

IVAN WAGNER ANGELI

**OFENDIDO E RISCO:
AUTOCOLOCAÇÃO EM RISCO E HETEROCOLOCAÇÃO EM
RISCO CONSENTIDA**

*Dauerten wir unendlich
So wandelte sich alles
Da wir aber endlich sind
Bleibt vieles beim alten.*

Bertolt Brecht

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
PRIMEIRO CAPÍTULO – A AUTONOMIA DA VONTADE E A LIBERDADE DE AÇÃO: APROXIMAÇÃO FILOSÓFICA.....	13
1.1. Importância do conceito filosófico de autonomia da vontade.....	13
1.2. Liberdade e Autonomia da Vontade em Kant	16
1.3. Relação entre Autonomia da Vontade e Moral	22
1.4. Deveres morais dos sujeitos consigo mesmo: o suicídio.....	28
1.5. Autonomia , arbítrio e liberdade nas ações imorais.....	31
1.6. Filosofia do Direito de Kant	34
SEGUNDO CAPÍTULO – A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	45
2.1. Aspectos gerais	45
2.2. Conceituação e seus reflexos	51
2.3. A relação entre indivíduo e Estado.....	57
2.4. Concepção de pessoa como sujeito livre	63
2.4.1. O sujeito sob a ótica da dignidade da pessoa humana.....	63
2.4.2. Dignidade da pessoa humana e liberdade.....	66
2.4.3. O indivíduo como sujeito juridicamente livre	69
TERCEIRO CAPÍTULO – REFLEXOS DA AUTONOMIA NO DIREITO PENAL.....	74
3.1. Paternalismo	74
3.1.1. Conceito e classificações	74
3.1.2. Justificações do paternalismo	80
3.1.3. Críticas ao paternalismo	83
3.1.4. Paternalismo no Direito Penal	86
3.2. Autonomia no Direito Penal	89

3.2.1. Traços gerais.....	90
3.2.2. Autonomia: riscos e bens jurídicos.....	94
3.2.3. Fatores contrários à autonomia.....	98
3.2.4. Normais penais como critérios de autonomia.....	101
3.2.5. Consequências da autonomia.....	106
QUARTO CAPÍTULO – AUTOCOLOCAÇÃO EM RISCO E HETEROCOLOCAÇÃO EM RISCO CONSENTIDA: DELIMITAÇÕES	110
4.1. Colocação em risco e lesão: conceitos	111
4.2. Critério de diferenciação: a origem da colocação em risco.....	114
4.2.1. Elementos principais da teoria do domínio do fato	114
4.2.2. A teoria do domínio do fato como critério de diferenciação.....	119
4.2.3. Críticas à teoria do domínio do fato como critério de diferenciação.....	124
4.2.4. Critério de diferenciação: A origem da colocação em risco como expressão da autonomia	133
4.3. Autocolocação em risco e colaboração com autocolocação em risco: conceitos	142
4.3.1. Autocolocação em risco.....	142
4.3.2. Colaboração com autocolocação em risco.....	153
4.3.3. Casos de autocolocação em risco e colaboração em autocolocação em risco	163
4.4. Heterocolocação em risco consentida: Conceito	167
4.4.1. Aspecto objetivo: a conduta do terceiro ofensor	168
4.4.2. Aspecto subjetivo: o conhecimento e a vontade do terceiro ofensor	172
4.4.3. O carácter consentido da heterocolocação em risco: a conduta do ofendido em relação ao risco	175
4.4.4. Casos de heterocolocação em risco consentida	193
QUINTO CAPÍTULO – CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA COLOCAÇÃO EM RISCO DO OFENDIDO	200

5.1. A colocação em risco como conduta autorresponsável	201
5.1.1. Autorresponsabilidade e regras do consentimento do ofendido	203
5.1.2. Autorresponsabilidade e regras de exculpação	207
5.2. Colaboração em autocolocação em risco autorresponsável	223
5.2.1. Impunibilidade do terceiro colaborador pelo argumento da participação (<i>Teilnahmeargument</i>)	223
5.2.2. Impunibilidade do terceiro colaborador pela imputação objetiva	229
5.2.3. Casos de colaboração em autocolocação em risco e suas consequências jurídicas	242
5.3. Heterocolocação em risco consentida autorresponsável	249
5.3.1. Consentimento do ofendido	251
5.3.2. Equiparação da heterocolocação em risco consentida autorresponsável com autocolocação em risco: a imputação objetiva como solução	269
CONCLUSÃO	296
BIBLIOGRAFIA	306

INTRODUÇÃO

O presente trabalho cuida da relação jurídico-penal entre ofendido e os riscos a seus bens jurídicos, com especial atenção às figuras da autocolocação em risco e da heterocolocação em risco consentida, bem como de suas consequências à punibilidade de terceiros. Trata-se, portanto, de um estudo sobre a *autonomia* do ofendido ao lidar com seus próprios bens jurídicos e seus reflexos jurídico-penais sobre terceiros. Deste modo, a investigação proposta encontra-se inserida nos debates sobre o papel do ofendido no Direito Penal e sobre como sua conduta pode influir na punibilidade da conduta de terceiros. Para tanto, parte-se de uma compreensão do ofendido como *sujeito de direitos*, cuja vontade não pode ser simplesmente ignorada pelo Direito Penal.

O tema mostra complexidade e toca em questões jurídicas fundamentais da interação entre Direito Penal e ofendido. É necessário determinar o papel do ofendido no sistema punitivo, tendo em vista que sua vontade ocupa lugar central no cenário fático e pode influir no juízo acerca da punibilidade do terceiro.

É importante ressaltar que a inclusão do ofendido no conflito penal como *sujeito* traz conflitos no sistema punitivo, o qual tradicionalmente tem suas preocupações são voltadas eminentemente ao agente e a sua conduta. É possível, assim, que surjam divergências entre o *jus puniendi* estatal e a vontade autônoma do ofendido. Nestes casos, deve-se questionar então se é legítimo que o Estado se imiscua, por meio do Direito Penal, na esfera privada dos indivíduos, impondo consequências jurídicas contrárias à vontade dos titulares dos bens jurídicos afetados.¹

Com efeito, um dos traços mais relevantes do Direito Penal moderno é sua forte orientação para o agente e, ao mesmo tempo, a neutralização do ofendido no conflito, relegando-o a um segundo plano – ou mesmo, ignorando-o – nas atividades de interpretação e aplicação da lei penal. Isto, por sua vez, encontra justificativa no próprio desenvolvimento do Direito Penal e sua ligação com a concepção política de Estado que o determinou.² Mais precisamente, o afastamento do ofendido do conflito se liga diretamente à tomada pelo Estado do monopólio da violência,³ o que proporcionou –

¹ HASSEMER, Winfried. *Warum Strafe sein muss*: Ein Plädoyer. Berlim: Ullstein, 2009, p. 147.

² HASSEMER, Winfried. *Warum Strafe sein muss*, cit., p. 231.

³ OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A Vítima e o Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 33.

comparando-se com os tempos da vingança privada – uma aplicação do Direito Penal de modo igualitário perante todos os cidadãos e um efetivo o controle social e político, solucionando-se os conflitos.⁴ Com o monopólio da violência pelo Estado, veio também o monopólio da regulação, por meio do qual o Estado passou a dividir os indivíduos em duas categorias: os ofensores e os ