influenciou propostas de solução que diferem quanto ao conteúdo que fundamenta a interrupção do nexo de imputação, mas que utilizam a teoria da imputação objetiva, a partir das figuras da *participação em autocolocação em perigo* e da *heterocolocação em perigo consentida*, como caminho para a determinação da existência de tipicidade objetiva na valoração do comportamento do portador do bem.

Nessa perspectiva, equiparação entre a *auto* e a *heterocolocação em perigo* para solução de imputação também é defendida por Luzon Pena⁵¹⁶. Ele utiliza o critério da

⁵¹⁶ 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*. IN: Revista Nuevo Foro Penal Vol. 6, No. 74, enero-junio 2010, pp. 58-80, Universidad EAFIT, Medellín.

alteridade e da *não identidade*⁵¹⁷ entre autor e vítima para negar a imputação nos casos em que o *domínio final* do curso da ação arriscada cabe ao portador do bem ofendido⁵¹⁸. Sendo o domínio final da ação arriscada, no curso do perigo, do portador do bem, a lesão não alcança a alteridade e, sendo uma lesão praticada pela própria vítima, não pode ser imputável a terceiro⁵¹⁹.

A ruptura do nexo de imputação se daria nos casos em que o domínio final do curso da ação arriscada cabe ao portador do bem ofendido. Sendo o *domínio final da ação arriscada do portador do bem*, a lesão não alcança a *alteridade* necessária para justificar a imputação objetiva ao autor. O critério, nesse sentido, tem reduzido o seu rendimento, pois no curso do desenvolvimento do acontecimento, não existe a possibilidade de determinar, causalmente, quem tem o domínio *final da ação*

⁵¹⁷ “Os princípios da lesividade ou ofensividade servem como parâmetro para formulação do princípio da alteridade ou de não identidade entre o autor e vítima na autocolocação em perigo: a conduta contra bem jurídico próprio não agrava valores comunitários essenciais à manutenção da sociedade, não sendo proibidas a autolesão e a autocolocação em perigo, por não inexistir lesividade e ofensividade em tais fenômenos, e também não deve ser proibida a participação em ambas.” Em: COSTA, Lucas Gabriel Santos. *A responsabilidade penal nos casos de autocolocação da vítima em perigo*. Direito penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara; coordenadores: Bartira Macedo Miranda Santos, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Matheus Felipe De Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2015.p. 348. Nesse sentido: 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*. IN: Revista Nuevo Foro Penal Vol. 6, No. 74, enero-junio 2010, pp. 58-80, Universidad EAFIT, Medellín. P. 71.

⁵¹⁸ Luzon-Peña propõe o princípio da alteridade ou não identidade entre autor em vítima como fundamento material à impunidade da participação em *autocolocação em perigo*. O autor desconsidera o princípio da *autorresponsabilidade* como critério capaz de justificar a responsabilidade da vítima na guarda de seus bens. O fundamento da *alteridade* ou *não identidade*, com base na nocividade do comportamento está correto, no entanto é desnecessário. Os tipos penais referem-se à alteridade da lesão em respeito à *autorresponsabilidade*. É a *autorresponsabilidade* que determina o conteúdo da *alteridade* no perigo que é produzido pelos tipos: se se pune o comportamento que alcança ao outro (*alteridade*) é porque os tipos têm a finalidade de preservar espaços de liberdade, não punindo o comportamento *autorresponsável* de quem atenta contra o seu próprio bem.

⁵¹⁹ “Diversamente de Roxin, propõe como critério material para impunidade, para além do princípio da autorresponsabilidade, o respeito à finalidade do direito penal na proteção de bens jurídicos através do princípio da alteridade ou da não identidade entre autor e vítima. Luzón-Peña argumenta que o princípio da alteridade deve ser formulado num prisma negativo, ou seja, da não identidade entre autor e vítima, pois se o ofendido se autolesiona, conseqüentemente não ofenderá a outrem, tampouco os interesses da comunidade e conseqüentemente, a ordem jurídica. Considerando que a ofensividade e a lesividade se referem à proibição de lesar bem jurídico de terceiro, não havendo proibição da lesão ou colocação em perigo de bens jurídicos próprios, por si mesmo, não são igualmente proibidos a participação em autolesão ou autocolocação em perigo.” COSTA, Lucas Gabriel S. *Heterocolocação em Perigo Consentida em condutas imprudentes de trânsito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. P. 207.

arriscada. “E, ainda que se considerasse a possibilidade de controle [causal do perigo], não haveria como o determinar na fase decisiva de realização do risco”.⁵²⁰ Schünemann⁵²¹, por exemplo, sustenta que a construção das figuras autônomas da *participação em autocolocação em perigo* e da *heterocolocação em perigo consentida* como critérios que orientam uma abordagem teleológica restritiva do fim de proteção da norma é o caminho dogmático correto, apresentado como uma solução de imputação objetiva. No entanto, o autor define que o domínio do fato, aquilo que ontologicamente diferencia a *auto* e a *heterocolocação* em perigo, não é o critério capaz de orientar a solução. A não imputação objetiva do resultado se vincula ao nexo de imputação, que se rompe a partir da cooperação da vítima *autorresponsável* na produção do risco. A partir daí, seguindo o princípio *vitimológico*, propõe-se a solução de não imputação objetiva do resultado a ambas figuras normativas.

Strtenwerth defende a utilização do consentimento nos casos de participação em *autocolocação em perigo* e *heterocolocação em perigo consentida*. Ele defende a negação de uma figura autônoma e a flexibilização dos pressupostos de validade e eficácia do consentimento para adequação às novas formas de expressão do comportamento do ofendido no âmbito do injusto⁵²².

A busca por uma eficiência do direito penal faz com que se defenda a relativização da indisponibilidade da vida, especialmente no âmbito da conduta culposa, para que o instituto seja aplicado. Nesse sentido, inverte-se a lógica do direito penal: não se adequa o instituto para que haja uma proteção adequada e necessária ao bem, mas relativiza-se o bem para garantir a eficiência do instituto dogmático. A lógica e a

⁵²⁰ COSTA, Lucas Gabriel S. *Heterocolocação em Perigo Consentida em condutas imprudentes de trânsito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. P. 209.

⁵²¹ “Pronuncia-se decididamente por uma solução generalizadora, por princípio aplicável a todas as situações de heterocolocação em perigo consentida. Que, partindo da equiparação, do ponto de vista do fim de proteção da norma, com os casos de autocolocação em perigo, tornará imperativa a mesma solução de impunidade. O autor não deixa de sublinhar a heterogeneidade conceitual e dogmática das duas constelações, máxime na perspectiva do domínio do fato que, nas hipóteses de heterocolocação em perigo consentida o agente ‘mantém até o fim’. Simplesmente, ‘não pode constituir motivo de valoração jurídica diferenciada, uma vez que o domínio do fato carece de toda função [...] sempre que se dá uma interrupção do nexo de imputação’. Isto suposta a imputabilidade e liberdade da vítima e a sua perfeita representação dos riscos assumidos e afastando qualquer ‘excesso do agente’.” ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Contributo parra a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Editora Coimbra, 1991. p 285.

⁵²² STRATENWERTH, Günter. *Heteropuesta en Peligro Consentida en Conductas Imprudentes*. IN: www.indret.com, 2013. Acessado em 09/2017.

eficiência do sistema dogmático se tornam mais importantes do que a garantia de proteção ao bem: o instrumento de controle passa a ter mais valor que a matéria de regulação.

São teses que ampliam a dimensão da disposição do bem pelo titular ao mesmo tempo que relativizam o conteúdo da proibição abrindo espaços de liberdade de ação ao autor. Desse modo, compreendem-se como teses que constroem espaços normativos com pouca visão sobre a realidade.

É necessário o equilíbrio entre a existência da proteção e a necessidade de proibição. A construção teórica dos institutos deve ter referência na realidade: a ampliação da normatização dos institutos e a consequente abstração é necessária para o desenvolvimento lógico do sistema, mas sua legitimidade requer a sua compreensão a partir de uma realidade social que se demonstra como o objeto de verificação dogmática.

7.7 CONCLUSÕES PRELIMINARES

O fundamento da decisão do BGH no teste de aceleração se insere em um rol de propostas formado por institutos, princípios e formas de pensar voltados a analisar o problema que reconduziu a análise do comportamento da vítima ao centro de discussão na teoria do delito. Os estudos produzidos até então, no entanto, buscam mais a determinação da punição ou não dos atores que constituem o fato do que uma proposta político-criminalmente adequada aos problemas apresentados e uma orientação dogmática justa, capaz de produzir igualdade e justiça nas decisões.

Os argumentos não se detêm sobre a exposição e a crítica do elemento delitivo ausente para justificar a impunidade da *participação em autocolocação* em perigo ou *heterocolocação em perigo consentida*. O estudos dogmáticos, assim como o BGH no teste de aceleração, esgota os seus fundamentos em uma argumentação tópica sobre a imputação da responsabilidade. O defeito básico presente na argumentação que se insere no debate destes casos é a não compreensão de uma análise racional, sistemática e sólida do comportamento da vítima na teoria do delito.

Essa resposta decorre da valoração do comportamento da vítima através de institutos dogmáticos que, partindo de um viés teleológico e racional, direcionam a função de proteção de bens jurídicos ao ideal reitor de uma política criminal democrática que pretende negar a imputação do resultado.

Se o comportamento não é proibido penalmente, não se trata, então, de uma análise no âmbito da imputação objetiva de resultado, mas da extinção do delito no âmbito dos efeitos limitativos da ação. Nesse contexto, é importante delimitar e expor o conteúdo da teoria da ação em correlação ao da teoria da imputação, observando os contornos que vinculem tal teoria aos efeitos negativos da ação.

Para além da análise das propostas que incluem o comportamento da vítima como elemento de valoração do fato punível, na teoria da imputação, é preciso observar a relação dessa inclusão na dogmática da ação: conteúdo que serve como elemento limitativo inicial da teoria do delito.

PARTE III
A EXPOSIÇÃO DA VÍTIMA NO FATO PERIGOSO COMO ELEMENTO DA
CONDUTA TÍPICA

CAPÍTULO 08
O ALCANCE DA TEORIA DA AÇÃO NA VALORAÇÃO DO COMPORTAMENTO
DA VÍTIMA NO FATO PERIGOSO

8.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As soluções apresentadas pelas propostas funcionalistas⁵²³, a partir da teoria da imputação objetiva, aos casos em que a vítima se expõe ao fato perigoso expõem dificuldades para se adequar ao sistema penal brasileiro. Dificuldades que se evidenciam na ausência de uma adequada posição do problema na teoria do delito, bem como pela carência de fundamentos que justifiquem soluções de impunidade.

O presente capítulo orienta a solução dos casos de exposição da vítima ao perigo a partir da teoria da ação⁵²⁴. Busca, nesse sentido, estabelecer a função e o conteúdo jurídico-normativos adequados para compreensão da ação como elemento da teoria do delito⁵²⁵ capaz de delimitar o alcance do tipo objetivo nos casos de exposição da vítima ao perigo.

⁵²³ Especificamente as propostas racional-teleológica e a sistêmica, objetos de análise nesta pesquisa.

⁵²⁴ A abordagem do objeto não parte tem o *manualismo* (“a tendência a escrever na dissertação ou tese verdadeiros capítulos de manual, explicando redundantemente – pois trata-se de coisas amplamente sabidas por quem já passou por um curso de direito – o significado de princípios e conceitos” Em: OLIVEIRA, Luciano. *Não fale do código de hamurábi!* A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. EM: OLIVEIRA, Luciano. Sua Excelência o comissário. Rio de Janeiro: Letralegal, 2004) como perspectiva para criticar a teoria da ação: não há pretensão de descrição histórica e classificatória dos conceitos de ação no direito penal. Os conceitos serão apresentados na medida em que de alguma forma sirvam ao desenvolvimento da tese.

⁵²⁵ A compreensão da teoria da ação no âmbito da responsabilidade penal das pessoas jurídicas não é objeto dessa tese. Considerando a conduta típica como um elemento de limitação do espaço de proibição, ele passa a ter a função de delimitação orientada pelo risco típico que tem a sua permissividade estabelecida por uma referência jurídico-normativa. Alamiro Velludo Salvador Neto considera que “É preciso dizer, contudo, que a intervenção do Direito Penal, como ultima ratio, não decorre da simples desestruturação interna, mas sim no fato de, em razão deste déficit de organização contrário ao Direito em geral, ser produzido um resultado de dano ou perigo típico ao Direito Penal em particular. Esta conduta relevante ao Direito Penal das pessoas jurídicas é uma ação complexa, pois é aquela que produz lesão ou a ameaça de lesão ao bem jurídico em decorrência de um déficit de organização contrário ao Direito. Se a mera existência do déficit não é um problema jurídico-penal, o

Para chegar a essa conclusão, o capítulo mostra que as teorias da ação reduzem o espaço de proibição a partir da atribuição às mesmas de uma função de delimitação. Os conceitos de ação *pré-típicos*, no entanto, que tentam limitar tal espaço a partir dos sentidos natural ou ontológico da ação possuem um rendimento limitado para solucionar questões que exigem uma valoração jurídico-normativa, como aquelas inerentes à *intervenção da vítima no perigo*.

Com esse objetivo, o capítulo analisa os conceitos de ação *pré-típicos* expondo os ganhos e objeções voltados ao alcance da função de delimitação nos casos que formam o objeto dessa pesquisa. E, posteriormente, adota uma perspectiva de *conduta típica*⁵²⁶ que restringe o alcance da proibição a partir da valoração teleológica do risco típico.

Considerando a valoração normativa do comportamento da vítima como critério que influi na permissividade do risco contido na relação entre a vítima e o autor nos casos de exposição da vítima no perigo, torna-se relevante analisar o significado de tal valoração como um elemento normativo que influi na ausência do *desvalor objetivo* da ação, não apenas para uma correta compreensão sistemática, mas, sobretudo, ao ajuste da solução político-criminalmente adequada e próxima à realidade social.

É importante ressaltar que a tradição científica moderna, como foi exposto no capítulo 01, compreende a análise do objeto a partir do seu gradativo isolamento e

ataque ao bem jurídico dele decorrente passa a sê-lo. Trata-se de uma ação global que, de fato, manifesta a personalidade da empresa.” Em: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Perspectivas Contemporâneas e Pressupostos Dogmáticos para uma Construção Possível*. São Paulo. Tese. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2017. P. 186 – 187.

⁵²⁶ A proposta de solução parte da compreensão da inserção do princípio do risco na teoria da ação, formando a categoria da *conduta típica*, desenvolvida por Wolfgang Frisch. A teoria difere, no âmbito do tipo objetivo, os níveis sistemáticos da conduta e do resultado a partir da valoração do princípio do risco. A conduta típica, que tem em seu conteúdo a criação de um perigo proibido, assume um nível sistemático prévio à imputação objetiva do resultado, que se verifica com a lesão decorrente do perigo proibido. FRISCH, Wolfgang. FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento Típico e Imputación del Resultado*. Tradução: Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004. O desenvolvimento da categoria *conduta típica* é apresentada no texto como elemento que serve à crítica às propostas de ação *pré-típicas*, bem como fundamento à solução de impunidade aos casos de exposição responsável da vítima ao perigo, nesse sentido, não se enclausura em um tópico específico, mas se expande em todo o texto como elemento condutor da solução proposta ao problema da pesquisa.

diferenciação. Um pensamento que desconsidera a relação do pensamento complexo como a conexão entre os pontos comuns dos vários objetos que se apresentam à valoração científica.

Nesse sentido, o capítulo retoma a compreensão sobre o refinamento das construções dogmáticas, mas agora com foco na crítica sobre a ausência de rendimento das propostas de ação de caráter *pré-típico* para limitar o alcance da proibição penal face a um problema que necessita de uma valoração normativa do comportamento da vítima.

8.2 A TEORIA DA AÇÃO COMO ELEMENTO DE LIMITAÇÃO DO ALCANCE DA PROIBIÇÃO PENAL

Utiliza-se frequentemente a palavra ação para orientar a realização social da personalidade humana⁵²⁷, mas, ainda assim, crescem propostas de desenvolvimento da dogmática penal que buscam retirar a ação do conceito analítico de crime⁵²⁸: a determinação normativa do fato criminoso, assim, passa a autorizar a imposição da pena a uma pessoa que figura mais como um objeto da imputação jurídico-normativa que como um ser dotado de valor por sua dignidade.

A dogmática penal, no entanto, limita o alcance da manifestação punitiva que recai sobre um ator quando este pôs em curso uma relação social mediante a sua ação⁵²⁹: se a consequência jurídica do crime é a pena, que alcança pessoas (não animais ou forças da natureza), que se manifestam socialmente a partir da ação, então essa ação é o elemento que garante a unidade de um pensamento dogmático que pretenda considerar o indivíduo, a sociedade e o sistema penal como fontes ao sentido da proibição penal.

⁵²⁷ Ver Capítulo 05. Parte 5.2.

⁵²⁸ MARINUCCI, Giorgio. *El Delito como 'acción'*. Crítica de um dogma. Madrid: Marcial Pons, 1998. P. 20.

⁵²⁹ "O injusto se caracteriza pela realização de uma ação violadora de uma norma proibitiva ou mandamental e também contrária à ordem jurídica em sua totalidade. Essa ação é atribuída a um sujeito com as qualidades de pessoa deliberativa e produz uma alteração sensível da realidade, expressa na lesão ou perigo concreto de lesão de um bem jurídico." Em: TAVARES, Juarez. *Fundamentos da Teoria do Delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. P. 115.

O conceito de ação não é uma criação do sistema jurídico. O direito penal funcionaliza o significado da ação para sustentar as estruturas de um sistema que racionalmente ajuste os espaços sociais de proibição⁵³⁰. No âmbito jurídico, o estudo da teoria da ação, especialmente na dogmática jurídico-penal, amplia as possibilidades do sistema dogmático atuar como limite à manifestação punitiva, pois, em face dos múltiplos casos que apresentam o confronto entre a liberdade de ação e a necessidade de proteção penal (presente na relação entre o prestígio que se atribui à autonomia do ator lesado como fundamento à abertura dos espaços de proibição), restringe a compreensão sobre a comunicação que não deve ser considerada relevante à formação das estruturas do sistema penal.

Por exemplo, *A* compra um pacote turístico para que *B* passe as férias juninas na Europa. No entanto, *A* diz expressamente a *C* que comprou aquela passagem torcendo para que um raio alcançasse o avião e fosse capaz de causar a morte de *B*. Durante a viagem, um raio cai sobre o avião e *B* morre. A teoria da imputação objetiva do resultado pretende negar a imputação pela ausência de um risco juridicamente proibido, pois o comportamento de *A* não cria um risco capaz de colocar gerar um perigo proibido à vida de *B*.

O fundamento da teoria da imputação objetiva está correto⁵³¹, mas essa questão poderia ser discutida e resolvida na teoria da ação. Se a teoria da ação é capaz de solucionar problemas que demandam a valoração do risco permitido, então se reduz a necessidade de uma teoria da imputação do resultado.

⁵³⁰ O Direito é um saber sistematizado “[...] que precisa utilizar uma linguagem definida para construir suas teorias, necessidade tanto maior quanto mais se queira sofisticar essas teorias. Entretanto, se o Direito faz jus à possibilidade de criar seu próprio jargão especializado, a enorme abrangência dos fenômenos jurídicos, que se estendem por sobre praticamente todos os aspectos da vida humana, obriga a que ele se utilize de um sem-número de conceitos que são oriundos de outras áreas do saber ou que nessas outras áreas encontram o campo natural de definição originária. [...] Isso acontece com o conceito de ação. Obviamente, o conceito de ação como o substantivo descritor do agir humano não é originário do Direito, embora nele surja desde cedo o termo ação com o sentido que ainda hoje o direito processual lhe empresta.” Em: Nesse sentido: COSTA, Lucas Gabriel S. ROCHA, Alexandre S. *A Valoração da Ação Intersubjetivamente Significativa na Dogmática Jurídico-penal*. IN: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/pi88duoz/q4lu4pk3/t7A0963G5Xac5Ok5.pdf>. p. 168.

⁵³¹ Nesse sentido, Luís Greco afirma que “O direito penal apenas proíbe ações perigosas – esta ideia é o fundamento político-criminal do requisito que estamos examinando, a criação do risco; Esse requisito é necessário, porque apenas a sua presença no seio do tipo garantirá que não se proibam ações não perigosas para o bem jurídico – por exemplo, ações animadas de uma vontade a ele contrária.” GRECO, Luís. *Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 32.

A necessidade de uma teoria da imputação se desenvolve em um contexto de superação do dogma causal⁵³² e da *hipervalorização* da vontade do pensamento finalista⁵³³. Sem subvalorizar a importância do pensamento funcional sistêmico ou teleológico racional do delito, deve se considerar que a expansão da teoria da imputação está vinculada à tentativa de se erguer um edifício autônomo, que precisa de um elemento de destaque, uma *peça chave*, essencial, ou seja, de um instituto que garanta o *relevo* da mudança de paradigma: para o funcionalismo penal, esse instituto é a teoria da imputação objetiva⁵³⁴.

O conteúdo da teoria da imputação, entretanto, expande-se menos como necessidade de um novo instituto do que como a manifestação de um pensamento dogmático que se ergue com a negação da base reitora da construção finalista. O nexo de imputação no âmbito do tipo objetivo é necessário para orientar os limites jurídico-normativos da atribuição do resultado penalmente típico, mas a proteção da liberdade social de ação, no âmbito da dogmática penal, tem como elemento de delimitação inicial da ação. É nesse sentido que, ainda que existam correções necessárias, Welzel acerta ao determinar o *princípio da adequação social* como fonte capaz de potencializar a função delimitativa da ação, excluindo *a priori* comportamentos irrelevantes ao direito penal.

⁵³² FRISCH, Wolfgang. *La imputación Objetiva del Resultado*. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas. Estudio preliminar de Ricardo Robles Planas. Traducción de Ivo Coca Vila. Barcelona: Atelier, 2015. P. 42-52.

⁵³³ “O Direito só pode ter em conta as estruturas reais sobre as quais se queira ter alguma eficácia. Tinha razão Welzel ao considerar que o Direito deve respeitar estruturas antropológicas como a capacidade de antecipação mental de objetivos quando se dirige ao homem mediante normas. Sem dúvida, se o ser humano não tivesse a capacidade de adotar decisões tendo em conta motivos normativos, seria inútil tratar de influir no comportamento humano mediante normas proibitivas ou preceptivas. Porém, adverte-se que a finalidade reguladoras de condutas que concedamos ao Direito – uma questão jurídica, não ontológica – tem sua eficácia condicionada à existência daquela capacidade humana de ser motivado por normas. Em todo caso, a teoria da imputação objetiva partiu do fato dos limites do previsível por uma pessoa prudente à hora de tomar decisões.” MIR PUIG, Santiago. *Significado e alcance da imputação objetiva em direito penal*. Tradução: Ricardo Breier. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Nº 56. Setembro-outubro de 2005 – ano 13. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005. Em: p. 181-182.

⁵³⁴ Para Roxin, “é exatamente a teoria da imputação objetiva que também está a demonstrar que a moderna dogmática jurídico-penal não pode ficar parada nos conhecimentos obtidos por Welzel e pelo finalismo.” ROXIN, Claus. *A teoria da Imputação Objetiva*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. P. 10.

O funcionalismo penal parte da proposta axiológica e de normatização do tipo penal desenvolvida pelos *neoclássicos*, mas, supera o *relativismo axiológico* e o *subjetivismo* a partir de uma ancoragem do processo de *renormatização* dos elementos dogmáticos nos fins da política criminal ou na finalidade de manutenção das expectativas normativas que contêm a identidade de uma sociedade em curso.

A construção *teleológico-funcional*, para reduzir os problemas do amplo espaço de alcance do tipo nos crimes de resultado (em virtude do nexo de causalidade naturalístico como nexo de imputação), parte do conceito de imputação. Observando que o problema do tipo objetivo era um nexo de causalidade que não tem capacidade de limitar o alcance do tipo, então, a solução aparente é inserir um nexo de imputação como filtro à causalidade, como critica afirma Frisch⁵³⁵.

Mas uma solução *aparente* pode não ser *legítima*, pois se a ação, em sua manifestação concreta, como afirma Alexandre Rocha, é o agente causal da modificação do estado de coisas no mundo objetivo (ou o impedimento da mudança de estados de coisas que ocorreria no curso natural dos acontecimentos), essas mesmas ações têm uma dimensão simbólica e como tal são valoradas. As ações, como manifestações sociais, na perspectiva de sua dimensão simbólica, formam relações sociais que seguem uma máxima de orientação e sentido concebidos socialmente.⁵³⁶

O direito penal toma essas relações como objeto de valoração, com a finalidade de aferir, normativamente, a existência dos elementos do fato punível. Por isso, como afirma Johannes Wessels, “o ponto de referência do direito penal é a conduta humana

⁵³⁵ “Mucho más atractivo se reveló un planteamiento que, desde dos puntos de vista, parecía dado com carácter prévio: el punto de partida em la categoría de *la relación* requerida entre la acción (em gran medida descolorida) y el resultado. Buscar aquí la colución lo sugeria la amplitud perturbadora del tipo residía obviamente em una teoría concreta de la relación (causal) entre acción y resultado, la teoría de la equivalência, parecía evidente que debía accionarse la palanca de la corrección em el lugar de intervención de esta teoría, esto es, debía sustituirse esta teoría, a la que se hacía responsable de la amplitud inadecuada del tipo, por otra teoría más adecuada de la relación requerida entre acción y resultado.” FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento Típico e Imputación del Resultado*. Barcelona: Marcial Pons. 2004. P. 28

⁵³⁶ ROCHA, Alexandre Sergio da. *Ação Humana e Responsabilidade*. Originais ainda não publicados p. 141 sq.

ligada às consequências socialmente danosas”⁵³⁷. A referência social é um dos limites à valoração da ação, mas o crime representa um comportamento que se opõe ao sistema jurídico-penal.

A imputação, de outro modo, é uma criação normativa, é a atribuição ao sujeito de algo que a ele se associe, ou seja, uma adjetivação seguindo um sentido social ou significado sistêmico, como a simples autoria da ação ou a intenção de produzir o resultado certo e determinado. No direito penal, nos crimes materiais, é a atribuição do fato (relação social) que contém a causação de um resultado objetivamente típico a uma pessoa *autorresponsável*.

Considerando que o sistema penal determina normas de conduta dispostas formalmente nos tipos penais, que possuem a ação como um núcleo, o fato punível, com a materialização da proibição contida nos tipos, deve ter em sua essência a realização de uma conduta humana. O que não é uma ação humana não se pode exigir ou proibir pelo direito penal: “as proibições e os mandados jurídicos não podem ir além da capacidade do homem de intervir com a sua ação no curso dos acontecimentos [tradução nossa].”⁵³⁸ Por isso, em um sistema que não prescinde da proteção do ser humano como limite à manifestação punitiva, a ação será um elemento que vincula a pessoa ao sistema penal e que antecede ao juízo de imputação do resultado objetivamente típico.

No caso apresentado, o comportamento de A é atípico não pela impossibilidade de imputação objetiva do resultado, mas porque a conduta de dar um pacote turístico a alguém, por si só, não é um comportamento socialmente inadequado e, também, produz um risco permitido⁵³⁹. Por isso, não contém o *desvalor objetivo* necessário para fundamentar a existência de uma ação típica. Aqui se observa que tanto a teoria da

⁵³⁷ WESSELS, Johannes. *Direito Penal*. Parte geral. Tradução: Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976. P. 17.

⁵³⁸ “[...] las prohibiciones y los mandados jurídicos no pueden ir más allá de la capacidad del hombre de intervir con su acción em el curso de los sucesos”. STRATENWERTH, Gunther. *Derecho Penal*. Parte General, I. El Hecho Punible. Tradução: Gladys Nancy Romero. Buenos Aires: Di Placido, 1999. P. 51

⁵³⁹ Diferente seria se A fosse um cientista capaz de prever que na região trafegada pelo avião haveria certamente um fenômeno elétrico ao qual aquele avião, com suas características como aeronave, não poderia resistir.

adequação social quanto o princípio do risco chegariam ao mesmo resultado. Ambos são institutos próximos⁵⁴⁰, mas que possuem níveis de refinamento diversificados, pois o princípio do risco é capaz de alcançar problemas não resolúveis pela adequação social, em virtude de uma base de valoração que se refere ao conteúdo presente nos tipos.

8.2.1 Perspectiva racional da ação a partir da função de delimitação

O conceito analítico de crime, como uma construção referida à moderna teoria do delito, geralmente se mostra como ação típica, antijurídica e culpável⁵⁴¹. A ação, especialmente no período de maior influência da construção finalista⁵⁴², alcançou um papel sistemático fundamental: o primeiro elemento analítico, que se orienta como o *centro de gravidade*, a *espinha dorsal*, a *pedra angular* de toda a teoria do delito⁵⁴³.

Essa perspectiva central fez da teoria da ação, nas primeiras décadas do século passado, um dos temas de amplo e especial espaço de discussão na dogmática penal, especificamente quanto à capacidade de construção da ação enquanto categoria autônoma na estrutura do fato punível⁵⁴⁴. A discussão se centrava na compreensão de um conceito de ação com caráter *pré-jurídico*, que antecede à tipicidade, um

⁵⁴⁰ Nesse sentido, GRECO, Luís. *A teoria da Imputação Objetiva: uma introdução*. IN: ROXIN. Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. P. 31.

⁵⁴¹ Aqui assumimos o conceito tripartido de delito, em que as categorias da tipicidade, ilicitude e culpabilidade integram o delito. Não se apaga a relevância doutrinal jurídico-penal dos diversos vieses que tentam suportar analiticamente os elementos do crime, como também não se observa como o objeto do estudo a distinção *intrassistêmica* que qualifica e diferencia as diferentes propostas que vão da perspectiva bipartida até a quadripartida do delito.

⁵⁴² Roxin afirma que no “início dos anos 50, o finalismo estava na era de sua grande florescência”, sendo “o finalismo representa hoje mais do que uma época ultrapassada do pensamento penal.” Em: ROXIN, Claus. *Finalismo: um balanço entre os seus méritos e deficiências*. *Novos Estudos de Direito Penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. P. 116.; Hirsch, de outro modo, afirma que “el ‘finalismo’ no se puede classificar como el produto de una orientacion filosófica determinada de la época”. Sendo que muitos penalistas abordam fins gerais ou especiais do finalismo “sin que por ello se perciban a sí mismos como ‘finalistas.’” Em: HIRSCH, Hans Joachim. *Acerca de la crítica al “finalismo”*. IN: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Março – abril de 2007 – ano 15. Nº 65. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P. 82 -104

⁵⁴³ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. Traducción Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Editorial Comares, 1993.

⁵⁴⁴ É importante destacar que os estudos produzidos sobre a ação no direito penal resultaram em ganhos que colaboraram para crítica de seu potencial como categoria sistêmica. Crítica que recai sobre: i a sua adequação e utilidade na teoria do delito; ii a função que desempenha; iii o conteúdo que fundamenta a sua existência. Nesse sentido: D’AVILA, Fábio Roberto. *O Conceito de Ação em Direito Penal. Linhas Críticas sobre Adequação e Utilidade do Conceito de Ação na Construção Teórica do Crime*.

conceito psicofísico⁵⁴⁵, e com a capacidade de executar as múltiplas funções atribuídas pela dogmática penal⁵⁴⁶.

Essas múltiplas funções buscam no conceito de ação uma função classificatória, em que o comportamento seja um elemento básico a todas as formas em que se expressam o fato punível; uma função de união, como uma coluna vertebral do sistema penal, como elemento próximo às categorias do delito, tipicidade, ilicitude e culpabilidade; e uma função de delimitação, em que a ação seja o limite inicial, um filtro ao conteúdo relevante ao direito penal, excluindo os comportamentos que *a priori* não possuam uma idoneidade mínima a ensejar uma reprovação jurídico-penal⁵⁴⁷.

As teorias da ação tentaram construir uma unidade capaz orientar o *start* do processo de valoração dogmática: um *supraconceito* de ação comum a toda espécie de crime, um elemento básico, que venha unir todas as categorias da percepção analítica do delito, sendo também capaz de excluir o acontecimento, fortuito, irrelevante, que não importa ao direito penal⁵⁴⁸.

As tentativas de formular um *supraconceito* na dogmática penal assumiu uma ampla dimensão teórica que influenciou no subdimensionamento de uma função prática da ação como elemento inicial do processo de limitação da manifestação punitiva⁵⁴⁹. Quando se pensa na *função classificatória* (em que o conceito de ação deve ter a

⁵⁴⁵ RAMIREZ, Juan Bustos. *De los Conceptos de Acción y su Valoración Objetiva e Subjetiva*. P. 137.

⁵⁴⁶ SILVA SANCHEZ, Jesús Maria. *Sobre os Movimentos "Impulsivos" y o Concepto Jurídico-penal de Acción*.

⁵⁴⁷ Nesse sentido: JESCHECK, Hans-Heinrich. WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. Traducción Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Editorial Comares, 2002. A ação, no sistema jurídico-penal, especialmente na teoria do crime, deveria desempenhar a função de elemento central sobre o qual se desenvolvem os elementos da teoria do crime. Vale observar que Santiago Mir Puig destaca duas funções da ação como categoria analítica do crime: "i função positiva, a de base substancial mínima sobre a qual possam assentar-se as demais categorias do delito e, em particular, todas as suas modalidades (delitos dolosos, imprudentes e de omissão); ii função negativa, de selecionar previamente dos fatos irrelevantes para valoração jurídico." IN: MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P. 168.

⁵⁴⁸ Juarez Tavares amplia o rol de funções atribuíveis à ação: "A ação desempenha, pelo menos, cinco funções importantes na teoria do delito: a) serve para eliminar do direito penal fatos irrelevantes; b) fundamenta a constituição do tipo de injusto; c) constitui meio de ligação entre o tipo de injusto e a culpabilidade; d) disciplina os limites da responsabilidade subjetiva; e) serve de fator de referência do concurso de agentes, do concurso de crimes e da diferenciação entre as fases de realização do delito." TAVARES, Juarez. ." Em: TAVARES, Juarez. *Fundamentos da Teoria do Delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. P. 116.

⁵⁴⁹ MARINUCCI, Giorgio. *El Delito como 'acción'*. Crítica de um dogma. Madrid: Marcial Pons, 1998. P. 16-17.

capacidade para fundamentar todas as formas de aparição do fato punível), por exemplo, o conceito *causal* não alcança os crimes omissivos e a tentativa⁵⁵⁰, o *final* possui dificuldades para justificar o crime culposos⁵⁵¹, bem como o social perde rendimento para fundamentar os crimes formais e de mera conduta⁵⁵².

Manuel Jaén Vallejo chega a mencionar que poucos conceitos foram tão discutidos como o de ação, sobretudo após os trabalhos de Hans Welzel⁵⁵³. O conceito de ação formava “ecos da controvérsia, tão acesa nas últimas décadas e até há bem pouco tempo [...] mas a querela perdeu já muita da sua virulência.”⁵⁵⁴ Os finalistas preocupavam-se com a formulação de um *edifício teórico* a partir das múltiplas finalidades dogmáticas da ação, mas a *ação final* se afastava de uma função prática que aproximasse a ação dos problemas inerentes ao desenvolvimento do contexto social na época, como critica Paulo Cesar Busato⁵⁵⁵.

A partir da ampliação dos estudos sobre a imputação, especialmente, restaram duas possibilidades à proposta de delimitação do tipo objetivo: i renunciar ao conceito de ação e começar a análise do fato punível direto da tipicidade, considerando a imputação do resultado como referência, uma vez que a definição da ação não parecia possível, ou seria tão genérica que não possuiria qualquer valor sistêmico; ou ii antes de ingressar no espaço da ilicitude, definir um conceito de ação útil para o Direito penal.

A questão é que a renúncia a um *supraconceito de ação* não deve se confundir com a renúncia à conduta como elemento sistemático inicial típico e à adoção de um objetivismo radical que reduz o tipo ao resultado. Não é lógico considerar que a conduta de um profissional de saúde que realiza uma pequena intervenção assentida

⁵⁵⁰ TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. P. 82-83.; JESCHECK, Hans-Heinrich; *Tratado de Derecho Penal*. Granada: Comares, 1993. P. 183.

⁵⁵¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Conduta Punível*. São Paulo: José Bushatsky, 1961. P. 154.; BRANDÃO, Claudio. *Teoria Jurídica do Crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. P. 29.

⁵⁵² ATIENZA, Manuel. *Para uma Teoria General de la Acción Penal*.

⁵⁵³ VALLEJO, Manuel Jaén. El Concepto de Acción em la Dogmática Penal. Madrid: Colex, 1994. P. 11.

⁵⁵⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 205.

⁵⁵⁵ BUSATO, Paulo Cesar. *Direito Penal e Ação Significativa*. Uma análise da Função Negativa do Conceito de Ação em Direito Penal a Partir da Filosofia da Linguagem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 68.

pelo portador do bem, como a aplicação de um medicamento intramuscular em um paciente, ou a ação do futebolista que realiza uma jogada normal e permitida do desporto, que resulte em lesão ao seu adversário, sejam condutas típicas.

De fato, o foco na potencialização da função *positiva da ação - supraconceito* - e a gradativa frustração nos resultados obtidos, resultou em hipóteses de supressão da ação enquanto categoria sistêmica⁵⁵⁶. A crítica que recai sobre teoria da ação, especialmente, é que a conduta perde espaço para filtros realizados a partir de outras categorias sistêmicas, como o nexos de imputação e o resultado.

Nesse sentido, é preciso pensar a teoria da ação como um filtro de garantia da liberdade constitucional de ação com a determinação inicial dos limites da proibição. Isso é possível com a valoração do conteúdo ação a partir de referências jurídico-normativas que obtenham o significado da *conduta típica* considerando a complexidade presente nas relações entre a pessoa, o direito penal e a sociedade atual.

8.2.2 O desvalor da ação como propriedade que informa o espaço de proibição penal

É o percurso histórico que conduz à formação dos elementos analíticos do delito que constrói parâmetros para a crítica da constante necessidade de desenvolvimento de referências que propiciem uma proximidade entre a dogmática penal e o objeto que se pretende controlar⁵⁵⁷. De certo é que essa crítica, que coopera para especialização da teoria do delito e do conceito estratificado de crime, tem na construção normativa do fato censurável por violar os valores essenciais à humanidade – a partir da

⁵⁵⁶ Para Giorgio Marinucci, “hoy la renuncia a construir um concepto unitário de acción, o por lo menos la radical reducción de sus funciones sistemáticas, aparece cada vez más como um objetivo no solo alcanzable, sino además necesario, o incluso el único metodologicamente correcto”. MARINUCCI, *Op. Cit.*, 2008. P. 15.

⁵⁵⁷ Nesse sentido, a dogmática penal coopera para função própria do direito penal como um dos meios de controle social que, “na ordem jurídica total haverá de apreender-se, antes de tudo, pela determinação material do seu objeto: o *comportamento criminal* [...]” Em: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. P. 53.

construção e materialização dos núcleos de proibição penais – uma referência à restrição à liberdade de ação.

Essa censura, a partir da especificação e da especialização da estrutura analítica do crime, alcança os elementos que formam o conteúdo do fato punível, especialmente o comportamento humano⁵⁵⁸ e o resultado⁵⁵⁹. A censura, interna ao fato, é sedimentada no *desvalor* do comportamento humano propulsor do curso lesivo e do resultado, que aqui se entende como a causação de lesão aos bens essenciais à vida em sociedade.

A relação entre o *desvalor da ação* e do *resultado* na teoria do delito se insere em contextos espacial e temporal que influenciam uma maior referência a uma das categorias na formação do injusto⁵⁶⁰. Essa referência é constituída pelo viés ideológico que fundamenta e reafirma aspectos culturais que formam o gabarito que compõe o modo de viver em sociedade.

A partir dessa referência⁵⁶¹, é possível observar a polarização das *teorias objetivistas* e *subjetivistas* como referência ao fato punível⁵⁶². O que se obtém do percurso histórico-social do fato punível é um processo dialético entre a importância da ação e do resultado como fundamento ao injusto, um processo que acompanha a relação entre a referência ao individual, com ênfase ao componente subjetivo, ou ao coletivo, enquanto manifestação objetiva da personalidade⁵⁶³, como fonte de compreensão do

⁵⁵⁸ O comportamento aqui é tomado como gênero em que se apresentam as formas específicas de realização da incriminação, ação e omissão.

⁵⁵⁹ Nos crimes materiais, o resultado enquanto modificação do mundo exterior é componente do fato punível. O resultado compõe elemento essencial ao respeito de um sistema penal do fato, vinculado à necessidade de evitação da ruptura das expectativas de não lesão aos bens essenciais à comunidade.

⁵⁶⁰ As teorias éticas *deontológicas* valoram as ações em si. As teorias éticas *teleológicas* ou *consequencialistas* valoram os resultados das ações, ou melhor, valoram as ações não em si mesmas, mas pelos seus resultados. ROCHA, Alexandre. *Nota de Aula*. Salvador, 2019.

⁵⁶¹ Ver Capítulo 01.

⁵⁶² “Nas teorias objetivistas, o centro de gravidade do delito está fundado na afetação de bens ou interesses relacionados ao indivíduo, funcionando a atitude interior do agente apenas como critério de imputação pessoal do resultado lesivo, para as teorias subjetivistas, o fundamento do injusto está centrado na própria violação da norma de conduta, de modo que é a atitude interior contrária ao dever, e não as consequências lesivas à da ação, que assume papel de destaque na incriminação.” Em: JOFFILY, Tiago. O resultado como fundamento do injusto penal. *Empório do Direito*: 2006. P. 25.

⁵⁶³ A terceira classe de teorias éticas é a das teorias *aretológicas*, que em vez da ação valoriza a virtude do agente. ROCHA, Alexandre. *Nota de Aula*. Salvador, 2019.

papel do ser humano em sociedade, o que conduz à crítica ao próprio fundamento e limite do direito penal como instrumento de controle.

O desenvolvimento da teoria da imputação objetiva impulsionou a importância do resultado, assim como a maior evidência das teorias que observam no viés objetivo do fato social como fundamento ao fato punível⁵⁶⁴. A imputação objetiva, como foi visto⁵⁶⁵, é um importante instrumento de adequação da dogmática atual às demandas especiais e complexas da sociedade contemporânea, mas, apesar dessa importância, ela possui um limite. Esse limite não atende apenas a uma coerência sistemática em face da contraposição lógica dos elementos que constituem analiticamente o delito, mas, especialmente, à própria função legitimadora que cada elemento, enquanto etapas ou pressupostos que limitam a manifestação punitiva.

Para além da normatização do tipo para não imputação objetiva do resultado, o espaço de proibição pode ser limitado a partir de uma perspectiva da *conduta típica*, como defende Wolfgang Frisch⁵⁶⁶. Essa perspectiva fornece um caminho dogmático com maior adequação ao propósito dessa pesquisa, pois possibilita à valoração penal do comportamento da vítima um *outro olhar*: um olhar diverso da redução do delito ao tipo, do tipo penal ao tipo objetivo e do tipo objetivo à teoria da imputação objetiva do resultado. Uma redução que produz desequilíbrio sistemático por suprimir a função limitadora e moduladora da ação na dogmática penal⁵⁶⁷.

Nesse sentido, as soluções aos casos de *exposição da vítima ao perigo*, antes de se referir ao resultado, considerando o seu *desvalor*, podem encontrar na ação um importante instrumento de delimitação⁵⁶⁸. É aqui que elementos normativos que se referem à criação do *risco juridicamente desaprovado*, que são em regra observados

⁵⁶⁴ “La doctrina de la imputación objetiva del resultado – sobre todo incluyendo a sus teorías ‘percursoras’ – tiene sus raíces en una época en que para la dogmática penal el resultado se encontraba aún en primer plano y el injusto se identificaba ampliamente con el desvalor de resultado.” Em: FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento Típico e Imputación del Resultado*. Tradução: Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004. P. 38.

⁵⁶⁵ Ver o Capítulo 04. Parte 4.5.

⁵⁶⁶ FRISCH, *Op. Cit.*, 2004.

⁵⁶⁷ Reduzir a função da conduta humana no processo de atribuição da responsabilidade é ampliar a incidência do sistema penal, através da retirada de um dos níveis, filtros de controle, na manifestação do poder punitivo.

⁵⁶⁸ FRISCH, *Op. Cit.*, 2004. P. 27.

no âmbito da teoria da imputação objetiva do resultado, - como a *autorresponsabilidade* da vítima - possuem capacidade de integrar a *conduta típica*.

Ou seja, dentre as funções atribuíveis ao conceito de ação, a função delimitação é aquela que reforça a racionalidade da dogmática penal por um *totem* democrático, pois é capaz de ampliar a permissividade do risco produzido pelos atores que compõem um fato perigoso quando não for materialmente necessária a proibição penal: a valoração penal de um resultado penalmente típico deve se realizar após a materialização de um comportamento humano arriscado e proibido, aferível por uma perspectiva *ex ante*.

Assim, uma compreensão do comportamento da *vítima* pelo direito penal mais próxima da realidade social necessita do equilíbrio entre o *desvalor da ação* e do *resultado*⁵⁶⁹, de modo que cada etapa do tipo objetivo cumpra com a sua função sistêmica e legitimadora no direito penal: a ação tem como referência as normas de comportamento (normas de determinação) e o resultado⁵⁷⁰, de outro modo, tem referência em normas de valoração⁵⁷¹.

Nas normas de determinação, ou de comportamento, o sistema jurídico penal forma núcleos de proibições destinados a evitar específicos tipos de comportamento, considerados desvaliosos, especialmente direcionados às pessoas. Pensar o sistema penal, e os núcleos de proibição, restringindo materialmente o espaço de liberdade de atuação pessoal resulta em uma face do *injusto* que se estabelece com a realização do comportamento⁵⁷².

Essa face do injusto, representada pelo *desvalor da ação*, tem em seu núcleo o *desvalor subjetivo*, ou *desvalor da intenção* que materializa comportamentos voltados a deflagrar *resultados desvaliosos*, bem como o *desvalor objetivo* que se caracteriza

⁵⁶⁹ “O desvalor do ato, que se refere à realização da conduta, e do desvalor do resultado, que se ocupa dos seus efeitos.” Em: TAVARES, Juarez. *Fundamentos de Teoria do Delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. P. 184-198.

⁵⁷⁰ *Idem*.

⁵⁷¹ GRECO, Luís. *A teoria da Imputação Objetiva: uma introdução*. IN: ROXIN. Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. P. 133.

⁵⁷² FRISCH, Op. Cit, 2004. P. 27.

pela forma de realização do comportamento⁵⁷³. A doutrina majoritária considera o *desvalor da ação e do resultado* como integrantes do injusto, no entanto, o nível sistémico em que se estabelece a valoração jurídico-normativa que atribui o *desvalor à ação* se diferencia nas construções atuais.

O finalismo, por exemplo, já entendeu o injusto se esgotando no *desvalor da ação* a partir do conteúdo da intenção⁵⁷⁴. Atualmente, como afirma Hirsch, é impreciso falar que o *desvalor da ação* no finalismo se esgota no dolo, pois existe um *desvalor objetivo da ação* que é realizado por outras categorias do delito⁵⁷⁵, como no nível da antijuridicidade, como expressa Cerezo Mir⁵⁷⁶.

No entanto, ao que se refere ao objeto dessa pesquisa, o juízo de *desvalor* sobre a ação realizada no âmbito do tipo penal pode não se esgotar no *desvalor da intenção*. Nesse caso, o *princípio do risco*, no âmbito do tipo objetivo, é um elemento normativo capaz de orientar o *desvalor objetivo da ação* em nível típico, o que produz um tratamento mais refinado aos casos de *exposição da vítima ao perigo*, sem quebrar a lógica sistemática presente na relação entre a ação e o resultado, assim como entre a tipicidade e a antijuridicidade, uma vez que não existindo a lesão ao bem (em virtude da permissividade do risco), mantém-se íntegro o espaço de proibição constante no tipo, e não se tem a relação indiciária entre o tipo e a antijuridicidade.

A partir desse equilíbrio, é possível orientar aspectos do *princípio do risco* como elemento que orienta a *conduta típica*, capaz de potencializar a função de delimitação da ação nos casos de exposição da vítima ao perigo: um o primeiro filtro ao espaço de proibição que segue o risco típico⁵⁷⁷.

⁵⁷³ FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento Típico e Imputación del Resultado*. Tradução: Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004. P. 39.

⁵⁷⁴ HIRSCH, Joaquim Hans. *Acerca de la crítica al 'finalismo'*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Nº 65. Março-abril de 2007 – Ano 15. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P. 95.

⁵⁷⁵ “Finalismo’, enoces, no significa una renuncia al aspecto del injusto. Él solamente indica que el contenido de voluntad de la acción exige ser considerado desde el punto de vista de la estructura del delito no al llegar al de la culpabilidad, sino ya el nivel del injusto.” Em: HIRSCH, Joaquim Hans. *Acerca de la crítica al 'finalismo'*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Nº 65. Março-abril de 2007 – Ano 15. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P. 90.

⁵⁷⁶ CERZO MIR, José. *El Finalismo y La Moderna Concepción de las Causas de Justificación*. Notas de aula.

⁵⁷⁷ MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P. 153.

8.3 A LIMITAÇÃO DA AMPLITUDE DA PROIBIÇÃO NOS CASOS DE EXPOSIÇÃO DA VÍTIMA AO PERIGO ATRAVÉS DA TEORIA DA AÇÃO

O viés ideológico liberal, voltado à maximização dos espaços de liberdade, com a consequente limitação funcional da manifestação punitiva se ajusta à construção da tipicidade (estabelece a entrada aos núcleos de proibição) como uma categoria racional e próxima da realidade social, possível a partir de uma perspectiva funcional.

A tipicidade, assim como “a grande maioria dos conceitos que integram a teoria do delito é intensamente valorativa, e se isso é ocultado torna-se inacessível o seu sentido”⁵⁷⁸. Essa percepção valorativa pode orientar a uma compreensão mais restrita do fato proibido se se considerar que a ação e a imputação do resultado são categorias que possuem um conteúdo jurídico-normativo, que não se esgotam nos fenômenos naturalísticos da *voluntariedade* e do *nexo de causalidade* entre o comportamento e possível resultado.

Por isso, em uma relação perigosa, o conteúdo obtido a partir da referência jurídico-normativa é capaz de orientar a delimitação do alcance da proibição presente nos tipos, ampliando a liberdade de ação quando não se mostra necessário evitar lesões a bens. Essa necessidade de delimitação, como defende Wolfgang Frisch⁵⁷⁹, resulta da amplitude desbordante dos crimes de resultado sobre a base do conceito naturalístico de causação ou da teoria da causalidade. Uma amplitude que alcança os casos em que a lesão, inerente ao enfrentamento de um perigo que decorre da exposição responsável do próprio ator lesado.

O Tribunal de Justiça do Ceará⁵⁸⁰, por exemplo, manteve a condenação por homicídio culposo do condutor de uma motocicleta em face da morte causada ao passageiro que não usava o capacete. O condutor, que estava alcoolizado, perdeu o controle do

⁵⁷⁸ MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P. 113.

⁵⁷⁹ FRISCH, *Op. Cit.*, 2004. P. 24.

⁵⁸⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça. (TJ-CE APL0000677-16.8.06.0075 CE). *Jurisprudência*. Relator: Des. Haroldo Correia de Oliveira Maximo.

veículo e o passageiro foi lançado ao solo, falecendo em virtude de um traumatismo craniano, que poderia ser evitado pelo uso do capacete.

O Tribunal considerou que o condutor violou o dever objetivo de cuidado por fazer uso de bebida alcoólica e transportar um passageiro desprovido de um instrumento de proteção. Sendo que, conforme o Tribunal, a materialização do resultado restou configurado em virtude de tal violação do cuidado objetivamente devido pelo condutor. É importante ressaltar que o condutor e o ator lesado faziam uso das bebidas alcoólicas juntos, e ambos conheciam os riscos da relação.

Esse caso serve como referência para compreender a ganhos e objeções que resultam das teorias da ação que partem de um viés *pré-típico* para delimitar o espaço de proibição nos casos em que a vítima intervém no fato perigoso.

8.3.1 Limites à proibição penal a partir da voluntariedade da ação

A construção da moderna teoria do delito se estabeleceu com um conceito crime que se estruturava em uma visão objetivista do fato punível⁵⁸¹. A construção causal-naturalista do delito tinha no *desvalor* que recai sobre o resultado o fundamento do injusto penal⁵⁸². Ou seja, a causação do resultado era o fundamento ao injusto, pois o tipo objetivo se realizava com a causação voluntária de um resultado formalmente típico: não se buscava, no âmbito do injusto, qualidades que evidenciassem o sentido

⁵⁸¹ Adolf Merkel constrói a figura do delito como lesão que representa afronta contra o poder do direito. A norma penal incriminadora se fundamentava com o desvalor inerente à lesividade aos interesses sociais. O crime era observado como unidade composta pela afronta aos interesses sociais e ao próprio Direito, o fato punível e a culpabilidade formavam a norma penal, uma vez que só os imputáveis tinham a capacidade de afrontar o conteúdo da norma penal proibitiva. Karl Binding e a Teoria das Normas, a diferencia entre o desvalor do fato que motiva o surgimento da norma e o dever de cumprir a norma que decorre do conteúdo incriminador posterior. Tem-se o crime como violação de um dever imposto às pessoas imputáveis, que possam ser motivadas pela norma. Rudolf von Jhering, na esfera civil, diferenciou ilícito e a culpabilidade, sendo que o ilícito existiria ainda que uma conduta não culpável violasse o direito. Augst Thon e posteriormente James Goldschmidt levaram ao direito penal o desenvolvimento de Jhering, com a divisão entre uma norma explícita objetiva, de direito, e outra norma, de dever, que se vinculava à culpabilidade dos atores impondo-lhes a necessidade de um comportamento interior que não se manifestasse enquanto violação da norma.

⁵⁸² construção causal-naturalista do delito o desenvolvimento dos institutos que atualmente formam a moderna teoria do delito. IN: BELING, Ernest von. *Esquema de Derecho Penal. La Doctrina del Delito-Tipo*. Colección Clásicos del Derecho. Buenos Aires: El Foro, 2002., com a ordenação dos elementos que compõem o crime sob um olhar analítico. IN: HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 1ª Parte. Rio de Janeiro, Forense: 1978., p. 09.

social ou jurídico-normativo da ação. No exemplo apresentado, na construção causal naturalista, que se apoia no *desvalor* do resultado, basta para a tipicidade o resultado morte do passageiro pela ação voluntária do condutor.

O conceito causal de ação, no entanto, orientou um movimento voltado à limitação do espaço de proibição penal. A questão é que antes da influência do racionalismo ilustrado e do cientificismo positivista do século XIX, os estudos sobre a teoria do delito correspondiam à verificação da responsabilidade do autor (objetiva ou subjetiva) como requisitos à imposição da pena. A ação não era um objeto de estudo, uma vez que intuitivamente se deduzia que o crime era consequência de uma ação.

Abegg, Berner e Kóstlin tiveram o mérito de construir uma abordagem funcional sobre o conceito de ação como limite ao fato punível⁵⁸³. A pretensão dos autores, a partir de uma abordagem hegeliana, era determinar que para a proibição penal é imprescindível a presença de uma ação humana e, nesse sentido, a restrição dos espaços de liberdade só se justificavam com a presença de uma ação como elemento que vincula o fato social à pessoa: sendo a ação, uma a exteriorização de uma vontade moral⁵⁸⁴.

No âmbito da construção causal-naturalista, essa ação é tomada como elemento natural e descritivo, despido de valor típico e que se exaure na manifestação voluntária que produz um resultado exterior. Lizst, por exemplo, entende que a caracterização do injusto depende da investigação sobre as circunstâncias que fazem de um fato um fato juridicamente relevante. Essas circunstâncias se observam como mudança no mundo exterior aferíveis pelos sentidos, mas só se tornam relevantes aquelas que resultam de uma ação humana, ou seja: o injusto não se produz pela compreensão de acontecimentos que “independam da vontade humana, mas somente *acções* humanas.”⁵⁸⁵

⁵⁸³ RADBRUCH, Gustav. El Concepto de Acción y su importancia para el sistema del Derecho Penal. Buenos Aires: Editorial B de F, 2011. P. 117.

⁵⁸⁴ NAVARRETE, Miguel Poliano. Lecciones de Derecho Penal. Tomo II. Sevilla: Editorial Tecnos, 2013.

⁵⁸⁵ LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tradução: Dr. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. BRIGUIET & C. - Editores, 1899. P. 193.

Para Liszt, é na ação que se determina “o facto que repousa sobre a vontade humana, a mudança do mundo exterior referível à vontade do homem.”⁵⁸⁶ Nesse sentido, a ação se orienta como um ato de vontade e como um resultado a partir da manifestação da personalidade no mundo exterior. Ele acredita que o injusto é a mudança do mundo exterior referível à vontade: quando a mudança foi causada voluntariamente, bem como quando, voluntariamente, não foi impedida.

Beling, que segue o desenvolvimento do pensamento causal, propõe que a ação deve ser entendida como uma fase externa, objetiva, da expressão corporal que é produzida pelo domínio sobre o corpo, ou seja, a ação é “um ‘comportamento corporal voluntário, consistente em um fazer (ação positiva), isso é, um movimento corporal, por exemplo, levantar a mão, movimentos de falar, etc., já em um não fazer (omissão), isso é, distensão dos músculos [tradução nossa].”⁵⁸⁷

A ação, na compreensão de Liszt-Beling, seria um processo causal posto em curso por um movimento voluntário que decorre da vontade humana, Jakobs, no entanto, ressalta: “seja qual for o conteúdo dessa vontade”⁵⁸⁸.

O conceito causal de ação estabelece um limite mínimo à causalidade, pois exclui do direito penal os acontecimentos não alcançáveis pela voluntariedade. O próprio Beling determina a ação como um limite inicial à formação do injusto, pois ela retira do espaço de proibição aspectos vinculados ao estado da pessoa (patologia ou o sono, por exemplo) ou à personalidade (juízo sobre suposta periculosidade pessoal) humana; o querer não executado e a cogitação; bem como o ato involuntário, mecânico, em virtude da inconsciência ou dos atos reflexos⁵⁸⁹.

⁵⁸⁶ LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tradução: Dr. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. BRIGUIET & C. - Editores, 1899. P. 193.

⁵⁸⁷ um ‘comportamiento corporal voluntario’, consistente ya en un ‘hacer’ (acción positiva), ello es, un movimiento corporal, p. ej. Levantar la mano, movimientos para hablar, etc., ya en un ‘no hacer’ (omisión), ello es, distensión de los músculos.” BELING, Ernest von. *Esquema de Derecho Penal. La Doctrina del Delito-Tipo*. Colección Clásicos del Derecho. Buenos Aires: El Foro, 2002, p. 42.

⁵⁸⁸ JAKOBS, Gunter. *Tratado*. P. 160.

⁵⁸⁹ BELING, Ernest von. *Esquema de Derecho Penal. La Doctrina del Delito-Tipo*. Colección Clásicos del Derecho. Buenos Aires: El Foro, 2002, p. 42.

Mas, assim como Beling no século XIX tinha a necessidade de defender que não existem ações jurídico-penalmente relevantes, não se pode retirar o espaço social de ação do ser humano, quando o acontecimento decorre do perigo resultante de animais e de outras forças da natureza⁵⁹⁰ estranhas ao ser humano, hoje é preciso orientar que nem todo comportamento voluntário é capaz de sustentar uma ação típica.

A perspectiva causal de ação pretende estabelecer uma função de limitação ao excluir do alcance do direito penal o acontecimento que não é voluntário. A proposta, no entanto, é insuficiente para cumprir uma função de delimitação em um sistema penal preocupado com a proteção de espaços de liberdade: falta uma referência para orientar que, em *ultima ratio*, apenas uma parte negativamente valorada e, por isso, insuportável do acontecimento humano deve ser relevante ao direito penal⁵⁹¹.

O motorista que atropela um pedestre, por exemplo, causa um resultado (atropelamento) mediante um movimento corporal (dirigir) que pode ser considerado causado por um impulso voluntário (que determina a dirigir) *ainda que esta vontade não alcance o resultado* (o atropelamento)⁵⁹².

A ação causal esgota a vontade humana na voluntariedade, é “uma ação pura, isenta de todo juízo de valor”⁵⁹³, como sustenta Aníbal Bruno; em que a valoração do conteúdo da vontade, “a sua força diretora do curso do acontecer”⁵⁹⁴, não interfere na determinação do comportamento proibido. O valor a que Aníbal Bruno se refere, logicamente, é o valor jurídico-penal (uma vez que a valoração penal sobre o conteúdo da vontade representa o conteúdo de uma das formas de culpabilidade na construção causal), pois toda ação possui um sentido social que segue um plano social de significação.

⁵⁹⁰ BELING, *Op. Cit.*, 2002, p. 43.

⁵⁹¹ BUSATO, *Op Cit.* p. 39.

⁵⁹² MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal. Fundamentos e Teoria do Delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P. 155.

⁵⁹³ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal. Parte Geral. Fato Punível*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. P. 282.

⁵⁹⁴ “Certamente, la voluntad ‘como causa’ distingue la acción humana de los procesos naturales, pero lo específicamente humano de la acción no consiste em la casualidad de la voluntad, puesto que las fuerzas de la naturaleza actúan también causamente, sino en la ‘finalidad’ que configura objetivamente o curso causal y para sólo el hombre se halla capacitado.” JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Tradução: José Luis Manzaneres Samaniego. Granada: Comares, 1993. P. 198.

A limitação do espaço de proibição realizada pela perspectiva causal de ação não alcança a complexidade dos problemas que exigem uma compreensão jurídico-normativa, referida à valores, como aquelas que são trazidas pela consideração do comportamento dos diversos atores que influem na caracterização do fenômeno arriscado como elementos que influem na formação do injusto.

A ação natural, destituída de valoração jurídica, não comporta elementos normativos de interesse jurídico como, por exemplo, a valoração do comportamento do ator lesado como critério capaz de dimensionar o espaço de proibição. Nos casos de colaboração com uma *autoexposição da vítima ao perigo*, por exemplo, a função limitativa da ação causal se esgota na aferição da *voluntariedade* do comportamento dos atores que colaboraram para causação do resultado: aqui está ausente, no âmbito da ação, para além da valoração da orientação finalística da vontade dirigida ao resultado, a apreciação da condução do comportamento arriscado, proibido e potencialmente lesivo ao conteúdo incriminado.

É importante ressaltar que, após a construção causal-naturalista, a construção neoclássica adotou uma perspectiva material do injusto alcançável por um método referido a valores, mas a ação não deixou de ter uma perspectiva causal. Luiz Regis Prado, por exemplo, afirma que o “neokantismo formulou uma teoria causal-valorativa da ação”.⁵⁹⁵

Manuel Jaén Vallejo, analisando o conceito de ação na perspectiva neoclássica, diz que o essencial ao conceito de ação era um resultado que decorre da voluntariedade, ainda que se desconheça o conteúdo dela⁵⁹⁶. Nesse sentido, o conceito neoclássico deixa inalterado o conceito anterior, pois a diferenciação no ponto de partida metodológico da construção não alcançou a categoria da ação⁵⁹⁷.

⁵⁹⁵ PRADO, Luiz Regis Prado. Curso de Direito Penal Brasileiro. 12º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P.321.

⁵⁹⁶ VALLEJO, *Op. Cit.*. P. 31.

⁵⁹⁷ *Ibidem*. P. 32.

O pensamento neoclássico defende uma função classificatória e de união da ação, que permaneceu apoiada em um conceito ontológico, mas a função de delimitação com o desvalor objetivo que recai sobre o risco se realiza na antijuridicidade e da culpabilidade, espaços reservados às valorações normativas⁵⁹⁸. Mezger, por exemplo, afirma que “o conceito de ação só pode representar exclusivamente as possibilidades ontológicas de avaliação a que se é possível conectar uma seleção normativa ulterior [tradução nossa].”⁵⁹⁹

O objetivismo da construção causal-naturalista e a perspectiva *avalorada* da ação (conforme um nível de significação sistêmico-penal) dificulta a compreensão de elementos normativos como o *princípio do risco* no âmbito da proibição, como elemento capaz de integrar a ação. O conceito causal não observa é que as “ações” devem se *constituir em um agir moral, suscetível de ser juridicamente valorado*.

8.3.2 Limites à proibição penal a partir da finalidade da ação

O finalismo penal reconduziu a compreensão do *desvalor da ação* ao centro da teoria do delito, isso, especialmente ao trazer o dolo à ação. O tipo penal passa a conter o *desvalor da ação* que decorre da vontade do agente direcionada a realizar os elementos contidos em uma norma penal incriminadora, bem como na vontade direcionada a violar o cuidado objetivamente devido previsível por uma *prognose póstuma*. Nesse sentido, no caso apresentado, a ação do condutor possui um *desvalor* em virtude da violação de um dever objetivo de cuidado que, com o nexo de antijuridicidade com o resultado que decorre dessa violação, produz um fato típico.

O conceito de ação da construção finalista, além da causalidade, destaca a presença da finalidade como requisito à limitação da responsabilidade no âmbito do tipo. A partir

⁵⁹⁸ “El concepto de acción, que hemos presentado como base de la pena, señala en la conducta humana que convierte en objeto de consideración jurídico-penal— un acontecimiento natural-real en el mundo de la experiencia. [...] el concepto de acción es un concepto ontológico. La apreciación normativa (el deber ser jurídico) de sus distintos elementos, no tiene lugar en él, sino en sus elementos atributivos de la antijuridicidad y de la culpabilidad.” MEZGER, Edmund. Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958. P. 88.

⁵⁹⁹ “[...] el concepto de acción sólo puede presentar exclusivamente las posibilidades ontológicas de valuación a las que es posible conectar una selección normativa ulterior.” *Ibidem*. P. 87.

de uma perspectiva ético-social da ação⁶⁰⁰, Welzel define a ação como “é o exercício de atividade final. A ação é, portanto, um acontecer final e não somente causal [tradução nossa]”⁶⁰¹.

O que o finalismo pretende é construir um limite à expressão do tipo a partir de um conceito de ação que coloque o ser humano como centro do processo de imputação, considerando que as ações se realizam conforme um plano interno mental que se refere a antecipação dos fins perseguidos pelo agente a partir da seleção dos meios adequados aos efeitos consequentes⁶⁰². Após isso, essa fase interna é posta em prática com a realização do curso causal adequado à consecução dos fins compreendidos pela vontade.

Para Welzel, a finalidade é vidente e a causalidade é cega⁶⁰³: ele acrescenta um componente *intelectual-volitivo* à ação que, a partir da finalidade, valora o conteúdo da vontade como requisito à ação típica.

O problema da ação na construção causal, para Welzel, no entanto, não estaria na insuficiência do caráter ontológico-objetivo, ou de um nexo de causalidade físico como nexo de imputação, mas na inexistência da valoração da vontade no âmbito do injusto: a valoração do comportamento dos atores que cooperam com a intervenção da vítima no fato perigoso estaria limitada e vinculada aos conceitos previamente estabelecidos,

⁶⁰⁰ “La misión principal del derecho penal no es, como creyó la teoría anterior, de índole preventiva, sino ético-social. [...] Pero si el derecho penal tiene una función específicamente ético social y están según ello en primer plano los modos ético-socialmente intolerables de comportamiento, entonces no basta para el concepto de lo injusto la situación creada por el resultado, sino que pasa a ser centro del interés penal la naturaleza de la acción intolerable. [...] El verdadero sentido de la teoría de la acción finalista, como debía demostrar todo cuanto antes hemos expuesto, aspira al restablecimiento de la función ético-social del derecho penal y a la superación de las tendencias naturalistas-utilitaristas en la ciencia del derecho penal.” WELZEL, Hans. *Teoría da Ação Finalista*. Buenos Aires: Astrea, 1951. P. 12 – 20.

⁶⁰¹ “[...] es ejercicio de actividad final. La acción es, por tanto, un acontecer ‘final’ y no solamente ‘causal’”. Para Welzel, a “finalidad”, o el carácter final de la acción, se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, asignarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de estos fines. Gracias a su saber causal previo puede dirigir sus diversos actos de modo que oriente el suceder causal externo a un fin y lo domine finalmente.” WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*. Una Introducción a la doctrina de la acción finalista. Buenos Aires: B de F, 2004. P. 41.

⁶⁰² A direção objetiva do acontecimento se estende à vontade finalista do autor, considerando: “1) el objetivo que quiere alcanzar; 2) los medios que emplea para ello; y 3) las consecuencias secundarias, que están necesariamente vinculadas con el empleo de los medios.” IN: WELZEL, *Op. Cit.*, 1951. P. 18

⁶⁰³ WELZEL, *Op. Cit.* P. 41.

que advêm da órbita do ser, aferíveis como ponto de início e base de toda a construção⁶⁰⁴.

É importante destacar que Welzel já entendeu a ação como dado social, concebida a partir do conteúdo que se obtém após valoração conforme a proposta ideológica que fundamenta o sistema social: foi nessa perspectiva, que considerou a identidade cultural de uma sociedade em curso para o desenvolvimento do *princípio da adequação social*⁶⁰⁵. A perspectiva sociológica na valoração dos institutos da dogmática penal foi um acerto de Welzel, mas não de modo suficiente para fundamentar toda a construção que, sendo um fenômeno jurídico-normativo, depende também da referência ao Direito penal, especificamente ao conteúdo típico, para alcançar o significado de elementos essenciais na formação do fato punível.

O sistema jurídico é um subsistema social. Nesse sentido, nem tudo o que é socialmente inadequado pode ser juridicamente proibido. Por exemplo, considerando que A, traficante de drogas, venda heroína a B, ambos conhecem o potencial lesivo da substância e se mostram indiferentes quanto ao possível óbito em virtude da utilização da substância. B utiliza a droga e, em virtude dos efeitos danosos à saúde provocados pela substância, morre. “A causalidade de ‘A’ para a morte de ‘B’, bem como seu dolo eventual, encontram-se fora de dúvida. Se considerarmos a causalidade suficiente para a realização do tipo objetivo, teremos que concluir pela punição.”⁶⁰⁶

O princípio da adequação social é um ganho no processo de limitação do tipo objetivo, mas não soluciona os casos em que atores que cooperam com a *intervenção da vítima no fato perigoso*, pois pouco auxiliaria na solução de casos como o do *teste de aceleração*: nele, todos os intervenientes no fato realizam um comportamento socialmente inadequado, uma corrida de irregular de rua, mas a solução de impunidade ou não dos atores em face da lesão aos bens das vítimas que assentiram

⁶⁰⁴ ROXIN, Claus. *Finalismo: um balanço entre os seus méritos e deficiências*. Novos Estudos de Direito Penal. São Paulo: Marcial Pons, 2014. P. 125.

⁶⁰⁵ “Socialmente adecuadas son todas las actividades que se mueven dentro del marco de los órdenes ético-sociales de la vida social, establecidos a través de la historia.” IN: WELZEL, Hans. *Derecho Penal*. Parte General. Buenos Aires: Depalma, 1956.

⁶⁰⁶ ROXIN, Claus. *A Teoria da Imputação Objetiva*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 38, p. 11-31, Abril de 2002. P 03.

em participar do evento perigoso necessita de um juízo de valoração normativo vinculado ao direito.

A perspectiva da adequação social, no entanto, foi gradativamente abandonada tanto pela falta de uma base reitora para sustentar os indicadores da adequação, quanto, e principalmente, pela possibilidade de manipulação sociológica do conteúdo da ação conforme propostas políticas anti-humanistas presentes no contexto ideológico *entre-guerras*⁶⁰⁷.

O recuo ao *ontologismo*, especialmente após a segunda guerra mundial, indicou um caminho seguro, mas funcionalmente limitado para restringir o alcance do tipo nos crimes de resultado⁶⁰⁸. Apesar dos limites, a teoria finalista avança ao demonstrar que a conduta que orienta o sistema deve ser pessoal, mas, em um Estado democrático de Direito, só deve interessar ao direito penal as ações potencialmente lesivas *a priori*.

Transferir os limites da proibição ao âmbito subjetivo da ação onera o espaço social de liberdade pessoal, uma vez que o Estado-penal só deve individualizar a pessoa como objeto de aferição e controle se essa pessoa realizar objetivamente uma ação capaz de produzir lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico-penalmente protegido. A busca da descrição do caráter *intelectual-volitivo*, íntimo, das pessoas que realizam um comportamento objetivamente não perigoso tensiona o *direito penal do fato*, questão sensível nos dias de hoje no Brasil, em que o sistema penal ainda é capaz de se materializar como instrumento de reprovação que recai sobre algumas pessoas pelo que elas são e não pelo que fizeram⁶⁰⁹.

A ação final enriquece a função de delimitação do conteúdo da proibição. A valoração do comportamento da vítima que intervem no perigo, no entanto, é um problema que

⁶⁰⁷ ROXIN, Claus. *Finalismo: um balanço entre os seus méritos e deficiências*. Novos Estudos de Direito Penal. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

⁶⁰⁸ *Idem*.

⁶⁰⁹ Cf. MINAHIM, Maria Auxiliadora. COSTA, Lucas Gabriel Santos. *O sistema penal e o espaço urbano: a influência da ideologia de segurança na segregação socioespacial*. Criminologias e política criminal II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA. Coordenadores: Fernando de Brito Alves; Renata Almeida da Costa; Ynes da Silva Félix – Florianópolis: CONPEDI, 2018. Sobre o direito penal do fato e o direito penal do autor: ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Fundamentos, la estructura de la teoria del delito. Madrid: Civitas, 1997. P. 176.

demanda compreensão normativa a partir da restrição teleológica dos tipos. Por isso, para além da descrição da vontade das pessoas envolvidas no fato perigoso, deve se somar um esquema normativo de interpretação e produção de sentido a partir do conteúdo da proibição que também produz uma comunicação que atribui significado à ação.

É importante ressaltar que o finalismo em seu viés subjetivista mais radical, ortodoxo, defendeu ser suficiente à materialização do fato punível com o desvalor da ação⁶¹⁰. Kaufmann e Zielinski, por exemplo, sustentam a irrelevância ao *desvalor* do resultado para caracterização do fato punível: a matéria de proibição, atende ao conteúdo que se obtém a partir da vontade dos atores e o resultado deixa de constituir o fato punível e passa a ser uma mera condição objetiva de punibilidade⁶¹¹.

Nesse sentido, o processo de validação através do desvalor que recai sobre a ação “fica dependente da decisão judicial acerca de uma circunstância que só o sujeito detém, que é o momento exato e a sua extensão de uma postura absolutamente subjetiva perante o sistema de valores que se quer preservar”⁶¹².

A proposta do finalismo ortodoxo não contempla a formação de uma justa atribuição de responsabilidade pelo fato, assim como de um direito penal liberal e democrático com a finalidade de proteção à liberdade de ação. Esse pensamento sobre o finalismo é um viés excepcional e não corresponde à visão proposta por Welzel, que entendia o delito a partir de uma ação orientada *finalisticamente* ao desenvolvimento de um processo causal⁶¹³. Se o direito penal deve ter como objeto o comportamento exclusivamente humano, enquanto expressão da personalidade, então se torna relevante ao sistema dogmático a aferição do conteúdo da vontade que integra a ação⁶¹⁴.

⁶¹⁰ ROXIN, *Op. Cit.*, 2014.

⁶¹¹ HIRSCH, Joaquim Hans. *Acerca de la crítica al 'finalismo'*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Nº 65. Março-abril de 2007 – Ano 15. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

⁶¹² TAVARES, *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. P. 306.

⁶¹³ Segundo Jorge de Figueiredo Dias, para Welzel Toda a ação humana é uma supradeterminação final de um processo causal. O homem, para welzel, dirige finalisticamente os processos causais naturais em direção a fins mentalmente antecipados.

⁶¹⁴ “não há querer humano sem finalidade” IN: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Conduta Punível*. São Paulo: José Bushatsky, 1961. p. 501.

A ideologia de um sistema penal funcional, para além dos ganhos produzidos pela normatização das categorias do delito, se constituiu e tenta se consolidar a partir da crítica à construção finalista, especialmente ao *desvalor subjetivo da ação* que limita a função de delimitação da ação à censura jurídico-penal ao direcionamento da vontade do agente.

8.3.3 Limites à proibição penal a partir da relevância social da ação

O finalismo não esgotou as possibilidades de restrição do alcance do tipo a partir da teoria da ação. O conceito de ação, proposto por autores como Joham Wessels e Hans-Heirinch Jescheck, por exemplo, quer atribuir um significado social⁶¹⁵ à dirigibilidade do comportamento humano⁶¹⁶.

O conceito social de ação pretende incluir na ação, para além do limite naturalístico da voluntariedade e do sentido ontológico determinado pela vontade do ator, o contexto social como o pano de fundo que orienta o significado da ação: é o que defende Jescheck ao afirmar que finalidade é a categoria ontológica fundamental do comportamento humano ativo, pois a partir da orientação final, o ser humano pode determinar a sua ação sobre a natureza. Essa ação, no entanto, não está desprovida de um contexto social, de mundo circundante, que orienta um ponto de referência superior de natureza valorativa ao conteúdo da ação que se define como “comportamento socialmente relevante”⁶¹⁷.

Socialmente relevante, para Johannes Wessels, “é toda conduta que afeta a relação do indivíduo para com o seu meio e, segundo suas consequências ambicionadas ou

⁶¹⁵ Conforme Vossstätter, as origens da teoria sociais da ação se encontram em Schmidt, o primeiro a ressaltar a importância do social para compreender a ação. Sendo que a ação “la acción es la conducta libre respecto al mundo social exterior”. Em: VOSSGÄTTER, Isabel. *Concepto social de acción e imputación objetiva*. Cuadernos de Conferências y Artículos. Nº 36. Traducción: Nuria Pastor Muñoz e Ramón Ragués i Vallés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006. p P. 08

⁶¹⁶ MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal*. Fundamentos e Teoria do Delito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P. 159.

⁶¹⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Traducción Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 1993. P. 201.

não desejadas constitui, no campo social, elemento de um juízo de valor.”⁶¹⁸ O problema da causalidade física seria resolvido com a atribuição de um contexto social à ação que supera a análise isolada e subjetiva que recai sobre o aspecto psíquico.

A teoria defende a relação do comportamento humano com o mundo circundante, em que o sentido da ação obtido pelo aspecto subjetivo, psíquico, do agente se complementa por um conteúdo valorativo em que o ponto reitor é a expectativa social.

O conceito, sustentado a partir de uma compreensão *pré-típica* do fenômeno, reúne a finalidade nos fatos dolosos e a possibilidade de finalidade para fundamentar a ação culposa, por exemplo. Jescheck destaca que a via negativa do conceito social de ação é capaz de excluir do âmbito da proibição comportamentos irrelevantes ao direito penal.

A teoria, no entanto, não contempla elementos jurídicos-normativos como indicadores da ação, sendo que perde o seu rendimento por não ser capaz de cumprir a função delimitadora: determinar um conceito de ação que não agrave o espaço social de liberdade em face da realização de um comportamento humano que não produz o perigo que o direito penal deseja evitar.

A teoria social avança ao propor um filtro axiológico ao conteúdo de um comportamento que deve interessar ao direito penal. O processo de socialização que guia a interação entre o indivíduo e a sociedade serve como base para o reconhecimento de uma ação como toda iniciativa e “resposta do homem a uma exigência situacional reconhecida ou, ao menos, reconhecível, mediante a possibilidade de reação de que dispõe graças a sua liberdade.”⁶¹⁹

A ação social, não exclui, mas inclui os conceitos causal e final de ação. A perspectiva *junta* a complexidade dos sistemas psíquico e social como níveis gradativos que limitam o espaço de proibição a partir da ação, pois, preocupando-se com o viés

⁶¹⁸ WESSELS, Johannes. *Direito Penal*. Parte geral. Tradução: Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976. P. 22

⁶¹⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Traducción Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002. P. 201.

jurídico-prático, Wessels⁶²⁰ propõe que, sobre a qualidade da ação, é preciso definir: i a existência ou não de uma conduta humana; ii se a conduta era dominada ou dominável pela vontade; iii se houver uma conduta volitiva, caso em que se deve buscar a sua relevância social.

A via negativa ou de delimitação da ação social avança, mas ainda é insuficiente para resolver os problemas da realidade social contemporânea. No caso do *acidente com a motocicleta*, por exemplo, é difícil sustentar a inexistência de uma ação típica considerando a teoria da ação social, quando o agente estava sob o efeito do álcool e permitiu que o carona andasse sem o equipamento obrigatório de segurança. A solução de impunidade, nesse sentido, precisa de uma referência para além do sistema social; é preciso compreender o sistema penal como um subsistema social capaz de atribuir o significado como mais um filtro de preservação de liberdades.

Falta à teoria social um filtro normativo orientado pelo conteúdo típico, reduzindo o potencial de delimitação da ação nos casos em que a vítima se expõe ao fato perigoso.

8.4 A SUBVALORAÇÃO DA AÇÃO NA LIMITAÇÃO DA AMPLITUDE DESBORDANTE DA PROIBIÇÃO PENAL

No último quarto do século XX, especialmente em face das críticas sobre a limitação do desenvolvimento da construção final, a teoria da ação foi subutilizada e, enquanto instrumento de limitação do espaço de proibição foi substituída pelo conceito normativo de imputação. A teoria da imputação possibilitou a reorientação de casos que possuíam uma abordagem periférica ou superficial na dogmática jurídico-penal, como nos casos em que a vítima coopera para formação do fato lesivo que resta em lesão ao seu objeto⁶²¹.

No funcionalismo racional teleológico, o objetivismo focado no desvalor do resultado foi retomado como fundamento do fato punível através da teoria da imputação

⁶²⁰ WESSELS, Johannes. *Direito Penal*. Parte geral. Tradução: Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976.

⁶²¹ FRISCH, *Op. Cit.*, 2004. P. 24.

objetiva⁶²². O objetivismo do conteúdo do fato punível, a partir da teoria da imputação, conduziu a uma elevação do resultado e o seu desvalor como essência da responsabilidade penal nos crimes materiais.

Nesse sentido, no caso apresentado, o condutor *A* realizaria um comportamento arriscado e juridicamente proibido: conduzir um veículo alcoolizado e com o passageiro sem o equipamento de segurança. No entanto, para além da criação do risco, é preciso que ele se realize no resultado, ou seja, o resultado deve conter o perigo que se manifesta pelo comportamento que superou o *standart* do risco sistematicamente adequado: a morte do passageiro decorre da ausência do capacete e da frágil habilidade na condução em decorrência do uso do álcool.

Assim, o passageiro *B* assente na exposição de um perigo de *A*, tem-se uma *heterocolocação em perigo consentida*. No entanto, se *B* sabe que *A* usou bebidas alcoólicas, e assentiu no risco de andar sem o capacete, a *heterocolocação* será equiparável a uma *autocolocação impunível*, pois nesse caso haverá a ruptura do nexo de imputação em virtude da valoração objetiva do comportamento *autorresponsável* do ator lesado *B*.

A questão é que Roxin considera que a ação como expressão da personalidade, ou seja, tudo que pode ser imputado a um homem como centro anímico-espiritual: o *conceito pessoal de ação* é a expressão da personalidade humana “*Persönlichkeitäusserung*” que incorpora “tudo que pode ser imputado a um homem como centro anímico-espiritual”⁶²³.

Um conceito que pouco acrescentou à ação como elemento de delimitação, sendo que a não-ação no conceito pessoal é tudo aquilo que não corresponde a uma manifestação da personalidade do homem: o que se diz sobre a personalidade do homem ou o centro anímico espiritual? Apesar da criação de elementos de referência para função de delimitação no *conceito pessoal de ação*, que se referem a uma “*adaptação do aparato anímico a circunstâncias ou eventos do mundo exterior*”, pouco

⁶²²*Ibidem*. P. 38.

⁶²³ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Fundamentos, la estructura de la teoria del delito. Madrid: Civitas, 1997. P. 252 *et seq.*

contribui para função de garantia e estabilidade que a dogmática penal deve assumir em um Estado social e democrático de direito⁶²⁴.

O conceito se vincula mais a um ajuste sistemático para alcançar a função classificatória da ação do que orientar a preservação dos espaços de liberdade nos casos em que a manifestação da ação se evidencia como expressão da personalidade humana que não deve ser alcançável pelo sistema penal. De fato, na construção roxiniana, o elemento limitativo que cumpre o papel de restringir as causações não perigosas no tipo objetivo é a teoria da imputação, que alcança o resultado.

O conceito pessoal de ação se expressa como uma “manifestação da personalidade’ demasiadamente aberta, *pluriforme* e, por isso, pouco heurística.”⁶²⁵ Sendo que as questões valorativas que ingressam no sistema, ultrapassam o filtro da ação e, através da teoria da imputação objetiva, são remetidas ao resultado, como os *casos de participação em autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo consentida*.

Nesse caso, a teoria da imputação objetiva do resultado toma o comportamento da vítima como um critério normativo capaz de orientar a ruptura da imputação entre um comportamento que produz um risco juridicamente proibido e a imputação de um resultado que não se estabelece por não ser alcançável pela finalidade que deve cumprir o tipo penal na missão de evitar lesões a bens jurídicos alheios. Para além da violação do dever objetivo de cuidado ou da presença do risco proibido, para o crime material, é necessário o nexo de antijuridicidade entre a ação e o resultado, que, nos casos de exposição da vítima ao perigo na teoria da imputação, afere-se com a valoração do alcance do tipo que não compreende lesões que resultam de comportamentos *autorresponsáveis* do ator lesado.

Se o risco contido no comportamento do autor, entretanto, não é aquele que o tipo penal pretende proibir, a partir de uma valoração restritiva dos tipos considerando o comportamento da vítima, então tal risco é juridicamente permitido. Se o

⁶²⁴ D’ÁVILA, Fábio Roberto. *O conceito de ação em direito penal. linhas críticas sobre a adequação e utilidade do conceito de ação na construção teórica do crime*. Ensaios penais em homenagem ao Professor Alberto Rufino Rodrigues de Sousa, org. por Ney Fayet Júnior, Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003, pp. 279-304.

⁶²⁵ *Ibidem*. P. 279-304.

comportamento produz um risco permitido, então a conduta não deve ser considerada típica, tampouco a solução de impunidade se estabelece a partir da não imputação do resultado, o que resultaria na permanência de um *desvalor da ação* e a possibilidade de punição do comportamento.

8.5 ACOMPREENSÃO DA CONDUTA A PARTIR DA TIPICIDADE

Ao tentar estabelecer um conceito capaz de cumprir a função de união⁶²⁶, as teorias ontológico-dedutivas ou físico-psíquicas da ação (causalista-naturalista e finalista) buscam na natureza o sentido *pré-típico* da conduta humana. Elas possuem baixo rendimento para limitar o espaço de proibição a partir da compreensão de problemas que exigem um olhar normativo: reduzem a complexidade do conceito de ação, mas ampliam a complexidade dos problemas da vida social.

A construção de uma teoria da ação conduzida pela tipicidade⁶²⁷, com a redução de suas funções dogmáticas, passa a ser uma saída para ampliar a importância da função de delimitação da ação em problemas complexos, como os casos que apresentam uma autoexposição da vítima ao perigo.

No entanto, uma proposta que busque o conceito de ação não antes, mas dentro do sistema, com caráter axiológico-valorativo, não deve ampliar a complexidade do conceito de ação e, conseqüentemente, do sistema jurídico-penal em um nível alto de abstração em que a realização do conceito passa a se distanciar da realidade social.

Jakobs, por exemplo, apresenta o conceito de ação como a “objetivação da falta de reconhecimento da norma, isto é, a expressão no sentido de que a norma em questão

⁶²⁶ A importância da ação, nesse sentido, resulta da função que ela possui na dogmática do delito: sustentar a operação interna das construções para determinação do crime, excluindo do âmbito de proibição os comportamentos que não irritam o sistema, sem perder a capacidade de ser o ponto inicial e o objeto de valoração das categorias dogmáticas.

⁶²⁷ Salvador Netto afirma que “[...] a concepção do direito penal como um sistema de normas de valoração ou de expectativas institucionalizadas abre espaço para outras elaborações jurídico-dogmáticas.” : SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Perspectivas Contemporâneas e Pressupostos Dogmáticos para uma Construção Possível*. São Paulo. Tese. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2017. P. 82.

não é a máxima reitora”⁶²⁸. Para ele, a conduta que interessa ao direito penal se desloca de uma perspectiva ontológica para uma dimensão normativa como uma “conversão, de maneira individualmente evitável, na razão determinante de um resultado, regendo-se a qualificação de ‘determinante’ por um esquema social de interpretação”⁶²⁹.

A partir da conduta típica, o autor expressa a insuficiência ou ausência de motivação normativa, uma vez que não cumpre com a função sistêmica de reafirmação na norma através de sua organização⁶³⁰. Nesse sentido, tanto a ação quanto a omissão se vinculam ao não reconhecimento da vigência da norma, pois “quem expressa que a norma no momento atual não constitui uma máxima de comportamento atua, se o expressa mediante o movimento corporal; e omite, se é a omissão determinada atividade a que suporta a expressão.”⁶³¹

O conceito de ação não se vincula ao *desvalor* do comportamento em face do potencial lesivo a um valor ou bem essencial ao desenvolvimento do sistema social que se reafirma a partir da proteção à humanidade. A compreensão da ação, nesse sentido, não se propõe alcançar o programa do sistema social em que se pretende controlar.

É necessário construir uma via intermediária, capaz de dar a ação o seu papel sistemático adequado, vinculando-a a seus limites. O tipo objetivo deve se realizar por um comportamento que afronta uma norma penal incriminadora atribuível a um ator, que expressa uma alteração sensível na realidade⁶³².

⁶²⁸ JAKOBS, Günther. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução: André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. P. 77.

⁶²⁹ JAKOBS, Gunther. *Fundamentos do Direito Penal*. Tradução: André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 71.

⁶³⁰ JAKOBS, Gunther. *Sociedade, Norma e Pessoa*. Col. Estudos de Direito Penal. Barueri: Manole, 2003. P. 36-37.

⁶³¹ No crime de comportamento ativo não falta a condição de garante, pois o autor tem o dever de evitar o curso do resultado. Nesse sentido, a ação é a conversão do agente de maneira individualmente evitável na razão determinante de um resultado. Em: JAKOBS, Gunther. *Fundamentos do Direito Penal*. Tradução: André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 75.

⁶³² TAVARES, Juarez. *Fundamentos de Teoria do Delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. P. 116.

O pensamento transforma a ação em sentido a ser imputado pelo sistema, que não considera a finalidade como referência ético-social que limita o espaço de proibição e, por isso, torna-se um sistema absoluto, que pretende ressignificar o conceito de ação através da teoria da imputação. Uma solução adequada é a compreensão da vigência normativa como mais um filtro à função negativa, de delimitação, após a existência da voluntariedade, da vontade e da referência social à ação.

A ação de conteúdo típico deve buscar, especialmente, uma função prática, ou seja, capaz de reunir os elementos mínimos para que um comportamento humano não seja objeto do direito penal: cumpre uma função negativa, delimitadora, um filtro inicial que estabelece o conteúdo que gradativamente será valorado pelos elementos analíticos que definem o fato punível. Enquanto elemento de delimitação, assim, ela deve excluir tudo o que não tem idoneidade a ser qualificado como típico.

Um conceito que opere dentro do próprio sistema penal, que obtenha o seu conteúdo a partir da valoração do sistema. Assim, a conduta seria o elemento dogmático capaz de ensejar a responsabilidade pessoal, desagravando a liberdade individual de ação quando não proporcional aos fins de proteção a bens jurídicos. Essa é a proposta desenvolvida Wolfgang Frisch⁶³³, que considera a conduta como um elemento típico que precede à teoria da imputação e forma o seu conteúdo a partir da proibição constante nos tipos.

Essa perspectiva amplia o refinamento da teoria da ação e, conseqüentemente, gera o balanço adequado entre a teoria da imputação do resultado e a *conduta típica* nos casos de intervenção da vítima no perigo.

8.6 CONCLUSÕES PRELIMINARES

O insucesso na busca por um conceito *onipresente* de ação pode evidenciar que o problema não está na existência de um conceito de ação como categoria do delito, mas na perspectiva metodológica que historicamente tem direcionado os estudos sobre a ação: a importância prática da ação para o sistema jurídico penal ultrapassa

⁶³³ FRISCH, *Op Cit.*, 2004.

a necessidade de um *supraconceito* como pedra angular da compreensão analítica sobre o crime.

As funções que se atribuem à ação devem se orientar pela finalidade que o sistema penal cumpre em uma sociedade, de modo que a atribuição acrítica ou imutável de funções à ação engessa a própria dinâmica do desenvolvimento de uma construção dogmática capaz de atribuir maior refinamento e rendimento à ação como categoria essencial à teoria do delito.

É importante pensar na construção da ação como categoria sistemática funcional, o que requer uma compreensão *intrassistêmica* e *típica* da conduta. Essa compreensão pode tomar o *princípio do risco* como elemento normativo que compõe o seu conteúdo em uma perspectiva *ex ante*, voltado ao caráter limitativo (negativo).

O que se busca, nesse sentido, é a manutenção de um conceito de *conduta típica*, que evidencie o viés negativo da ação. A ação, tomada isoladamente, pouco significa. Ela precisa fazer parte de uma conduta que é, ela sim, valorada juridicamente: ou seja, um conceito cuja *função de delimitação* seja adequada à compreensão da manutenção da liberdade de ação nos espaços em que a proibição não se faz necessária ou adequada para preservação do interesse que constitui o conteúdo da norma incriminadora.

O problema da tese é um problema da teoria da ação. Mas ações de caráter *pré-típicos* não têm rendimento para solucionar o problema da exposição da vítima ao perigo, que necessita de um ponto de vista jurídico-normativo. Transferem-se, nesse sentido, os esforços metodológicos para estruturar a *conduta típica* com a orientação da *não ação*, como categoria que orienta um filtro inicial à teoria do crime.

CAPÍTULO 09

O RISCO PROIBIDO COMO DESVALOR OBJETIVO DA CONDUTA TÍPICA

9.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A afirmação da função de delimitação da ação como forma de ampliar o rendimento da teoria da ação em face dos problemas dispostos pela sociedade atual, é capaz de equilibrar o *desvalor da ação* e *do resultado* enquanto âmbitos de valoração do injusto. Para isso, o princípio do risco que orienta em direção a sua permissão deve ser um elemento capaz de orientar o *desvalor objetivo da ação*, avocando a seu núcleo o comportamento da vítima que se expõe voluntariamente ao perigo.

A percepção da ação capaz de valorar o comportamento da vítima como critério que amplia os espaços de liberdade de ação de outros atores que influenciam a criação ou a maximização do risco requer uma valoração típica. Nesse sentido, o presente capítulo pretende inserir na ação um juízo de valoração a partir de uma análise *teleológica* e *restritiva* dos tipos penais de homicídio e lesão corporal, determinando o *desvalor* da conduta a partir do risco contido em tais proibições.

Logicamente, não se pretende criar mais um conceito de ação e aumentar a complexidade sobre o tema: já são tantos conceitos! Causal, final, social, pessoal, típico, negativo, significativo, normativo, comunicativo etc⁶³⁴.

O capítulo compreende a complexidade da teoria da ação na relação com a permissividade do comportamento arriscado em virtude da exposição da vítima ao perigo. Nesse sentido, pretende ter na conduta típica um juízo normativo do risco, a partir de uma análise teleológica e restritiva dos tipos penais, em que a ação responsável da vítima na exposição ao fato perigoso é o fundamento à permissividade do risco inerente à conduta dos atores que interagem com o fato perigoso.

⁶³⁴ Sobre a análise crítica dos conceitos de ação: COSTA, Lucas Gabriel Santos. ROCHA, Alexandre S. A Valoração da Ação *Intersubjetivamente Significativa* na *Dogmática Jurídico-penal*. IN: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/pi88duoz/q4lu4pk3/t7A0963G5Xac5Ok5.pdf>.; BUSATO, Paulo Cesar. *Direito Penal e Ação Significativa*. Uma análise da Função Negativa do Conceito de Ação em Direito Penal a Partir da Filosofia da Linguagem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

9.2 A DELIMITAÇÃO DO ESPAÇO DE PROIBIÇÃO A PARTIR DA AÇÃO

A orientação da proibição de fatos cumpre uma função legitimadora do direito penal. São os fatos, acontecimentos dotados de relevância social, que formam parâmetros das normas penais incriminadoras: o direito penal proíbe fatos, como a consequência social da manifestação da pessoa, preocupa-se em proibir os tipos de fatos e não os tipos de pessoas.

Os fatos que interessam ao direito penal, no entanto, são aqueles em que há a interveniência de uma pessoa, pois, acontecimentos que derivam de animais ou de forças da natureza não interessam ao direito penal.

Então, se o direito penal se preocupa com fatos, e neles é preciso ter um ser humano, a quem será atribuída a responsabilidade por suas consequências, então, logicamente é imprescindível a existência de uma ação moral, pois é através de ações que qualquer pessoa se realiza socialmente, compondo fatos proibidos ou não. Como afirma Heleno Cláudio Fragoso: “o crime é, antes de tudo, ação ou comportamento através do qual o homem se põe em contraste com as exigências da ordem jurídico-penal.”⁶³⁵

9.2.1 A junção da complexidade dos níveis de desvalor da ação

A função que o direito penal assume no meio do sistema social se materializa a partir da valoração negativa que recai sobre a ação. O sistema penal se manifesta, enquanto instrumento de controle, através da descrição de acontecimentos que compõem o núcleo abstrato de proibição, indicando os espaços em que se restringe a liberdade de ação.

Os fatos puníveis são constituídos por ações que manifestam um significado insuportável, e, por isso, penalmente desaprovadas. Essa manifestação deve ser exterior, pois a parte interior, subjetiva da ação, só deve importar ao direito penal a partir do momento em que a pessoa *externaliza* a sua ação, formando um curso causal

⁶³⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Conduta Punível*. São Paulo: José Bushatsky, 1961. P. 05.

que decorre de sua vontade. Como as pessoas atuam perseguindo objetivos, o *agir* é, por si, investido de sentido para o agente, por isso, não deve se confundir com um mero *ato*. Por isso, toda ação possui um sentido, um conteúdo visado, ainda que o dado pelo agente a si próprio.

Considerando a valoração jurídico-penal que recai sobre esse sentido, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais⁶³⁶, por exemplo, absolveu o motorista de ônibus que atropelou a vítima após uma parada no ponto. Ocorre que a vítima, após a parada no ponto, atravessou a pista na frente do ônibus e fora da faixa de pedestres, encobrendo a visão do motorista. Nesse caso, houve uma ação voluntária, mas a valoração do conteúdo dela representa um filtro capaz de garantir a liberdade de ação em um espaço em que a proibição penal não se justifica.

A ação sem o conteúdo da vontade, como querem os causalistas, não satisfaz a necessidade de um direito penal que se preocupa com o caráter ético-social da ação, como defende Welzel: para que uma ação seja proibida, é preciso que o conteúdo da vontade que motivou o agente a externalizá-la seja penalmente *desvalorado*, ou seja, possua um vínculo com a realização do fato socialmente insuportável e penalmente proibido.

O *desvalor* de uma ação a partir do diagnóstico psíquico ou do sentido atribuído pelo agente não é o limite a uma função de delimitação da ação. Se assim fosse, ampliaria o espaço de proibição onerando a existência do ator sem considerar as interferências do contexto, ou seja, da sociedade que o forma, a partir do processo de socialização, bem como das circunstâncias que socialmente interagem com a sua ação, produzindo significado ecológico: compreensível pelos próximos, por seus pares. Durkheim, nesse sentido, defende que “a causa determinante de um fato social deve ser buscada entre os fatos sociais anteriores e não entre os fatos de consciência individual [pois] a função de um fato social deve ser buscada sempre na reação que mantém com um fim social”⁶³⁷.

⁶³⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça. (TJ-MG APR 0037893-6920048130059 MG). *Jurisprudência*. Relator: Des. Nelson Messias Moraes.

⁶³⁷ DURKHEIM, Émile. *As Regras do Método Sociológico*. São Paulo, Martins Fontes, 1999. P.112.

A sociedade, nesse contexto, é um organismo que influencia o significado atribuído à ação. A questão é que a sociedade, como uma comunhão de indivíduos, pode atribuir um significado diferente daquele sentido que o ator atribui à sua própria ação. Por isso, o fato social cumpre uma função social, que não se esgota ou se confunde com a intenção das pessoas, pois se constituem a partir de ações que cooperam para produção de efeitos socialmente úteis.

A pessoa é importante ao desenvolvimento da sociedade, mas ela não determina por si só o sentido das ações. As relações intersubjetivas são fatos sociais; a compreensão do fato social a partir da sua função no sistema retroage ao comportamento individual formando o significado das ações, que agora serão proibidas quando se desviarem da função a que se presta conforme uma base reitora que não é o indivíduo, mas a sociedade como um ente orgânico.

Ao âmbito da ação, de outro modo, não é preciso buscar a *causa determinante*, como afirma Durkheim, mas que o contexto social sirva como mais um filtro capaz de orientar a delimitação dos espaços de proibição, para além da voluntariedade e da vontade, como defende Johannes Wessels⁶³⁸.

O fato social, como uma relação social, é composto pela comunhão de ações intersubjetivas que seguem uma ordem estabelecida *a priori* e que lhe dá legitimidade. Max Weber defende que a ação social é sempre plural, pois se torna reciprocamente orientada pela presença do outro, “um agir que, quanto a seu sentido visado pelo agente ou pelos agentes, refere-se ao comportamento de outros, orientando-se por este em seu curso”⁶³⁹.

As pessoas atuam, nesse sentido, conforme uma base reitora previamente estabelecida que orienta o significado social da ação. A ação social é direcionada por uma identidade cultural que estabelece o gabarito comportamental com modelos de conduta de uma ordem social legítima. As ações são valoradas, nesse sentido, por

⁶³⁸ WESSELS, Johannes. *Direito Penal*. Parte geral. Tradução: Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976. P. 24.

⁶³⁹ WEBER, Max. *Economia e Sociedade* (Vol.1): Fundamentos da sociologia compreensiva. Distrito Federal: 2004 (Conceitos).

uma ordem que pode ser convencional, enquanto padrão estabelecido por valores morais; e que pode ser jurídica, determinada pelo direito.

Essa dimensão é importante para atribuir à ação o potencial de delimitação da ordem jurídica, pois, nos casos em que haja a voluntariedade, a vontade e o comportamento consistam em socialmente inadequados, ainda existe a ordem jurídica como filtro capaz de restringir o espaço de proibição. É o que defende Jakobs, por exemplo, ao afirmar que o risco permitido é uma concreção jurídica do princípio da adequação social⁶⁴⁰.

Não é possível considerar como proibido o comportamento de um motorista que, cumprindo as normas de trânsito, fez uma conversão à esquerda que não era proibida, e colide com a vítima que conduzia o seu veículo em alta velocidade. O Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul⁶⁴¹, nesse caso, considerou que o motorista “praticou um ato cujo risco é permitido no convívio social, tornando-o, por isso, irrelevante ao Direito Penal”.

A pessoa age livremente conforme um valor simbólico compartilhado por todos. Talcott Parsons⁶⁴² considera que a pessoa escolhe entre as diversas possibilidades oferecidas pela sociedade a referência para direcionar a sua ação. As pessoas são socializadas e, nesse processo, adquirem orientações motivacionais que são referências de valor construídas culturalmente. Quando as pessoas agem conforme o que é culturalmente aceito, passam a direcionar suas ações para o caminho que estabiliza o padrão comportamental necessário ao desenvolvimento da sociedade. Nesse sentido, a proibição só pode recair sobre ações que se desviem dos valores compartilhados como necessários à comunidade.

Nesse caso, não se pode dizer que o comportamento da enfermeira que aplica uma injeção, do tatuador que produz uma tatuagem, do futebolista que causa uma lesão

⁶⁴⁰ “[...] risco que necessariamente se encontra vinculado à configuração da sociedade; trata-se, portanto, de uma concreção da adequação social.” Em: JAKOBS, Günther. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução: André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. P. 35.

⁶⁴¹ BRASIL. Tribunal de Justiça. (TJ-MS APL 0049567420118120001 MS). *Jurisprudência*. Relator: Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

⁶⁴² PARSONS, Talcott. *A Estrutura da Ação Social*. Um Estudo de Teoria Social com especial referência a um grupo de autores europeus recentes. Vol II. Petrópolis: Vozes, 2010.

em face de uma jogada arriscada são proibidos. A intervenção médica, por exemplo, ainda que perigosa, por possuir um poder invasivo sobre a integridade corporal das pessoas, “não se transforma em penalmente perigosa, se realizada conforme a *lex artis*, ela é objetivamente atípica porque dentro dos limites do risco juridicamente permitido.”⁶⁴³

Mas nem tudo que é socialmente inadequado deve ser considerado penalmente proibido. É preciso que o sistema penal sirva como um filtro capaz de desagrar a liberdade de ação nos casos não alcançados pela voluntariedade, pela vontade ou pela referência à sociedade como elementos de delimitação da ação.

Um exemplo, nesse sentido, foi o caso analisado pelo Superior Tribunal de Justiça⁶⁴⁴ em que o motorista dirige o veículo em velocidade acima do permitido para a via que trafegava, sendo que em virtude de um acidente, o carona que não usava o cinto de segurança, morreu. Nesse caso, trafegar em uma via acima dos limites de velocidade é um comportamento socialmente inadequado, mas deve se questionar se o risco do comportamento do autor é proibido uma vez que a vítima se expôs voluntariamente ao perigo.

No caso, a voluntariedade, a vontade, bem como a referência ao desvalor social da ação não têm a capacidade de delimitar a ação, e acabam por retirar dela o desvalor em virtude da valoração negativa do comportamento da vítima no caso. Para isso, é preciso alcançar mais um nível funcional delimitador do espaço de proibição a partir da ação, um nível de referência dado pelo sistema jurídico-penal.

⁶⁴³ MINAHIM, Maria Auxiliadora. COSTA, Lucas Gabriel S. *O Exercício da Medicina à Luz do Direito Penal. Direito penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM/Univali/UPF/FURG; Coordenadores: André Leonardo Copetti Santos, Santiago Garderes – Florianópolis: CONPEDI, 2016.*

⁶⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (STJ AGRG 1270983 - MG). *Jurisprudência*. Relator: Des. Min. Lauryta Vaz.

9.2.2 A proibição dos tipos como referência à delimitação da ação

No âmbito da dogmática penal, os elementos que constituem o fato punível, evidenciam-se como indicadores do acontecimento indesejado que se opõe aos ideais que formam a convenção comportamental adotada como referência às expectativas internas do sistema social.

Os fatos proibidos decorrem da constituição social de uma realidade, de relações normativamente valoradas que se obtêm a partir da conexão entre a pessoa e o ambiente social, o que limita o espaço de liberdade social ao âmbito do penalmente tolerado. A *conduta típica* é o comportamento que ultrapassa esse espaço e, *a priori*, que reúne os requisitos mínimos para formação de um fato insuportável ao direito penal e, por isso, punível. O problema é se determinar quais são os pontos essenciais para relevância sistêmica de uma conduta.

Esses pontos relevantes necessitam de bases reitoras de significação dentre as quais os tipos penais se inserem como orientadores do risco que conduz à permissividade de um comportamento humano.⁶⁴⁵ Por isso, a valoração do comportamento proibido requer a presença de um risco à expectativa de não causar lesão ou perigo de lesão a um bem protegido penalmente.

A amplitude da ação para o direito penal requer a apreensão de uma dimensão *axiológico-normativa* do comportamento, incorporando-o a um sistema de referências que é criado pelas normas que constituem o sistema penal, pois o conteúdo, as características e a finalidade que a ação cumpre dentro do sistema também é orientada pelo próprio Direito Penal.

A ação é um elemento capaz de informar componentes significativos à comunicação sistêmica, mas o processo de comunicação com a atribuição de significado à ação não se exaure na relação causal entre o sentido natural das consequências do fato e o comportamento do indivíduo. Por isso, pode ser que uma ação realize formalmente

⁶⁴⁵ MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal. Fundamentos e Teoria do Delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P. 152.

o núcleo de um tipo penal, como matar ou causar lesão, mas não possui o conteúdo capaz de determinar a proibição penal.

O sistema penal, a partir de um programa formado por princípios liberais e democráticos, como a legalidade, a subsidiariedade e a dignidade humana, preocupado com a preservação da liberdade quando não for necessário evitar lesões a bens essenciais às pessoas, é capaz de buscar no nível do tipo penal, a partir de uma abordagem restritiva, a referência à função de delimitação da ação.

Essa perspectiva se junta à voluntariedade, à vontade e à referência social à ação como mais um nível da função de delimitação da ação: um filtro funcional à liberdade de ação que tem o sistema penal e os tipos como pontos de referência. O significado do acontecimento toma a comunicação como uma unidade inerente ao sistema penal capaz de desagregar os espaços de liberdade das pessoas, isso com a antecipação da valoração jurídica da permissividade do risco ao âmbito do tipo como desvalor objetivo da ação.

A *conduta típica*, assim, pode assumir o conteúdo do programa que fundamenta o sistema penal e que orienta a função da dogmática penal em um Estado Social democrático de direito: limitar a manifestação punitiva, protegendo a liberdade de ação quando a proibição penal não se fundamenta na garantia da intangibilidade dos bens e interesses indispensáveis ao desenvolvimento humano.

9.3 O DESVALOR OBJETIVO DA CONDUTA

A abordagem crítica⁶⁴⁶ do sistema penal possibilita o desenvolvimento da dogmática penal a partir da compreensão do fundamento (a proteção dos espaços de liberdade) e da função (estabelecimento de níveis normativos que filtram a atribuição de responsabilidade penal) dos elementos que analiticamente formam o fato punível.

⁶⁴⁶ O processo racionalizador se trata de um processo de burocratização da vida social. “A razão foi definida como a possibilidade de realizar críticas, ou reflexões, sobre o que acontece. A racionalização, porém foi também utilizada como justificativa de um poder. A racionalização, nesse sentido, é como o contrário da crítica. A crítica, esse lugar onde eu gostaria de me posicionar, deve advogar por muitas ‘razões’ democráticas e ‘civilizadas’ contra as violências e a dor provocadas intencionalmente.” IN: ANITUA, Gabriel Ignácio. *História dos Pensamentos Criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2008. P. 30.

Essa abordagem amplia a visão sobre a necessidade⁶⁴⁷ e a adequação⁶⁴⁸ do método da dogmática penal⁶⁴⁹, assim como os limites e a utilidade do direito penal como instrumento de controle.

A dogmática penal serve ao sistema penal como instrumento de controle social: ela orienta a estrutura interna que fornece substrato ao conteúdo e ao modo de interação entre os elementos da teoria do delito. Elementos que, sob a perspectiva funcional, seguem o fundamento que orienta o sistema (aspecto positivo) e possuem a função de reduzir as possibilidades de interação sistêmica que se mostram inadequadas à manutenção das expectativas necessárias à proteção da liberdade (aspecto negativo).

O aspecto positivo do tipo penal, ou seja, o seu fundamento, não deve se afastar do programa reitor do sistema dogmático: respeito à humanidade a partir da proteção à liberdade, que se forma como um suporte à orientação de seu aspecto negativo, qual seja, a criação de núcleos de proibição para manutenção das expectativas de proteção de bens.

O tipo penal, que tem a função de determinar, *prima facie*, os espaços sociais de proibição, materialmente se diferencia com a formação de estruturas dogmáticas, a exemplo da ação, que devem adquirir um significado contextual. É por isso que, se o tipo penal como uma norma de determinação estabelece a proibição e, conseqüentemente, os limites do não atuar em prol da proteção de expectativas protetivas, então, a conduta, enquanto estrutura que integra o tipo penal, também deve possuir um fundamento, uma base reitora (aspecto positivo) e cumprir uma função sistêmica (aspecto negativo).

A conduta, enquanto categoria típica, representa o primeiro nível de *desvalor* do fato punível. A função da conduta como elemento do tipo penal deve ter como referência

⁶⁴⁷ AMBOS, Kai. *Dogmática Jurídico-penal y concepto universal de hecho punible*. IN: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Nº 74. Ano 16. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

⁶⁴⁸ ORDEIG, Gimbernat. *¿Tiene un Futuro la Dogmatica Juridicopenal?* IN: Problemas actuales de las ciencias penales y de la filosofía del Derecho. En homenaje al profesor Jiménez de Asúa, Ediciones Panedille, Buenos Aires 1970.

⁶⁴⁹ Sobre os ganhos do método funcional e, conseqüentemente, da proposta de funcionalização do fato punível: JAKOBS, Gunther. *Fundamentos do Direito Penal*. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

a função do próprio sistema dogmático, ou seja, estabelecer limites à manifestação punitiva. Ela atua como um elemento negativo, um filtro aos comportamentos que não apresentam o *desvalor* necessário a ensejar a proibição penal.

Esse *desvalor* é perceptível objetivamente pela presença de um risco capaz de gerar perigo ao objeto de proteção penal. Por isso, comportamentos inócuos, que não criam perigo, não devem ensejar a valoração negativa do direito penal que se orienta por uma compreensão de Estado social de direito: a vontade do agente não deve se constituir como elemento exclusivo de reprovação do direito penal para constituição do *desvalor* da conduta.

Para além da crítica sobre os elementos intelectual e volitivo da ação humana, o *desvalor* da conduta requer que o comportamento possua o risco capaz de causar lesão ao bem protegido pela norma penal. Mas não é qualquer risco que deve adjetivar a conduta como objetivamente *desvalorada*: a sociedade contemporânea incorpora os riscos como forma de manutenção e desenvolvimento de sua identidade. A vedação a todo e qualquer tipo de risco geraria a própria paralisação do sistema social, pois o *risco geral da vida* integra o conteúdo da interação social⁶⁵⁰.

A compreensão de todos os riscos como elementos alcançáveis pela desaprovação penal acarretaria na incompreensão do equilíbrio que se deve buscar na relação entre necessidade de proteção penal (que fundamenta a criação de núcleos de proibição) e a manutenção da liberdade social de ação (que orienta a proibição apenas quando estritamente necessária à manutenção das expectativas de proteção à liberdade).

Por isso, apesar do risco presente no comportamento dos atores, não se deve tomar todas as formas de cooperação a uma *exposição da vítima ao perigo* como um fenômeno que produz um risco típico. O risco criado pelos intervenientes necessita de uma desaprovação jurídica para compor o conteúdo do comportamento típico: uma

⁶⁵⁰ Pero esta distinción sólo puede hacerse con nitidez entre las conductas que no entrañan *ningún* riesgo y las que sí implican alguno pero no deseamos evitar, y es un hecho que todo contacto social encierra algún riesgo, por remoto que sea. No sólo, pues, los sectores de actividad peligrosa permitida, sino también el llamado *riesgo general de la vida* supone una clase de riesgo no absolutamente imprevisible y cuya licitud deriva de una valoración normativa. MIR PUIG. *Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal*. IN: *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Madrid, UNED, 2001. P 15

desaprovação que se fundamenta não apenas pela existência de normas jurídicas (como as normas que regulam a relação de trânsito), ou as normas específicas de atividade privada (como aquelas que regulam o desporto), ou pelo princípio da confiança, mas, sobretudo, pela adequação e necessidade da proibição do perigo para desagrar a liberdade de ação.

O mandado de determinação presente nos tipos não se dirige à manutenção de expectativas de não causar lesão em face do comportamento arriscado do próprio ator lesado. O tipo determina que um terceiro deve garantir a sua organização para não causar lesão a outrem: não impõe ao próprio ator lesado o dever de garantir expectativas de não se *autolesionar*.

Uma *conduta típica* deve compreender que o comportamento se produza enquanto risco juridicamente proibido por ser normativamente perigoso em face do conteúdo do tipo penal. É por isso que aquele que favorece um comportamento *responsável* do portador do bem, não atua conforme um direito penal funcional, exceto nos casos de participação dolosa em suicídio⁶⁵¹. Se o ator lesado, a partir de uma *prognose póstuma objetiva*, tem a capacidade objetiva de conhecer o desenvolvimento do risco e a possibilidade de evitar o resultado, o comportamento dos autores intervenientes no risco não contemplará o perigo exigível pelo tipo penal de homicídio ou de lesões corporais.

Essa conclusão requer uma valoração sobre a *conduta típica* como categoria que obtém o seu desvalor a partir do risco juridicamente desaprovado. A criação e a desaprovção do risco orientam os limites da proibição do comportamento dos atores que intervêm em *exposições da vítima no perigo*: o risco será permitido quando o perigo é dirigido pelo próprio ator lesado, que detém a responsabilidade por sua criação e desenvolvimento.

⁶⁵¹ “El derecho al libre desarrollo de la personalidad que consagra la Constitución ha de permitir asumir riesgos, aunque puedan terminar en lesiones. MIR PUIG. *Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal*. IN: *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Madrid, UNED, 2001. P 15.

9.3.1 Limites do comportamento permitido a partir do desvalor da ação

A partir do momento em que lançamos uma ação no mundo, essa vai deixar de obedecer às nossas intenções, vai entrar um jogo de ações e interações no meio social no qual acontece, e seguir direções muitas vezes contrárias daquela que era a nossa intenção. Logo, nunca estaremos certos se nossas boas intenções vão gerar boas ações⁶⁵².

O comportamento juridicamente desaprovado, por ser arriscado, necessita de uma crítica que compreenda a sua essência e a sua existência. A essência do risco desaprovado se conduz pela referência ao fundamento da permissividade jurídica do risco, o que requer a sua compreensão como forma de expressão da identidade social, de uma vida social comum, sendo uma expressão que não deve integrar o conteúdo da proibição penal: trata-se do risco permitido.

A existência do risco, no entanto, precede à valoração e à compreensão de sua essência. A necessidade de um risco como *desvalor* objetivo do comportamento típico, no que se refere ao plano existencial, requer a criação e a desaprovação jurídica do risco. São etapas distintas: a criação do risco tem como referência o potencial do perigo, ou seja, um elemento que obtém o seu conteúdo com a previsibilidade objetiva de causar lesão a um valor socialmente significativo. A desaprovação jurídica do risco, que se orienta pela concreção do comportamento arriscado, é dirigida pela relação entre a idoneidade da proteção penal e a preservação dos espaços de liberdade de ação no sistema social.

A compreensão da criação do risco depende de um valor referido, que preexiste ao comportamento, e de um juízo de referência, em que se produz o efeito de referir após o comportamento. O valor referido são os bens e interesses indispensáveis à manutenção das relações entre o ser humano e o sistema social: a criação do risco gera um previsível perigo à vida, à integridade física, à saúde, ao patrimônio, à liberdade etc.

Nesse caso, considerando a vulnerabilidade inata ao ser humano, o que caracteriza toda e qualquer relação entre pessoa e sociedade como uma interação arriscada, a

⁶⁵² MORIN, Edgard. *Complexidade e Ética da Solidariedade*. IN: *Ensaio de Complexidade*. CASTRO, Gustavo de. Porto Alegre: Sulina, 2006. P. 19.

criação do risco para dogmática penal necessita de uma base reitora inicial, que é dada pela sociedade, ou melhor, pela cultura que se apoia em aspectos identitários que orientam o sistema social. Criar um risco não é gerar a capacidade de produzir qualquer perigo, mas o perigo insuportável, como se tem afirmado ao longo deste capítulo, por obstar o desenvolvimento da sociedade que deve se apoiar em valores humanitários.

O juízo de referência deve ser objetivo, ou seja, não é a unidade, o indivíduo por si só, quem deve carregar o sentido do risco, mas o próprio sistema penal indica a inadequação do risco por criar um perigo insuportável para manutenção da vida das pessoas. O comportamento, nesse sentido, ainda que arriscado, mas que se mostra conforme ao cuidado que objetivamente se espera do ator não pode ser considerado proibido⁶⁵³.

O *desvalor* do comportamento dos atores que intervêm em uma *exposição da vítima ao perigo* requer a valoração da criação de um risco proibido. Essa valoração não se observa por apenas gerar o resultado morte ou lesão, que são formalmente proibidos como homicídio ou lesão corporal, mas deve compreender a violação de um dever objetivo de cuidado, imprescindível à responsabilidade pelo menos pelo crime culposos.

Essa violação, necessita, no âmbito do comportamento dos atores, da manifestação de uma imprudência, negligência ou imperícia: a violação do dever objetivo de cuidado que advém de uma conduta previamente arriscada⁶⁵⁴. A violação do cuidado devido precisa de uma base normativa, de um programa para definição dos parâmetros de permissividade do risco em face do perigo tolerável, uma vez que delimita a responsabilidade com a formação de um conteúdo essencialmente sistêmico-penal.

⁶⁵³ “A ideia e risco, centro de toda a moderna teoria da imputação objetiva, fundamenta-se, desta forma, no fato de que o Direito Penal, para proteger bens jurídicos e cumprir a sua função preventiva, só pode proibir ações *ex ante* perigosas”. IN: GRECO, Luis. A Teoria da Imputação Objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. São Paulo: Renovar, 2002.

⁶⁵⁴ ORDEIG, Gimbernat. *Que és la imputación objetiva?*. El sistema del derecho penal em la actualidad Estudios de Derecho Penal. 2ª Edição. 1981. Em: http://www.cienciaspenales.net/files/2016/11/6_QUES-LA-IMPUTACION-OBJETIVA.pdf. Acesso em 10 de maio de 2019.

Roxin defende a reestruturação do crime culposo a partir dos requisitos de imputação objetiva do resultado. O dever objetivo de cuidado cede o lugar ao risco permitido como critério normativo de imputação do resultado a título de culpa, pois “o critério da ‘violação do dever de cuidado’ nada mais é que uma denominação que compreende em si os pressupostos cuja existência leva à criação de um risco juridicamente desaprovado. Mas uma caracterização destes pressupostos já não consegue ele fornecer.”⁶⁵⁵ Nesse sentido, “a teoria da imputação objetiva cria, portanto, uma dogmática do ilícito culposo completamente nova”⁶⁵⁶.

Nos crimes culposos, no entanto, o critério definitivo está na criação de um perigo não tolerado, ou seja, uma conduta que possui a partir de uma perspectiva *ex ante* um risco juridicamente não permitido⁶⁵⁷. A relação entre o risco e o dever objetivo de cuidado deve se orientar por uma perspectiva em que o fundamento do cuidado objetivamente devido se obtém a partir do risco permitido, compreendendo que a função dos critérios que orientam a violação do dever objetivo de cuidado, como requisitos de valoração do comportamento típico, é determinar parâmetros a desaprovação jurídica do risco.

O significado e alcance da imprudência, da negligência e da imperícia são determinados a partir da orientação do risco juridicamente permitido, pois, como elementos que integram o comportamento típico, necessitam de um aporte normativo capaz de carregar o conteúdo dos mesmos com fundamento do sistema penal: o risco permitido é o indicador ao comportamento prudente, atento e perito.

Se uma conduta não ultrapassa o risco permitido não poderá ser imprudente e, assim, se o comportamento é prudente, então, não é preciso recorrer à teoria da imputação objetiva, pois ela não será proibida pela ausência de conduta típica. Nesse caso, só se poderia resolver pela solução da imputação objetiva do resultado se se

⁶⁵⁵ *A teoria da imputação objetiva*. IN: Estudos de direito penal. Tradução: Luís Greco. São Paulo: Renovar, 2006. P. 118.

⁶⁵⁶ “Os conceitos com os quais a dogmática tradicional tentou apreender a culpa — violação do dever de cuidado, previsibilidade, reconhecibilidade, evitabilidade — são supérfluos e podem ser abandonados, pois aquilo que se deseja dizer através deles pode ser descrito de modo bem mais preciso pelos critérios de imputação por mim expostos.” *Ibid.* P. 116.

⁶⁵⁷ FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento Típico e Imputación del Resultado*. Madrid: Marcial Pons, 2004. P. 50

considerasse que nos tipos culposos o tipo objetivo fosse formado por um elemento unitário chamado de imputação do resultado, englobando a conduta e o resultado como elementos normativos passíveis de atribuição, o que resultaria em uma mudança de etiquetas sem utilidade prática que não traz ganhos funcionais à teoria do delito, pois “não tem sentido criar uma nova denominação que em seu conteúdo coincida em todo com outra já existente”⁶⁵⁸.

A violação do dever objetivo de cuidado informa ao direito penal o comportamento que possui um risco juridicamente desaprovado. A violação do dever objetivo de cuidado, nesse sentido, é uma denominação que se vincula aos pressupostos necessários a realização do comportamento típico: o risco permitido, assim, não é o fundamento da imputação objetiva do resultado, mas o conteúdo do *desvalor objetivo* de um comportamento culposos.

Nesse sentido, nos casos de intervenção da vítima no perigo, a criação de um perigo a partir da valoração da conduta dos atores intervenientes em uma perspectiva *ex ante*⁶⁵⁹. Aqui, o fundamento do desvalor objetivo da ação se constitui normativamente com o risco proibido contido no comportamento dos atores, que é apreensível por uma observação objetiva sobre o fato em face do conteúdo protegido pelo tipo penal⁶⁶⁰.

9.3.2 O alcance do tipo e a referência ao risco proibido

O funcionalismo penal, de viés teleológico, como foi visto, pretende resolver os casos de interveniência em *autoexposição ao perigo* através do critério do *alcance do tipo* como um dos níveis normativos da imputação objetiva do resultado. O critério, que

⁶⁵⁸ “[...] se la acción se há mantenido dentro del riesgo permitido, queda excluída la tipicidad porque falta la imputación objetiva, há de ser rechazada: el tipo imprudente queda excluído, mas bien e unicamente, por una razón tautológica: porque no ha habido imprudencia.” Em: ORDEIG, Gimbernat. *Que és la imputación objetiva?*. El sistema del derecho penal em la actualidad Estudios de Derecho Penal. 2ª Edição. 1981. Em: http://www.cienciaspenales.net/files/2016/11/6_QUÉ-ES-LA-IMPOTACION-OBJETIVA.pdf. Acesso em 10 de maio de 2019. P. 178.

⁶⁵⁹ Frisch destaca que a questão de fundo se evidencia é se o injusto de comportamento que informa a atuação arriscada deve ser determinada segundo baremas gerais ou individuais. FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento Típico e Imputación del Resultado*. Macrid: Marcial Pons, 2004. P. 48.

⁶⁶⁰ Para Luís Greco: “O desvalor da ação, dissemos, ganha a componente objetiva da criação de um risco juridicamente desaprovado.” Para o autor, trata-se de uma elementar que se desdobra na criação de um risco e, após, na desaprovação do mesmo. Em: GRECO, Luís. *Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 30.

forma o terceiro nível de imputação após a aferição do resultado como decorrente do risco proibido criado, tem como objetivo excluir do âmbito de imputação do resultado os casos em que o risco produzido pelo agente não se adequa ao perigo que o tipo penal tem a finalidade de proteger. O fundamento é que o direito restringe a liberdade social de ação criando núcleos de proibição cuja finalidade é evitar perigos específicos⁶⁶¹.

Considerando, no entanto, que alcance do tipo busca a dimensão do risco que é capaz de desaprovar uma conduta em face do conteúdo que deve ser proibido pelo tipo, não há conteúdo capaz de justificá-lo como critério autônomo⁶⁶². A desaprovação do risco como jurídico-penalmente proibido, que fundamenta o *desvalor* objetivo da conduta típica, compreende a relação entre o risco criado e o tipo penal que se ergue como referência ao juízo de desaprovação: quando se realiza um risco proibido por uma norma proibitiva haverá uma relação de alcance do tipo entre a conduta proibida e o âmbito de liberdade que a norma pretende limitar no sistema social⁶⁶³.

A partir dessa dimensão, cabe buscar se nos casos de interveniência em *exposición em perigo da vítima* a conduta dos atores intervenientes, ainda que contenham um risco desaprovado pelo sistema jurídico geral, possuam o conteúdo capaz de gerar a sua desaprovação jurídico-penal em face do perigo que o tipo de lesões e homicídio

⁶⁶¹ Para Roxin, “Com a realização de um perigo não compreendido no risco permitido ocorrerá, em regra, a imputação ao tipo objetivo. Contudo, cada vez mais se admite que pode deixar de ocorrer a imputação quando, no caso concreto, o alcance do tipo, o fim de proteção da norma inscrita no tipo (ou seja, da proibição de matar, ferir, danificar etc.) não compreender os resultados na espécie do ocorrido, isto é, quando o tipo não for determinado a impedir acontecimentos de tal ordem.” Em: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução e Introdução de Luís Greco. São Paulo: Renovar, 2002. P. 352. “En este paso sistemático, ha de comprobarse que -a pesar de la concurrencia de una relación de causalidad y de la creación y realización del riesgo- el resultado acaecido realmente sea uno de los que el tipo penal en cuestión pretende evitar [...]”. Em: MELIÁ, Manuel Cândio. *Aproximación a la Teoría de la Imputación Objetiva*. IN: GONZÁLEZ, Mireya Bolaños (Org.). *Imputación Objetiva y Dogmática Penal*. Mérida: Karol, 2005. P. 91.

⁶⁶² La previsibilidad general de éstas no implica su previsibilidad en el caso concreto (entendida como la existencia en el caso concreto de razones para pensar que *esta* concreta acción pueda producir la lesión) MIR PUIG. *Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal*. P. 15.

⁶⁶³ Frisch considera que desenvolver um especial requisito de imputação é supérfluo, pois “[...] cuando se há realizado un riesgo desaprovado por la norma (de conducta) existe siempre la relación de fin de protección entre conducta prohibida y resultado: la realización de un peligro ya no tolerado por la norma de conducta del respectivo tipo, frente a cuyos efectos las normas de conducta -naturalmente-pretendem proteger, implica precisamente la existencia de la relación de fin de protección.” Em: FRISCH, Wolfgang. *Comportamento Típico e Imputación del Resultado*. Tradução de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004. P. 81.

pretendem evitar. Nesse caso, representariam a ausência de conduta pela inexistência de uma ação arriscada em face da proibição penal.

Aqui o que interessa é observar que a realização do risco proibido como componente da conduta requer um aporte funcional, ou seja, em que o seu conteúdo possa ser extraído da finalidade que cumpre a proibição de matar ou de causar lesão no sistema jurídico-penal e que, conseqüentemente, fundamenta a restrição à liberdade constitucional de ação nesse contexto. Para isso, a permissividade ou proibição do risco necessitam de um ponto de referência típico.

O risco proibido para o direito penal pode não ser o risco proibido para o sistema em geral, uma vez que a desaprovação jurídico-penal do risco requer uma valoração *intrassistêmica*. A *conduta típica*, como elemento do sistema dogmático, requer um segundo nível de desaprovação em face de sua relação com a vigência da norma incriminadora: o risco desaprovado que compõe o *desvalor objetivo* da conduta é aquele que ingressa materialmente no espaço de proibição.

Por isso, nos casos de *exposição da vítima ao perigo*, a existência de um risco juridicamente relevante não determina automaticamente o comportamento típico e se faz necessário compreender se o risco contido no comportamento corresponde ao perigo que político-criminalmente o tipo deve proibir. Nesse caso, considerando que o sistema penal não tem a finalidade de proibir comportamentos *autorresponsáveis*, o comportamento arriscado não corresponde ao conteúdo proibido se a lesão decorre do desenvolvimento de um perigo conduzido pela própria vítima.

9.4 A PERMISSIVIDADE DO RISCO A PARTIR DA CONDUTA DA VÍTIMA

A competência individual de autoproteção da vítima não afasta de todo modo o dever geral do Estado de prover condições ao desenvolvimento da pessoa, a partir da proibição de lesões ou perigo de lesões a bens. A natureza pública do direito penal enquanto instrumento de controle que estabelece uma relação entre a liberdade de ação e a necessidade de proteção a bens, vinculando o comportamento do autor e a

necessidade de respeito à esfera de personalidade alheia, não é afastada pelo comportamento imprudente ou negligente da vítima que se expõe ao perigo.

O simples consentimento no risco da vítima não a faz desmerecer da tutela jurídico-penal, como afirma Luzon Peña⁶⁶⁴, pensar de outro modo significaria, para Wolfgang Frisch, indicar ao autor que frente uma determinada classe de ataques, tem que contar com a autoproteção da vítima, o que ao fim e ao cabo seria o retorno da *lei do mais forte*⁶⁶⁵.

A responsabilidade do ator lesado na produção do fato perigoso como critério que exclui o risco do comportamento de outros atores que cooperam ou auxiliam ao fenômeno lesivo a tal bem possui um caráter excepcional, em face da natureza pública do direito penal. A possibilidade de sobrevivência em uma sociedade depende da garantia das condições necessárias à coexistência social, que, para Stratenwert⁶⁶⁶, depende de uma concepção sobre os interesses legítimos dos indivíduos, da sociedade e da situação histórica em que o sistema social se encontra.

O sistema social atual tem, de modo geral, no direito penal atual um instrumento imediato que orienta a proibição de ações lesivas sob ameaça de penal. O direito penal, assim, evita a preocupação constante do indivíduo com os bens que porta, garantindo possibilidades ao exercício da liberdade de ação. Uma liberdade que deve ser desonerada de lesões a bens que representem a quebra da confiança na manutenção das expectativas normativas pelos integrantes do sistema social.

A atipicidade do comportamento do autor que coopera na produção do perigo, nesse caso, decorre da valoração do comportamento da vítima no curso do perigo. Uma valoração que, a partir do sistema penal, filtra o comportamento do autor que garante a expectativa de, com a sua forma de viver, não causar lesão ou perigo de lesão a

⁶⁶⁴ 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. IN: *Revista Nuevo Foro Penal*. Vol. 6, nº 74, enero-junio 2010, pp. 58-80, Universidad EAFIT, Medellín. P. 68.

⁶⁶⁵ FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento Típico e Imputación del Resultado*. Tradução: Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 162.

⁶⁶⁶ STRATENWERTH, Gunther. *Derecho Penal*. Parte General, I. El Hecho Punible. Tradução: Gladys Nancy Romero. Buenos Aires: Di Placido, 1999. P 05

outrem, pois “um direito cuja missão é garantir a convivência ordenada deve limitar as pretensões de uma *autorrepresentação* de toda pessoa quando tais externalizações se opõem os direitos de liberdade alheios”⁶⁶⁷.

Nesse sentido, determinar a liberdade de ação a partir da atipicidade do comportamento ator é garantir que este ator não ingressou no âmbito de expectativa a ser garantido por outrem, no caso a própria vítima. Para isso é necessário construir critérios que afirmem que, considerando as diversas ações que se formam como condições ao acontecimento lesivo, o perigo que produziu tal lesão resulta de um comportamento *autorresponsável* da vítima.

9.4.1 Aspecto objetivo da ação da vítima (*exposição ao perigo como condição à lesão*)

A responsabilidade tem como pressuposto uma ação e, assim como é necessário observar um conjunto de pressupostos à atribuição da responsabilidade pelo fato à ação do autor, a ação responsável da vítima na disposição de seus bens requer uma valoração jurídica que não termina na afirmação tópica do princípio da *autorresponsabilidade*, ou na voluntariedade da vítima quando se expõe ao fato perigoso.

Se se tem pautas lógicas a uma segura atribuição de responsabilidade ao autor, também é necessário expor critérios da responsabilidade à vítima.

Como afirma o Professor Alexandre Rocha, as pessoas são responsáveis pelos acontecimentos deflagrados por suas ações. Atribuir a alguém a autoria de um fato pressupõe a existência de uma ação, como expressão no mundo exterior do conteúdo da vontade, dotada de sentido social por ser intersubjetivamente compartilhada. Por isso, para afirmar a responsabilidade da vítima em face à lesão, é necessária uma ação como realização de uma *exposição* própria ao perigo que potencialize o risco.

⁶⁶⁷ VOSSGÄTTER, Isabel. *Concepto social de acción e imputación objetiva*. Cuadernos de Conferências y Artículos. Nº 36. Traducción: Nuria Pastor Muñoz e Ramón Ragués i Vallés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006. P. 05.

A atribuição da responsabilidade pressupõe a voluntariedade da ação da vítima. A atribuição da responsabilidade, assim, é obstada pelos casos de coação física da vítima, pois a *autorresponsabilidade* pressupõe a atribuição de um resultado que decorre de uma ação que expressa a autonomia do autor, isso requer a liberdade de agir.

Afirmar a responsabilidade da vítima requer que a sua *exposição* ao perigo seja uma das condições ao resultado lesivo: lesão é uma consequência causal da *autoexposição* ao perigo. A responsabilidade da vítima pressupõe a existência de um curso causal que decorre de sua ação. O requisito mínimo à atribuição da responsabilidade, assim, é a existência de um vínculo entre o fenômeno social deflagrado pela comunhão de condições e o comportamento pessoal.

Esse, embora não esgote os requisitos da atribuição da responsabilidade à vítima pela lesão ao seu bem, é o vínculo que estabelece a relação causal entre a lesão e o comportamento arriscado da vítima. Nesse sentido, se retirado o comportamento da vítima na formação e desenvolvimento do fato perigoso e o resultado continuar ocorrendo, não se pode atribuir a autoria de tal fato ao ator lesado.

Mas não se deve atribuir à vítima todos os acontecimentos, fatos, que decorrem do curso causal deflagrado por suas ações. O nexo de causalidade entre o resultado e o comportamento da vítima que se expõe ao risco é insuficiente para afirmar a responsabilidade da vítima pelo resultado lesivo. Essa afirmação depende de um juízo jurídico-normativo que analisa, dentre os diversos acontecimentos, aquele que tem a competência para ser atribuído à vítima.

Jakobs, ao analisar a proibição de regresso, por exemplo, criticava que o comportamento que gera um fato antijurídico alheio não transforma o comportamento dos intervenientes em tal fato, quando atuam no âmbito do permitido, em igualmente ilícito⁶⁶⁸. Este é um olhar que compreende que a lesão que decorre do comportamento

⁶⁶⁸ JAKOBS, Günther. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução: André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. P. 27-29.

proibido de outros atores não deve ser direcionada à responsabilidade do ator lesado quando este não intervém no fato perigoso.

As relações sociais, como visto, são especialmente arriscadas, não há como conviver sem o risco, como uma manifestação objetiva de uma relação social capaz de causar lesão. As pessoas aderem ao risco inerentes às relações de trânsito, ao uso de substâncias nocivas à saúde, às relações médicas e cirúrgicas, sendo que, em regra, não compõem um perigo proibido com suas ações que manifestam acontecimentos no âmbito do risco permitido.

Nesse sentido, se houver um comportamento voluntário em direção ao risco, verificável como condição ao resultado, mas não represente uma intervenção no perigo, a vítima não será responsável. Ou seja, o comportamento da vítima no âmbito do risco permitido não exclui o desvalor objetivo da conduta do autor que produz o fato perigoso.

9.4.2 Aspecto subjetivo da ação (*domínio da decisão por enfrentar o perigo*)

A responsabilidade do ator em face da produção de uma lesão necessita do domínio cognitivo sobre o desenrolar dos acontecimentos deflagrados por suas ações, um domínio sobre desenvolvimento do perigo. Welzel, por exemplo, afirma que o processo causal é dominado pela determinação do fim e dos meios na esfera do pensamento, se não se tem o domínio no mundo real, o resultado não se realiza conforme uma direção final.

Nos casos em que a vítima se expõe ao perigo, entretanto, não é possível descrever uma direção final de sentido quanto ao resultado lesivo. Como alerta Roxin, ao criticar a decisão do BGH no *caso do teste de aceleração*, que no curso do perigo não há como diferenciar entre autor e partícipe a partir da teoria do domínio do fato, pois nos fatos imprudentes, as pessoas não têm como dominar o curso causal a produção de um resultado não desejável.

Isso não retira a possibilidade de compreensão do critério do domínio dos atores intervenientes no risco sobre o controle que possuem, não sobre a produção do resultado, mas, gradualmente, sobre a manutenção da situação de perigo. O conhecimento do risco em todas as suas circunstâncias e a decisão de enfrentar e de permanecer no perigo são elementos que orientam a ação, por um viés subjetivo, como pressuposto à atribuição do perigo à vítima *autorresponsável*.

Para que exista a responsabilidade, no entanto, é preciso uma ação como expressão de consciência e vontade da vítima. Essa expressão, como aspecto subjetivo da ação, compreende o elemento intelectual, cognitivo, e a volição, formada pelo querer e pelo desejo.

É o aspecto intelectual, tomado no sentido ontológico-descritivo, que orienta o um estado mental da compreensão dos atores sobre as circunstâncias que vivem. A *decisão autorresponsável* pressupõe que a vítima conheça o risco em todas as suas circunstâncias. Nesse sentido, como dito, não se pede, para determinar a atipicidade da conduta do autor, que a vítima possua o conhecimento técnico e específico sobre um procedimento arriscado, mas esteja consciente sobre o risco concreto da atividade e os perigos que decorrem de sua realização.

Nos casos de *relação sexual desprotegida*, por exemplo, se o portador do bem pratica uma relação sexual com alguém que sabe ser portadora do vírus HIV, sem conhecer essa circunstância, não se deve imputar ao ator lesado a responsabilidade por eventual transmissão. Sem o conhecimento, a vítima não tem domínio sobre a decisão de intervir no fato perigoso.

Para além do conhecimento, a vítima deve ter a vontade de se expor ao perigo, mantendo a capacidade objetiva de evitar o resultado. A vítima, a partir de suas ações, deve manter a vontade de alterar o mundo exterior. Nesse sentido, para além de conhecer o risco, o ator lesado deve decidir por enfrentá-lo.

Quem se expõe ao risco por suas próprias mãos tem maior capacidade de compreender a produção e desenvolvimento do perigo que aquele que se submete ao

perigo de outrem. Nos casos em que a lesão decorre de uma exposição própria em perigo, a vítima tem maior capacidade de conhecer o potencial lesivo, assim como de se decidir sobre curso causal do perigo que quer enfrentar.

No *caso da corrida de motocicletas*, (em que dois jovens decidem praticar uma corrida ilegal, cada um pilotando a sua motocicleta, e, após um acidente, um deles vem à óbito), o ator lesado tem maior possibilidade de conhecer o desenvolvimento do risco, (por exemplo, o tipo de manobra a ser realizada ou a dimensão da velocidade no veículo), e de decidir sobre a continuidade ou cessação do perigo, que nas situações em que as condições de incremento ou descontinuidade do perigo é conhecida e decidida por terceiro.

No *caso da passageira sentada na janela do automóvel*, (em que após uma manobra, o ator perde o controle do automóvel, capota e causa a morte da vítima que assentiu em trafegar sentada na janela de um automóvel), a vítima não tem o *controle causal* do perigo, mas no curso do risco, da exposição ao perigo até o resultado, mantém a capacidade de conhecer o desenvolvimento do risco e de decidir, a partir de uma valoração objetiva do seu comportamento no desenrolar dos acontecimentos, sobre a descontinuidade do evento perigoso.

O perigo não será atribuído ao comportamento da vítima quando, apesar de conhecer o risco em todas as suas circunstâncias, ela não possui a capacidade, objetivamente verificável, de no curso do risco manifestar a sua vontade quanto à descontinuidade do curso do fenômeno perigoso. Não se pode imputar o resultado lesivo à vítima em virtude de um acidente automobilístico, em que é lançada ao asfalto por ser transportada na carroceria de um caminhão, por exemplo.

O conhecimento do perigo a se enfrentar e suas circunstâncias não basta para atribuição da responsabilidade à vítima. O direito penal deve pedir mais requisitos à atribuição da responsabilidade à vítima que ao autor, ou seja, a vítima não tem uma responsabilidade prevalente na guarda de seus bens em face de lesões praticadas por terceiros, ou seja, a negligência da vítima não desonera o comportamento do autor *autorresponsável* pela produção da lesão.

O conhecimento é um elemento subjetivo da ação, mas, por si só, não determina a responsabilidade. É preciso que a vítima mantenha a vontade na exposição ao perigo, ou seja, a decisão de se expor ao perigo. Como o dever de não causar lesão ao outro antecede ao dever de autoproteção, (o que se demonstra por exemplo nos casos de heterolesão em face de bens indisponíveis), é preciso que a vítima domine o perigo como uma ação sua.

Os elementos psicológicos necessários à atribuição do domínio pessoal sobre um acontecimento são conhecimento e vontade. A vontade é formada pelo querer, que é a deliberação do ator quanto à exposição aos acontecimentos que compõe o curso de um fenômeno lesivo, é a decisão de se expor ao risco; e o desejo como manifestação subjetiva da *aquiescência* da vítima quanto ao resultado.

Nos casos *de exposição ao perigo*, a vítima não deseja o resultado, mas pode conhecer o risco e o seu desenvolvimento e decidir por se expor e permanecer no perigo. O comportamento *autorresponsável* é aquele dominável pelo ator, esse domínio pressupõe que os atores conheçam, deliberem, decidam e queiram a produção do perigo.

Se o domínio for da vítima, dela haverá um comportamento *autorresponsável* (*uma autoexposição ao perigo*) que desonera o espaço de liberdade do autor, pois o tipo penal de homicídio e lesões não tem a finalidade de proteger a pessoa do seu próprio perigo. No caso de um domínio compartilhado entre autor e vítima, sendo o bem indisponível (*exposição assentida a perigo de outrem*), a responsabilidade prevalente é a do autor, em face da natureza pública da proteção e evitação de lesão a bens.

A responsabilidade deve ser atribuível à ação de uma pessoa imputável, ou seja, com a capacidade de valorar as consequências da ação conforme o sentido sistematicamente compartilhado pela sociedade em curso ao conjunto de resultados que se vinculam ao curso causal desencadeado por tal ação. Não há responsabilidade sem imputabilidade, no entanto, a construção da imputabilidade requer uma apreciação externa ao agente e depende de um sistema de significação.

O conhecimento é um fenômeno ontológico, apreensível a partir da descrição do potencial intelectual do agente. A imputabilidade é um fenômeno normativo, requer um juízo de valor atributivo e um sistema de valoração heterônomo. É o sistema jurídico que determina a imputabilidade penal, como a capacidade do ser humano de valorar a manifestação externa de suas ações, um conceito, portanto, que segue uma estrutura normativa autorreferente.

A imputabilidade requer um julgamento externo, atribuível conforme a capacidade individual que segue o padrão estabelecido pelo sistema de referência alimentado por caracteres biológicos, psicológicos ou biopsicológicos vinculados à pessoa. A imputabilidade, no sentido jurídico-penal, não é apenas a capacidade de ser responsabilizado pela prática do injusto, mas um dos pressupostos para aplicação da pena, quando ela socialmente é necessária.

Nesse sentido, quanto mais se pede para a imputabilidade menos espaço haverá para atribuição de responsabilidade. Considerando que não se deve exigir mais da vítima que do autor no curso do perigo, os critérios normativos atribuíveis à imputabilidade do autor devem servir como fundamento de limitação da responsabilidade da vítima.

Por isso, o perigo não é da conduta da vítima, quando ela, inimputável, é transportada sem o equipamento de segurança, o capacete, em uma motocicleta com mais duas pessoas. Não há conduta atípica de terceiro que fornece droga a uma pessoa portadora de uma doença mental, incapaz de se autodeterminar, bem como no caso de aconselhar um viciado em álcool a ingerir um litro de bebida alcoólica. A *autorresponsabilidade* requer a capacidade pessoal de valorar os efeitos da decisão sobre o próprio bem, considerando a possibilidade de conhecer o significado da comunicação que integra o sistema social.

9.5 CONCLUSÕES PRELIMINARES

A importância do comportamento típico como categoria do delito não atende apenas a apenas considerações lógicas, mas a própria função sistêmica de materialização do

direito. A teoria da ação a partir do comportamento típico e a teoria da imputação objetiva do resultado estão submetidos a diferentes razões de ser, bem como distintos princípios básicos de realização jurídica.

O que se observa relevante é demonstrar que a divisão entre a ação e o resultado, assim como a referência inicial ao desvalor da ação não se esgota na censura ao aspecto psíquico do agente, mas requer a valoração negativa do viés objetivo do comportamento que se alcança a partir da contemplação do *risco desaprovado* contido na ação.

A delimitação do espaço da ação com o incremento de elementos normativos que a funcionalizem, não apenas cumpre com os princípios de uma proporcional formação sistemática, mas resulta necessário para solução adequada dos distintos problemas práticos, como os casos em que a vítima se expõe ao perigo. Com isso, o sistema dogmático irá se conduzir por uma concepção funcional capaz de se orientar pelos fundamentos não só da categoria da imputação do resultado, mas, de modo antecedente, do conteúdo que justifica o desvalor de uma ação.

As categorias da ação e do resultado são distintas na teoria do delito. A determinação do fato proibido leva em consideração as características que desvaloram a ação, assim como, nos crimes materiais, o resultado dela decorrente. Ou seja, diferentemente dos crimes de mera conduta, nos delitos culposos, especialmente materiais, a configuração da tipicidade requer a materialização do desvalor do resultado como estágio subsequente ao desvalor da conduta imprescindível à existência do fato punível.

O desvalor do comportamento pede mais que a orientação da vontade dos atores, compreendida por decisões individuais, esse desvalor requer uma compreensão normativa, a partir dos elementos que permeiam a relação entre o conteúdo formalmente proibido e a finalidade de proteção assumida pelo sistema penal.

No âmbito do resultado, é necessário mais do que a causalidade física para orientar o nexo de imputação. Nesse sentido, a teoria da imputação objetiva do resultado se

arvora menos em filtro ao nexu de causalidade do que em um requisito indispensável a uma proposta penal democrática capaz de estabelecer limites racionais à proibição penal.

Nesse sentido, nos casos em que a vítima se expõe ao perigo, a materialização do fato punível não se satisfaz apenas com a lesão ou com a morte do ator lesado, mas a partir da valoração do desvalor do comportamento dos atores que, para além do diagnóstico psíquico, deve se conduzir pela existência e pela qualidade do risco *desvalorado* na conduta dos atores que compunham o curso arriscado.

A valoração do comportamento da vítima interativa no âmbito do tipo penal não se exaure nem na contemplação do resultado, nem tampouco (e exclusivamente) na da relação de causalidade entre o comportamento dos atores do risco e o resultado lesivo. É necessário o equilíbrio na relação entre a ação e o resultado, no qual deve ser observado o viés normativo que influi no conteúdo dessas categorias, como forma de determinar o seu desvalor.

O juízo de desvalor da conduta e o desvalor do resultado são etapas que orientam os espaços de proibição penal, ou seja, limitam a atribuição da responsabilidade penal no âmbito do tipo objetivo. São valores de referência à materialização do âmbito objetivo do fato, da conduta típica e da imputação objetiva do resultado, expressam sistematicamente um fato proibido. Considerando que a proibição formal parte de uma perspectiva valorativa quanto ao âmbito de proteção e função dos tipos penais, o desvalor da conduta e do resultado integram o desvalor do fato, que só possui relevância penal a partir da compreensão sobre a necessidade, a adequação e a finalidade do tipo penal.

CONCLUSÕES

Chegamos ao fim dessa pesquisa e, ao contrário do que geralmente se afirma, o estudo não deve se acabar aqui. Este local representa um ponto espaço-temporal inicial. O que ainda existe é um tratamento penal que necessita de ajustes sistemáticos e de fundamentos político-criminalmente adequados para orientar o alcance da proibição penal a partir da valoração do comportamento da vítima no curso do fato perigoso: as soluções dogmáticas são compartimentadas, carecem de segurança e, especialmente, distantes de realidades sociais que permitam soluções inquestionáveis.

O *início* representa a possibilidade de um *outro olhar* sobre a valoração penal da intervenção da vítima no perigo. Um *olhar* que busca aproximar a solução proposta pelo direito penal com a realidade social a partir do reconhecimento do *contexto*: das múltiplas condições que compõem a relação social que é objeto de regulação penal, uma delas é o comportamento da vítima.

A análise crítica sobre determinado objeto representa um recorte da realidade, e sendo um recorte, não tem a capacidade de esgotar o potencial de representação do objeto da pesquisa nos sistemas social e penal. O que se mostra é, a partir da análise dos ganhos que decorrem do desenvolvimento das construções dogmáticas modernas, aproximação crítica de *um* e *outro* instituto dogmático específico para alcançar uma *síntese* que represente uma solução mais refinada e justa ao problema da pesquisa.

O tema representa um dos pontos mais controvertidos da teoria do delito: a abertura dos espaços de proibição penal de natureza pública em respeito à autonomia ou à *autorresponsabilidade* da pessoa lesada. As conclusões apresentadas, como *síntese*, buscam construir possibilidades que mudem o curso do tratamento dado pela dogmática penal sobre um dos aspectos dessa vasta controvérsia: a valoração penal da intervenção da vítima no fato perigoso. Seguem:

1 A valoração penal da intervenção da vítima no fato perigoso pressupõe a compreensão da relação do direito penal com a sociedade atual.

1.1 O compromisso científico de uma construção sobre a forma e o conteúdo da expressão punitiva que recai sobre a liberdade dos cidadãos requer a compreensão da estrutura dissuasória utilizada pelo sistema para reafirmar os instrumentos de controle e manifestação punitiva.

1.2 A valoração do comportamento da vítima no direito penal pressupõe a compreensão da relação entre o sistema jurídico-penal e o sistema social. O sistema jurídico-penal, como um instrumento de controle social, se produz e desenvolve a partir das demandas postas pelo objeto de regulação (fatos) constituídos por relações intersubjetivas.

1.3 Os fatos, objeto de regulação do direito penal, devem ser compreendidos em rede, ou seja, considerando a importância das relações que se inter cruzam entre a pessoa, o sistema social e a sociedade. O conhecimento legítimo é aquele capaz de conhecer as múltiplas circunstâncias que formam a realidade social.

1.4 Os pontos controvertidos sobre a valoração do *comportamento da vítima* na teoria do delito estão vinculados a uma perspectiva ideológica liberal e *desindividualizadora* da sociedade atual. O pensamento penal atual prioriza a compreensão da sociedade conforme um modelo apoiado em âmbitos de expectativas sistêmicas, prescindindo das circunstâncias que qualificam a pessoa como indivíduo para compreensão do ser social.

1.5 A intervenção da vítima no fato perigoso é um fenômeno que desafia a dogmática jurídico-penal contemporânea. Uma solução compreensível e ajustada aos casos concretos necessita de uma proposta capaz de compreender o significado dos diversos atores que compõem a relação perigosa. Para isso, a dogmática penal não deve se fechar no indivíduo e agir em desconhecimento do *contexto* social e do significado normativo do fenômeno, tampouco deve constituir verdades normativas

que desconhecem o sentido do fenômeno e a importância do indivíduo na constituição da realidade social e normativa.

1.6 A sociedade contemporânea é caracterizada pela alta complexidade, o que influi na diversificação das formas de relação entre o ser humano e o sistema social, e que conduz a um sistema dogmático que se compreenda não como um edifício, mas como uma rede de elementos conectados e voltados ao desenvolvimento da sociedade com a proteção e preservação da liberdade como núcleo central de valoração.

2 A intervenção da vítima no fato perigoso requer uma análise específica do direito penal.

2.1 O desenvolvimento dos sistemas de controle social, como o direito penal, tem o seu desenvolvimento teórico amparado em critérios de cientificidade que se realizam em sociedade. Nesse sentido, a capacidade de obtenção de conhecimento expandido pelo desenvolvimento tecnológico influi no método das ciências que buscam analisar os sistemas sociais, dentre eles o direito penal.

2.2 Os casos de *exposição da vítima a perigo* evidenciam a conflitualidade entre a maximização do espaço social de liberdade (conduzido pela obtenção do signo que advém da manifestação objetiva do portador do bem ofendido por um fato formalmente proibido, valorado a partir de uma rede de significação dada pela dogmática penal) e a necessidade sistêmico-social de proteção e reestabelecimento normativo que contradiz possíveis lesões a bens jurídico-penais.

2.3 Os casos de intervenção da vítima no perigo não se confundem com a exposição da vítima à lesão. O recuo da proibição penal com fundamento na *autorresponsabilidade* necessita de uma valoração normativa sobre o comportamento objetivo das pessoas que compõem o fenômeno arriscado, dentre elas a própria vítima. Nesse caso, o significado atribuído ao comportamento da vítima é o fundamento que orienta o limite da permissividade do risco do comportamento do autor.

3 As construções dogmáticas ontológico-dedutivas não possuem o refinamento necessário para compreender a complexidade do comportamento da vítima como critério que influi na permissividade da ação do autor.

3.1 As construções dogmáticas formam projetos em curso. O constante desenvolvimento é da necessidade de acompanhamento do desenvolvimento da sociedade. A sociedade atual apresenta um nível de complexidade nas relações intersubjetivas não mais alcançáveis pelas construções que partem de métodos axiomáticos, como sistemas fechados, que tentam deduzir a solução dogmática exclusivamente de elementos pré-jurídicos destituídos de elementos valorativos.

3.2 As construções dogmáticas modernas cooperaram para uma proposta de solução à valoração do comportamento da vítima na teoria do delito, como nos casos de intervenção da vítima no perigo. As construções darão soluções aos problemas apresentados, no entanto, o desenvolvimento da teoria do delito atual, como síntese de um processo de evolução da dogmática penal possibilita uma solução mais refinada sobre o problema. Um refinamento que não se confunde com a *hiperespecialização* ou com a criação de novos institutos, mas aquele que alcance um juízo de valoração que aproxime o direito penal do seu objeto de regulação.

3.4 As construções apoiadas em axiomas não possuem estrutura capaz de atribuir um refinamento suficiente à questões que orientam juízos normativos no âmbito da proibição. As construções ontológico-dedutivas esgotam o tipo objetivo nonexo de causalidade, ampliando o espaço de proibição pela inadequação de suas estruturas à valoração normativa dos elementos que compõem o curso do fato perigoso.

3.5 É a construção dogmática da teoria do delito que fornece os meios necessários à determinação dos núcleos de proibição que afronta a liberdade social de ação. Em uma sociedade constituída por um viés ideológico que afirma uma identidade liberal e democrática toda restrição da liberdade deve ser justificada pela estrita necessidade de evitação de lesões a bens.

4 O método mais refinado é aquele referido à valores, que amplia o âmbito de liberdade e restringe a proibição.

4.1 O funcionalismo penal amplia o rendimento para valoração do comportamento da vítima no direito penal. A perspectiva funcional, racional-teleológica ou sistêmica do delito, através da *renormatização* das categorias analíticas do crime, propicia um maior rendimento da construção dogmática para conhecer e valorar as especificidades da relação contida na intervenção da vítima no perigo.

4.2 O funcionalismo penal pretende alcançar uma solução racional nos casos de intervenção da vítima no perigo a partir da restrição do espaço de proibição penal determinado pelos tipos. A construção funcionaliza o tipo objetivo com base no fundamento que sustenta o direito penal como instrumento de controle social.

4.3 A teoria da imputação objetiva no viés racional teleológico pretende negar a imputação do resultado nos casos em que a intervenção da vítima no fato perigoso representa um comportamento *autorresponsável* da vítima. A construção da *participação em autocolocação em perigo* e da *heterocolocação em perigo consentida* como figuras normativas autônomas representa um tratamento dogmático refinado do comportamento da vítima, mas que ainda são insuficientes para justificar o recuo da proibição penal a partir da valoração normativa do comportamento da vítima no perigo, pois: i o fundamento formal da participação, *a maiore ad minus*, que parte da impunidade da participação dolosa em suicídio no direito penal alemão não se adequa ao sistema penal brasileiro que pune tal comportamento; ii os fundamentos normativos utilizados para sustentar a existência de uma responsabilidade equiparável ou prevalente da vítima em face ao perigo (o conhecimento do risco em todas as suas circunstâncias; a realização da lesão conforme o risco acordado e a ausência de uma responsabilidade prevalente do autor) compreendem a autonomia da vítima no momento em que se inicia a exposição ao risco, não alcançando a sua expressão no curso do fenômeno perigoso.

4.4 A não imputação do resultado não descaracteriza o *desvalor* da ação. Nesse sentido, a solução de não imputação do resultado encontra dificuldade para justificar

a impunidade nos casos em que se observa um comportamento *autorresponsável* da vítima no curso da exposição ao perigo no sistema penal brasileiro. O direito penal brasileiro pune a exposição dolosa de outrem a perigo, bem como o artigo 13, §2º, alínea c, do Código Penal determina o dever de evitar o resultado àquele que produz o perigo. Desse modo, permanecendo o *desvalor* da ação, a solução da teoria da imputação objetiva do resultado não consegue sustentar soluções de impunidade que adequem o princípio da *autorresponsabilidade* ao sistema penal brasileiro.

4.5 A proposta de restrição do alcance da proibição a partir do funcionalismo sistêmico não apresenta o fundamento que justifica uma responsabilidade prevalente da vítima, na relação com o autor, no curso do fato perigoso. Nos casos de *ação a próprio risco*, não se observam os critérios limitativos à expectativa a ser garantida pela vítima como componentes do seu âmbito de organização.

4.6 O critério da *responsabilidade da vítima* parte da *autorresponsabilidade* como princípio que afasta a ação a partir da teoria da imputação. O critério desconsidera o viés ontológico na construção dos elementos que orientam a responsabilidade prevalente da vítima no curso perigoso, nesse sentido esgota a *autorresponsabilidade* em uma perspectiva essencialmente sistêmica, não considerando o conhecimento da vítima como um critério intelectual necessário à atribuição da responsabilidade.

4.7 Uma perspectiva racional da dogmática penal deve buscar a união da complexidade. A constante diferenciação e sobreposição de institutos dogmáticos produz uma *hiperespecialização* da dogmática penal que amplia a complexidade teórica e maximiza a abstração das soluções propostas ao caso, ao tempo em que carecem de adequação à realidade social que pretende orientar. Se o comportamento que os tipos penais de homicídio e lesão visam proibir é aquele que representa um perigo a outrem e não ao próprio ator que realiza o perigo, então a responsabilidade da vítima pela produção do perigo orienta a permissividade do comportamento de outros atores intervenientes no fato perigoso. Se a questão se resolve a partir da teoria da ação, o desenvolvimento de uma teoria da imputação nesse espaço serve apenas à discussão da *arte pela arte*.

4.8 O critério do *alcance do tipo* não possui fundamento para sustentar os casos de intervenção da vítima no perigo. Pensar em *alcance do tipo* como uma terceira categoria após a criação do risco proibido e a realização no resultado assemelha-se a uma *tautologia*. Para diferir entre risco permitido e perigo proibido é necessário uma referência típica. Por isso, logicamente, o perigo proibido é aquele que a partir de uma compreensão teleológica e restritiva se determina como contido no tipo penal; é aquele que materializa os espaços sociais de proibição. O risco que não está no alcance do tipo, como aqueles que decorrem de um comportamento responsável da vítima, não é um perigo proibido.

5 A conduta típica é um elemento dogmático que materializa a função de delimitação inicial do comportamento permitido.

5.1 A restrição do alcance do espaço de proibição pode se realizar a partir da teoria da ação. As teorias da ação *pré-jurídicas*, no entanto, não possuem rendimento para analisar um problema que necessita de uma abordagem normativa, como os casos de exposição do comportamento da vítima no curso do perigo.

5.2 A maximização das funções atribuíveis à ação reduziu o rendimento dela como elemento dogmático que cumpre uma função prática de delimitação do acontecimento irrelevante ao direito penal. As teorias da ação buscaram a consolidação de bases para um *supraconceito* capaz de tornar-se uma coluna vertebral na teoria do delito, mas perderam espaço para a teoria da imputação no desenvolvimento de soluções capazes de sanar a expansão do espaço de proibição decorrente da adoção de uma perspectiva naturalística de causação típica como instrumento de orientação do tipo objetivo.

5.3 Em um sistema dogmático preocupado em limitar a manifestação punitiva no espaço indispensável à realização das liberdades, tal preocupação deve orientar todos os seus elementos, dentre eles a ação. Nesse sentido, a insuficiência de um conceito de ação capaz de alcançar as múltiplas funções que se esperam de um *supraconceito* não retira a importância da ação como o primeiro instrumento delimitador do âmbito de proibição.

5.4 A construção dogmática atual como síntese do pensamento historicamente desenvolvido dos elementos da teoria do delito deve pensar a solução dos casos de exposição da vítima ao perigo a partir da união dos ganhos obtidos na progressão do pensamento dogmático moderno. Por isso, é preciso compreender a complexidade que especifica cada construção a partir da junção dos ganhos no processo de delimitação do espaço de proibição.

5.5 O conceito de ação causal, eminentemente naturalístico, tem como filtro a voluntariedade. O conceito de ação final tem a dirigibilidade da vontade como critério de delimitação. O conceito de ação social considera os ganhos dos conceitos anteriores e inclui a relevância do significado social da ação como critério de delimitação. No entanto, é preciso uma compreensão típica da ação, em que o conteúdo da proibição seja mais um filtro de delimitação que orienta a função prática da ação.

5.6 A ação é a realização da personalidade humana que orienta uma comunicação que possui sentido social e significado jurídico-penal. A imputação é o juízo normativo (alimentado pelo programa que orienta a função do sistema) de atribuição os efeitos da ação, ou seja, dos acontecimentos deflagrados pela ação, a uma pessoa. Assim, se o comportamento é atípico, não é preciso analisar critérios de imputação do resultado.

5.7 A delimitação do espaço de proibição a partir da ação por uma perspectiva típica reconhece o perigo proibido como elemento que conduz ao *desvalor objetivo* da ação. Ações arriscadas, mas não proibidas, não podem ser típicas. Portanto, para além do desvalor subjetivo da ação alcançado pela valoração do conteúdo da vontade, é preciso a valoração do risco produzido pelo comportamento.

5.8 É relevante o valor das diversas teorias da ação já produzidas, esmas a finalidade da pesquisa é buscar a resolução de um problema concreto. Desse modo, a pesquisa não se destina demonstrar todos os conceitos de ação já produzidos, mas orientar uma solução teoricamente lógica, compreensível e ajustada à realidade social. Nesse sentido, o conceito de conduta típica oferece soluções aos casos de intervenção da

vítima com refinamento teórico e inteligibilidade no caso concreto. O comportamento é atípico quando, ainda que arriscado, o perigo é de responsabilidade da vítima, pois os tipos de homicídio e lesão não têm a finalidade de punir a lesão que decorre de um comportamento da própria vítima.

6 O risco típico é o elemento normativo do desvalor objetivo da conduta típica.

6.1 As ações arriscadas são normais na vida contemporânea, a intensificação do risco a partir da criação ou incremento do perigo superando o *standart* do permitido, é relevante ao sistema jurídico. O que é socialmente inadequado pode não ser proibido pelo sistema penal. Nesse sentido, o filtro social não esgota a valoração da permissividade do risco.

6.2 As normas administrativas e orientações deontológicas são referências à permissividade do risco. No entanto, como o direito penal é de *ultima ratio*, a referência normativa da materialização dos espaços de proibição não se esgota no âmbito da vedação do comportamento em viés extrapenal. O comportamento pode ser proibido por uma norma administrativa, mas não determina a proibição pelo direito penal.

6.3 O fundamento da permissividade do risco nos casos de exposição da vítima ao perigo está na conduta responsável da vítima que possui o domínio cognitivo sobre o desenvolvimento do perigo, ou seja, quando no curso do perigo mantém a capacidade de conhecer o desenrolar do perigo em todo o instante, bem como possui a capacidade, objetivamente aferida, de descontinuar o curso do fato arriscado. O fundamento da permissividade do risco nos casos de *exposição da vítima ao perigo* está na existência de um comportamento *autorresponsável* de tal vítima.

6.4 A permissividade do risco depende tanto de um componente normativo, a orientação teleológica e restritiva do conteúdo dos tipos, bem como de um componente ontológico: a conduta responsável da vítima como pressuposto à afirmação da *autorresponsabilidade*. A existência de tal conduta da vítima requer o seu domínio sobre o desenrolar do perigo que pede a presença do seu conhecimento, de sua capacidade de evitar o resultado lesivo e de ser responsável pelo perigo.

6.5 Para inclusão do comportamento da vítima como fundamento da permissividade do comportamento do autor é necessário um desvalor objetivo aferido por um juízo objetivo a partir de uma perspectiva *ex ante*. Isso quer dizer que após a realização do fato, o julgador deve analisar, considerando o conhecimento especial do ator, a presença de um perigo capaz de se materializar como lesão ao bem juridicamente protegido.

7 A conduta da vítima: *autorresponsabilidade* com responsabilidade.

7.1 Os institutos que reconhecem o comportamento da vítima como elemento que influi na atipicidade do fato podem levar a uma exasperação da autonomia sob a rubrica normativa da *autorresponsabilidade*, ampliando os espaços de liberdade social de ação às custas da vítima. Uma sobrecarga denunciada, por exemplo, nos casos da *vitimodiognática*.

7.2 A *autorresponsabilidade* resulta dedutivamente da racionalização de princípios que limitam e orientam a intervenção penal numa perspectiva democrática. Trata-se da valoração do comportamento da vítima com base nos princípios que decorrem de uma política criminal liberal, que orienta a redução da manifestação penal a partir da restrição dos espaços proibição ao indispensável à existência do sistema social.

7.3 Afirmar a *autorresponsabilidade* da vítima no curso do perigo como fundamento geral de impunidade é insuficiente para afastar a proibição penal, considerando a importância da matéria de proibição penal como instrumento de garantia e previsibilidade da manifestação punitiva. Nesse sentido, a aplicação do princípio da *autorresponsabilidade* como critério que afasta a proibição pressupõe a existência de uma conduta autônoma realizada por alguém capaz de ser responsável e que, na relação com o autor, possui o domínio do desenvolvimento do risco.

7.4 Considerando a natureza pública do direito penal, que impõe um dever de auto-organização a todos os cidadãos para não causar lesão a bens alheios, a responsabilidade prevalente em face do perigo compartilhado entre o autor e a vítima

é do autor. Como o autor possui uma responsabilidade prevalente, não se deve pedir menos da conduta da vítima que do autor para a afirmação da responsabilidade.

REFERÊNCIAS

A ORIGEM (Inception). Direção: Christopher Nolan. Produção: Christopher Nolan e Emma Thomas. EUA: Warner Bros Pictures, 2010. 1 DVD (148 min.).

ALMEIDA, Maria da Conceição de. *Complexidade, do Casulo à Borboleta*. IN: CASTRO, Gustavo de. *Ensaio de Complexidade*. Porto Alegre: Sulina, 2006.

ALTHUSSER, Louis. *Ideologia e Aparelhos Ideológicos do Estado*. Tradução de Joaquim José de Moura Ramos. Lisboa: Presença, 1970.

AMBOS, Kai. *Dogmática Jurídico-penal y concepto universal de hecho punible*. IN: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Nº 74. Ano 16. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

AMELUNG, Knut. *O Conceito de Bem Jurídico na Teoria Jurídico-Penal da proteção de bens jurídicos*. IN: GRECO, Luís. TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ANDRADE, Manoel da Costa. *Consentimento e Acordo no Direito Penal*. Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Editora Limitada, 1991.

ANITUA, Gabriel I. *Histórias dos Pensamentos Criminológicos*. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

ARANA. Raúl Pariona. *El Derecho Penal “moderno”*: sobre la necesaria legitimidade de las intervenciones penales. IN: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 15. Nº 68. São Pulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ARON, Raymond. *As Etapas do Pensamento Sociológico*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ATIENZA, Manuel. *Para uma Teoria General de la Acción Penal*. IN: Anuario de derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 40, Fasc/Mes 1, 1987, págs. 5-14

AVILÉS, Dager Alivar. *Victimologia: Fundamentos científicos e filosóficos generales*. Estados Unidos: Editorial Honoris, 2016.

BACON, Francis. *Novum Organum*: Ou verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza. Tradução: José Aluysio Reis de Andrade. Minas Gerais: Virtual Books on

line.IN:http://www.4shared.com/document/HDn3wwOC/Francis_Bacon_-_Novum_Organum.html. Acesso em 20 de março de 2014.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do direito penal*. Tradução e prefácio: Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

_____. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. Prefácio.

BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade*. Tradução: Sebastião Nascimento. Rio de Janeiro: Editora 34, 2011.

BELING, Ernest von. *Esquema de Derecho Penal. La Doctrina del Delito-Tipo*. Colección Clásicos del Derecho. Buenos Aires: El Foro, 2002.

BERGALLI, Roberto. *O pensamento Crítico e a Criminologia*. IN: BERGALLI, Roberto. RAMÍREZ, Juan Bustos. (orgs.) *O Pensamento Criminológico I: Uma análise Crítica*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

BERGER, Peter L. LUCKMANN. *A Construção Social da Realidade*. Petrópolis: Vozes, 2014.

BERISTAN, Antonio. *Evolucion desde el crimen al delincuente y a la victima: (Aproximaciones diacronicas y sincrônicas a la Política Criminal)*. Instituto de derecho penal europeo e internacional Universidad de castilla la mancha. IN: <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/38beristain-iii-9.pdf>. Acesso em 20 de julho de 2018.

BETTO, Frei. *Indeterminação e complementariedade*. IN: *Ensaio de Complexidade*. CASTRO, Gustavo de. Porto Alegre: Sulina, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2016.

BOFF, Leonardo. *Identidade e complexidade*. Em: CASTRO, Gustavo de. CARVALHO, Edgard de Assis. ALMEIDA, Maria da Conceição de. *Ensaio de Complexidade*. Porto Alegre: Sulina, 2006.

BRANDÃO, Claudio. *Curso de Direito Penal*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. *Teoria Jurídica do Crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal. In:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso realizado em 10 de janeiro de 2019.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. In: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 01 de maio de 2019.

BRASIL. Lei Nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. *Código Civil*. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 01 de maio de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (STJ: AREsp 951249 PR 2016/0184000-2). *Jurisprudência*. Relator: Rogerio Schietti Cruz.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (STJ-REsp: 805377SC2005/0206993-2). *Jurisprudência*. Relatora: Min. Laurita Vaz.

BRASIL. Tribunal de Justiça. (TJ-CE APL0000677-16.8.06.0075 CE). *Jurisprudência*. Relator: Des. Haroldo Correia de Oliveira Maximo.

BRASIL. Tribunal de Justiça. (TJ-MS 00129480720138120002 MS 0012948-07.2013.8.12.0002). *Jurisprudência*. Relator: Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

BRASIL. Tribunal de Justiça. (TJ-RS - ACR: 70073316788 RS). *Jurisprudência*. Relator: Jayme Weingartner Neto sa, Data de Julgamento: 25 de Abril de 2018. Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 18/05/2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça. (TJ-RS: 805377SC2005/0206993-2). *Jurisprudência*. Relator: Jayme Weingartner Neto.

BRASIL. Tribunal de Justiça. (TJ-RS-ACR: 0202767-90.2018.8.21.7000 RS). *Jurisprudência*. Relator: Des. Isabel de Borba Lucas.

BRASIL. Tribunal de Justiça. (TJ-RS-ACR: 70036950756 RS). *Jurisprudência*. Relator: Des. Nereu José Giacomolli.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo I. Rio de Janeiro, Forense: 1956.

BUSATO, Paulo Cesar. *Direito Penal e Ação Significativa*. Uma análise da Função Negativa do Conceito de Ação em Direito Penal a Partir da Filosofia da Linguagem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. LARRAURI, Elena. *Victimología: presente y futuro (Hacia un sistema penal de alternativas)*/SERBIULA (sistema Librum 2.0).

CALLEGARI, André Luís. *Teoria Geral do Delito e da Imputação Objetiva*. São Paulo: Atlas, 2014.

CAMARGO, Antônio Luís Chaves. *Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. Apresentação e ensaio de Raffaele De Giorgi. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Tradução A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CARVALHO, Carlos Henrique Ribeiro de, (org. da pesquisa). Acidentes de trânsito nas rodovias federais brasileiras. Caracterização, tendências e custos para a sociedade. Relatório de Pesquisa. Brasília: 2015. http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150922_relatorio_acidentes_transito.pdf

CARVALHO, Érika Mendes de. ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsos bens jurídicos e política criminal de drogas: uma aproximação crítica*. Direito Penal, Criminologia e Segurança Pública [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/Madrid-Espanha; Coordenadores: Romuldo RehmoPalitot Braga, Amparo Martínez Guerra–Madrid: CONPEDI, 2015.

CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1999.

_____. *O poder da identidade*. São Paulo: Paz & Terra, 2008.

CEREZO MIR, José. *Derecho Penal. Parte General*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *El Finalismo y La Moderna Concepción de las Causas de Justificación*. Notas de aula.

CIGÜELA SOLA, Javier. *La culpabilidad Coletiva em el Derecho Penal: Critica y propuesta de una responsabilidade estructural de la empresa*. Tesis doctoral presentada em la Universidad Pompeu Fabra – Departamento de Derecho. Barcelona, 2014.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

_____, Juarez. *Direito Penal. Parte Geral*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

COELHO, Yuri Carneiro. *Curso de Direito Penal Didático*. São Paulo: Atlas, 2015.

COMTE, Augusto. *Princípios de Filosofia Positiva*. Santiago: Imprenta de la libreria del mercurio, 1875.

CONTRERAS, Guillermo Portilla. *La influencia de las ciencias sociales en el derecho penal: la defensa del modelo ideológico neoliberal en las teorías funcionalistas y en el discurso ético de habermas sobre selección de los intereses penales*. IN: ZAPATERO,

Luis Arroyo. NEUMAN, Ulfrid. MARTÍN, Adan Nieto. (orgs) *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el Cambio del Siglo: El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.

COSTA JÚNIOR, *Nexo Causal*. São Paulo: Malheiros, 1996.

COSTA, Lucas Gabriel S. *A utopia de liberdade como parâmetro da expectativa de um direito penal democrático*. IN: *Criminologias e Política Criminal* [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara; coordenadores: Gustavo Noronha de Avila, Marília Montenegro Pessoa De Mello, Tulio Lima Vianna – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

_____. *Heterocolocação em Perigo Consentida em condutas imprudentes de trânsito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

_____. *O direito penal como instrumento de controle social do método ideológico de dominação*. IN: *Criminologias e política criminal* [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFFS; Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Bartira Macedo Miranda Santos, Marília Montenegro Pessoa De Mello – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

_____. ROCHA, Alexandre S. *A Valoração da Ação Intersubjetivamente Significativa na Dogmática Jurídico-penal*. IN: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/pi88duoz/q4lu4pk3/t7A0963G5Xac5Ok5.pdf>.

_____. *A utopia de Liberdade como parâmetro da expectativa de um direito penal democrático*. IN: *Criminologias e política criminal* [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara; coordenadores: Gustavo Noronha de Avila, Marília Montenegro Pessoa De Mello, Tulio Lima Vianna – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

_____. *A responsabilidade penal nos casos de autocolocação da vítima em perigo*. IN: *Direito penal e constituição* [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara; coordenadores: Bartira Macedo Miranda Santos, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Matheus Felipe De Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

_____. *Fundamentos da colocação do consentimento do ofendido na teoria do delito*. In: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,fundamentos-da-colocacao-do-consentimento-do-ofendido-na-teoria-do-delito,55466.html>. Acesso em: 01 de maio de 2019.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. *O conceito de ação em direito penal. linhas críticas sobre a adequação e utilidade do conceito de ação na construção teórica do crime*. Ensaios penais em homenagem ao Professor Alberto Rufino Rodrigues de Sousa, org. por Ney Fayet Júnior, Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003.

DEBORD, Guy. *A Sociedade do Espetáculo: Comentários sobre a sociedade do espetáculo*. Tradução: Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DESCARTES, René. *Discurso do Método*. Tradução: Enrico Corvisieri. Edição virtual. IN: http://www.4shared.com/document/bFSU9nww/Descartes_-_discurso_do_metodo.html. Acesso em 19 de março de 2014.

FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. *Actuación de la víctima e imputación objetiva: (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999)*. IN: *Revista de Derecho Penal Y Criminología*, 2.^a Época, núm. 5 (2000), págs. 265-333.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: a teoria do garantismo penal*. Tradutores: Ana Paula Zomer Sica Fauzi, Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 1980.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FOUCAULT, Michel. *A Microfísica do Poder*. Org., intr. e rev. téc. de Roberto Machado. IN: https://www.nodo50.org/insurgentes/biblioteca/A_Microfisica_do_Poder_Michel_Foucault.pdf

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Conduta Punível*. São Paulo: José Bushatsky, 1961.

FRISCH, Wolfgang. *A imputação objetiva: Estado da questão*. ROXIN, Claus. JAKOBS. Günther. SCHÜNEMANN, Bernd. FRISCH, Wolfgang. KÖHLER, Michael. *Sobre o Estado da Teoria do Delito*. Madrid: Civitas, 2000.

_____. *La imputación objetiva del resultado: desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas*. Estudio preliminar de Ricardo Robles Planas. Tradução: Ivo Coca Vila. Barcelona: Atelier, 2015.

_____. *Comportamento Típico e Imputación del Resultado*. Tradução de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004.

_____. KÖHLER, Michael. *Sobre o Estado da Teoria do Delito*. Madrid: Civitas, 2000.

_____. PLANAS, Ricardo Robles. *Desvalorar e imputar: sobre la imputación objetiva em Derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2004.

_____. *Transformaciones del Derecho Penal como consecuencia del cambio social*. IN: *Revista de Estudios de la Justicia* – Nº 21 – Año 2014. Tradução: Gonzalo García Palominos.

FROMMEL, Monika. *Apud SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. La “Victimo-dogmática” en el Derecho Extranjero*.

GEETZ, Clifford. *A Interpretação das Culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. Porto Alegre: Penso, 2012.

GRECO, Luís. A Teoria da Imputação Objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. São Paulo: Renovar, 2002.

_____. *Dolo sem Vontade*. IN: <http://docplayer.com.br/56842898-Dolo-sem-vontade-luis-greco-i-consideracoes-introductorias.html>. Acesso em 01 de junho de 2019.

_____. *Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito*. Texto do trabalho apresentado (com algumas modificações) no I Congresso de Direito Penal e Criminologia, ocorrido da UFBA, nos dias 13-15 de abril de 2000, no painel sobre o “Funcionalismo no Direito Penal”

_____. *O que é e o que não é a teoria do domínio do fato*. Sobre a distinção entre o autor e o partícipe no direito penal. IN: GRECO, Luis. LEITE, Alaor. TEIXEIRA, Adriano. ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: Estudos Introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. *Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

HALL, Stuart. *Identidade Cultural na Pós-Modernidade*. Tradução: Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 8ª Edição. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

HARVEY, David. *Condição Pós-Moderna: Uma Pesquisa sobre as Origens da Mudança Cultural*. São Paulo: Edições Loyola, 2012.

HASSEMER, Winfried. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valência: Tirant, 1989.

_____. *Consideraciones sobre la víctima del delito*. Publicado en los Estudios a V. Klug en su 70 aniversario. Traducción Rocio Cantarero Bandres. Koln 1983, paginas 217-455;

_____. *Linhas Gerais de uma Teoria Pessoal do bem Jurídico*. IN: GRECO, Luis. TÓRTIMA, Fernanda. *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valência: Tirant, 1989.

_____. *Persona, Mundo y Responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Bogotá: Editorial Temis, 1999.

HERZOG, Felix. *Sociedad del Riesgo, Derecho Penal del Riesgo, Regulación del Riesgo: Perspectivas más allá del Derecho Penal*. IN: ZAPATERO, Luis Alberto Arroyo. MARTÍN, Adán Nieto. NEUMANN, Ulfrid. *Crítica y justificación del derecho*

penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt. Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.

HIRSCH, Andrew von. *Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente?* IN: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Julho-Agosto de 2007. Ano 15. Nº 67. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HIRSCH, Hans Joachim. *Acerca de la crítica al "finalismo"*. IN: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Março – abril de 2007 – ano 15. Nº 65. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

http://www.anvisa.gov.br/datavisa/fila_bula/frmVisualizarBula.asp?pNuTransacao=10716102013&pIdAnexo=1909485.

http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150922_relatorio_acidentes_transito.pdf

<http://www.ufrgs.br/secom/ciencia/pesquisadores-analisam-efeitos-da-ritalina-sobre-o-cerebro-em-desenvolvimento/>.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 1ª Parte. Rio de Janeiro, Forense: 1978.

IPIÑA, Antônio Beristain. *La dogmática penal evoluciona hacia la victimología (ayer, in dubio pro reo; hoy, pro víctimas; mañana, las víctimas protagonistas)*. IN: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5259747>. Acesso em 20 de julho de 2018.

JAKOBS, Gunther. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução: André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Danosidade Social? Anotações sobre um problema teórico fundamental do Direito Penal*. IN: Teoria da Pena, bem jurídico e imputação. São Paulo: LiberArs, 2012.

_____. *Derecho Penal*. Parte General: fundamentos y teoría de la imputación. Madrid: Marcial Pons, 1997.

_____. *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Civitas, 1997.

_____. *Fundamentos do Direito Penal*. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *La Impitación Jurídico-Penal y Las Condiciones de Vigencia de la Norma*. IN: CASABONA. Carlos María Romeo. Teoría de Sistemas y Derecho penal: Fundamentos y posibilidades de Aplicación. Granada: Editorial Comares, 2005.

_____. *La Imputación Jurídico-penal y las Conciciones de vigência de la norma*. IN: Teoria de Sistemas Y Derecho Penal. Fundamentos y Posibilidades de Aplicación. Granada: Editorial Comares, 2005.

_____. *Sociedade, Norma e Pessoa: teoria de um direito penal funcional*. Barueri-São Paulo: Manole, 2003.

_____. STRUENSEE, Eberhard. *Problemas Captales del Derecho Penal Moderno*. Buenos Aires: Hammurabi, 1998.

JAMESON, Fredric. Pós-Modernismo. *A lógica cultural do Capitalismo tardio*. Tradução: Maria Elisa Cevasco. São Paulo: Ática, 2002.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. Tradução: José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993.

JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Rio de Janeiro: Contraponto – Editora PUC, 2006.

JUMENEZ DE ASÚA, Luís. *Principios de Derecho Penal*. La Ley y el Delito. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1958.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes: contendo a doutrina do direito e a doutrina das virtudes*. Bauru, SP: EDIPRO, 2003.

_____. *Textos Seleccionados. (Os pensadores)*. Seleção de textos de Marilena Chauí. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

KÖHLER, Michael. *Sobre el estado de la teoría del delito*. (Seminario em la Universitat Pompeu Fabra). Madrid: Civitas, 2000.

LARRAURI, Elena. *Tendencias actuales de la justicia restauradora*. IN: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 12. Nº 51. São Pulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Victimologia: Quiene son las Victimias? Cuales sus derechos? Cuales sus necesidades?* La ponencia apresentada em le XLVIP Curso Internacional de Criminologia (Barcelona, 28 al 31 de octubre de 1991).

LEITE, Alaor. TEIXEIRA, Adriano. ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: Estudos Introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

LIPOVETSKY, Gilles. CHARLES, Sébastien. *Os Tempos Hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tomo I. Tradução: José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. BRIGUIET & C. — Editores, 1899.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Tradução: Ana Cristina Arantes. Petrópolis: Vozes, 2011.

_____. *Sistemas Sociais*. Esboço de uma teoria geral. Petropolis: Vozes, 2016.

_____. *The Myth Functional Analysis as a Special Method in Sociology and Anthropology*, in: *American Sociological Review* 24 (1959), págs. 757-772.

LUISE, Luiz. *O Tipo Penal, a Teoria Finalista e a nova Legislação Penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1987.

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*. IN: *Revista Nuevo Foro Penal*. Vol. 6, nº 74, enero-junio 2010, pp. 58-80, Universidad EAFIT, Medellín.

MARINUCCI, Giorgio. *El Delito como 'Acción'*. Crítica de um dogma. Madrid: Marcial Pons, 1998.

MARQUES, Daniela de Freitas. *Sistema Jurídico-penal do perigo proibido e do risco permitido*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2008.

MARTÍNEZ, Olga Sánchez. *Los Principios en el Derecho y la Dogmática Penal*. Madrid: Dykinson, 2004.

MATRIX (The Matrix). Direção: Andy Wachowski e Larry Wachowski. Produção: Silver, Joel. Roteiro: Andy Wachowski e Larry Wachowski. EUA: Warner Home Vídeo, 1999. 1 DVD (136 min.).

MELIÁ, Cancio. *Reflexiones sobre la "Victimodogmática" em la Teoria del Delito*. IN: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 25. São Paulo: Revista dos Tribunais, 199-

_____. *Aproximación a la teoría de la imputación objetiva.*" IN: GONZÁLEZ, Mireya Bolaños. *Imputación Objetiva y Dogmática Penal*. Mérida – Venezuela: Universidad de Los Andes. 2005.

_____. *La Exclusión de la Tipicidad por la responsabilidad de la Víctima ("imputación a la víctima")*. Colombia: Universidade Esternado de Colombia, 1998. (Cuadernos de Conferencias e Artículos, 19).

_____. *Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*. 1ª reimpressão. Mendoza: Cuyo, 2001.

_____. *Reflexiones sobre la "Victimodogmatica" em la Teoria de Delito*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 7, n. 25, jan./mar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 1999.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Direito Penal*. Sistemas, Códigos e Microsistemas. Curitiba: Juruá, 2004.

_____. *O Conceito Material de Culpabilidade*. O fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. Salvador: JusPodivum, 2010.

MEZGER, Edmund. *Derecho Penal*. Parte General. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958.

MILL, John Stuart. *A Liberdade Utilitarismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Autonomia e Frustração da Tutela Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. COSTA, Lucas Gabriel Santos. *O sistema penal e o espaço urbano: a influência da ideologia de segurança na segregação socioespacial*. Criminologias e política criminal II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA Coordenadores: Fernando de Brito Alves; Renata Almeida da Costa; Ynes da Silva Félix – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

_____. *Direito Penal e Biotecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal*. Fundamentos e Teoria do Delito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Bases Constitucionales del Derecho Penal*. Madrid: Iustel, 2011.

_____. *Derecho Penal*. Parte General. Montevideo – Buenos Aires: Editorial B de F, 2015.

_____. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994.

_____. *Introdução a las Bases do Derecho Penal: Concepto y Método*. Montevideo: Editoria B de f, 2003.

_____. *Significado e alcance da imputação objetiva em direito penal*. Tradução: Ricardo Breier. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Nº 56. Setembro-outubro de 2005 – ano 13. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005.

MOLINA. Antônio Garcia-Pablos de. *La aportación a la criminología*. IN: <https://www.ehu.eus/documents/1736829/2163271/09+-+La+aportacion+de+la+criminologia.pdf>. P. 79. Acesso em 20 de julho de 2018.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. Reflexiones Sobre el Derecho Penal del Futuro. *Revista Electronica de Derecho Penal y Criminología*. , 2002.

MORIN, Edgard. *Complexidade e Ética da Solidariedade*. IN: MORIN, Edgard (org.). Ensaios de Complexidade. CASTRO, Gustavo de. Porto Alegre: Sulina, 2006.

_____. *Educação e Complexidade: os sete saberes e outros ensaios*. São Paulo: Cortez, 2013.

MUÑOZ CONDE, Francisco. GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal*. Parte General. Valência: Tirant, 2010.

NAVARRETE, Miguel Poliano. *Lecciones de Derecho Penal*. Tomo II. Sevilla: Editorial Tecnos, 2013.

OLIVEIRA, Luciano. *Não fale do código de hamurábi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito*. EM: OLIVEIRA, Luciano. *Sua Excelência o comissário*. Rio de Janeiro: Letralegal, 2004.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Imputación Objetiva, Participación en una Autopuesta en Peligro y Heteropuesta en Peligro Consentida*. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Nº Extraordinário 2. UNED, 2004.

_____. *¿Tiene un Futuro la Dogmática Juridicopenal?* IN: *Problemas actuales de las ciencias penales y de la filosofía del Derecho*. En homenaje al profesor Jiménez de Asúa, Ediciones Panedille, Buenos Aires 1970, págs. 495-523.

ORTEGA, F. et al. *Ritalin in Brazil: production, discourse and practices*. *Interface - Comunic., Saude, Educ.* In: <http://www.scielo.br/pdf/icse/2010nahead/aop1510.pdf>.

PIERANGELI, José Henrique. *O Consentimento do Ofendido*. Na teoria do delito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PRADO, Luiz Regis Prado. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 12º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. CARVALHO, Érika Mendes de. CARVALHO, Gisele Mendes. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 13º edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. CARVALHO, Érika Mendes de. *Teoria da Imputação Objetiva do Resultado*. Uma aproximação crítica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PRANDI, Reginaldo. *Mitologia dos Orixás*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

PRITTWITZ, Cornelius. *O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e o Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal*. IN: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 47, março-abril de 2004, ano 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PUPPE, Ingeborg. *A Distinção entre Dolo e Culpa*. Tradução: Luís Greco. Barueri: Manole, 2004.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal*. Parte Geral. Volume 1. Salvador: JusPodivm, 2016.

QUERALT, Joan J. *Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del Proyecto alternativo de reparación*. P. 145-172. IN: SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin. Barcelona: Boch, 1997. P. 146; AVILÉS, Dager Alivar. *Victimologia: Fundamentos científicos e filosóficos generales*. Estados Unidos: Editorial Honoris, 2016.

RADBRUCH, Gustav. *El Concepto de Acción y su importância para el sistema del Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2011.

RAMÍREZ, Juan Bustos. BERGALLI, Roberto. (orgs.) *O Pensamento Criminológico I: uma análise crítica*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

RAMÍREZ, Juan Bustos. *Criminologia e Evolução das Ideias Sociais*. In: BERGALLI, Roberto. RAMÍREZ, Juan Bustos. *O Pensamento Criminológico I: uma análise crítica*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

_____. *Manual de Derecho Penal*. Barcelona: PPU, 1994.

RAMOS, Enrique Peñaranda, GONZALES, Carlos Suarez, MELIÁ, Manuel Cancio. *Um novo sistema do Direito Penal*. Considerações sobre a Teoria de Ghünther Jakobs. Tradução: André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003.

REMESAL, Javier de Vicente. *La Consideración De La Víctima a través de la Reparación del Daño en el Derecho Penal Español: Posibilidades Actuales, Y Perspectivas de Futuro*. P. 173-207. IN: SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin. Barcelona: Boch, 1997.

RICOEUR, Paul. *Da Hermenêutica dos Textos à Hermenêutica da Ação*. IN: *Do Texto à Ação: Ensaio de Hermenêutica II*. Tradução: Alcino Cartaxo e Maria José Sarabando. Porto: RÉ.S.

_____. *Interpretação e Ideologias*. 4ª Ed. Org., trad. e apr. de Milton Japiassu. Rio de Janeiro, F. Alves, 1990.

http://www.anvisa.gov.br/datavisa/fila_bula/frmVisualizarBula.asp?pNuTransacao=10716102013&pIdAnexo=1909485. Acessado em janeiro de 2019.

ROCHA, Alexandre Sérgio da. *Ação Humana e Responsabilidade*. A responsabilidade como humanismo. Potomac, MD, 2019.

_____. *Autonomia e Responsabilidade*. (3º volume da trilogia A Responsabilidade como Humanismo) Original ainda não publicado.

_____. *Poder e liberdade (a responsabilidade como humanismo II)*. Protomac, 2019.

_____. *Poder e Liberdade* (2º volume da trilogia A Responsabilidade como Humanismo) Original ainda não publicado.

ROXIN, Claus *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 354.

_____. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *A proteção de Bens Jurídicos como função do Direito Penal*. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. *A teoria da imputação objetiva*. IN: Estudos de direito penal. Tradução: Luís Greco. São Paulo: Renovar, 2006.

_____. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Fundamentos, la estructura de la teoria del delito. Madrid: Civitas, 1997.

_____. *Finalismo: um balanço entre os seus méritos e deficiências*. Novos Estudos de Direito Penal. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. JAKOBS, Ghünther. SCHÜNEMANN, Bernd. FRISCH, Wolfgang. KÖHLER, Michael. *Sobre el estado de la teoría del delito*. (Seminario em la Universitat Pompeu Fabra). Madrid: Civitas, 2000.

_____. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Valência: Tirant lo Blanch, 2000.

_____. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Peru: IDMSA, 1997.

_____. *Normativismo, Política Criminal e Dados Empíricos na Dogmática do Direito Penal*. Estudos de direito penal. Tradução: Luís Greco. São Paulo: Renovar, 2006.

_____. *Reflexões Sobre a Construção Sistemática do Direito Penal*. Novos Estudos de Direito Penal. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. *Sobre a Discussão acerca da Heterocolocação em Perigo Consentida*. IN: LEITE, Alaor (org.). Novos Estudos de Direito Penal. São Paulo: Marcial Pons. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Perspectivas Contemporâneas e Pressupostos Dogmáticos para uma Construção Possível*. São Paulo. Tese. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2017.

SÁNCHEZ, Bernardo Feijó. *Teoria da Imputação Objetiva*. Estudos Críticos e Valorativo sobre os Fundamentos Dogmáticos e sobre a Evolução da Teoria da Imputação Objetiva. Tradução: Nereu José Giacomolli. Barueri, SP: Manole, 2003

SANCHÍS, Luis Prieto. *La filosofía penal de la ilustración española*. IN: ARROYO ZAPATERO Luis y BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE Ignacio (Dir.): Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca 2001.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. Rio de Janeiro: Editora Record, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência*. IN: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Nº 47. Março-abril de 2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SARTRE, Jean-Paul. *O existencialismo é um humanismo; A imaginação: uma questão de método*. Tradução de Rita Correia Guedes, Luiz Roberto Salinas Forte, Bento Prado Júnior. 3º Edição. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

SCHUNEMANN, Bernd. *A Crítica ao Paternalismo Jurídico-Penal: Um trabalho de Sísifo?* IN: SCHÜNEMANN, Bernd. Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito. Coordenador: Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

_____. *A posição da vítima no sistema da justiça penal: Um modelo em três colunas*. IN: Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

_____. *El propio sistema de la teoría del delito*. Barcelona: Indret. 2009.

_____. *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1991.

_____. *Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito*. Coordenador: Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

_____. *O Princípio da Proteção de Bens Jurídicos como Ponto de Fuga dos Limites Constitucionais e da Interpretação dos Tipos*. IN: GRECO, Luís. TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Rio de Janeiro: Lumenn Juris, 2011.

SCHÜTZ, Alfred. *A Construção Significativa do Mundo Social: Uma introdução à sociologia compreensiva*. Tradução de Tomas da Costa. Petrópolis, RJ: Vozes, 2018.

SCIENCE, Chico. *Passeio no Mundo Livre*. In: Afrociberdelia. Chico Science e Nação Zumbi: Sony BMG Music Entertainment, 1996. Faixa 06.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 7ª Edição. Revista, Atualizada e Ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992.

_____. *Inovaciones Teorico Practicas de la Victimologia en el Derecho Penal*. IN: <https://www.ehu.es/documents/1736829/2030810/07+-+Innovaciones+teorico+practicas.pdf>. Acesso em 20 de julho de 2018.

_____. *Política Criminal y nuevo Derecho Penal: Libro Homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1997.

_____. *Sobre os Movimientos “Impulsivos”y o Concepto Jurídico-penal de Acción*.

_____. *A Expansão do Direito Penal*. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2ª Edição. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *La “Victimo-dogmática” en el Derecho Extranjero*. Em: BERISTAIN IPIÑA, Antonio. *Victimologia*. San Sebastian: Universidad Del Pais Vasco, 1989, p. 105-112.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Elementos de Teoria Geral de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2016.

SOUSA SANTOS, Boaventura. *Pela Mão de Alice: O Social e o Político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 2001.

STRATENWERTH, Günter. *Heteropuesta en Peligro Consentida en Conductas Imprudentes*. Disponível em: <http://www.indret.com/es/index.php>. Acesso em: maio de 2015.

_____. *Derecho Penal*. Parte General, I. El Hecho Punible. Tradução: Gladys Nancy Romero. Buenos Aires: Di Placido, 1999.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos da Teoria do Delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

_____. *Teoria do Crime Culposos*. Rio de Janeiro: Lumen Juirs, 2009.

_____. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Rio de Janeiro: Lumenn Juris, 2011.

TRIGUEIRO, Emília S. de Oliveira. *Adolescentes, o aprimoramento cognitivo farmacológico e o acesso ao ensino superior*. (Tese de Doutorado). Instituto de Psicologia. Universidade de São Paulo. 2017.

VALLEJO, Manuel Jaén. *El Concepto de Acción em la Dogmática Penal*. Madrid: Colex, 1994.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

VOSSGÄTTER, Isabel. *Concepto social de acción e imputación objetiva*. Cuadernos de Conferências y Artículos. Nº 36. Taduccion: Nuria Pastor Muñoz e Ramón Ragués i Vallés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

WACQUANT, Löic. *Prisões da Miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal*. Parte General. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

_____. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*. Uma Introdução a la doctrina de la acción finalista. Buenos Aires: B de F, 2004.

_____. *Teoria da Ação Finalista*. Buenos Aires: Astrea, 1951.

WESSELS, Johannes. *Direito Penal*. Parte geral. Tradução: Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976.

ZAPATERO Luis y BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE Ignacio (Dir.): Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca 2001.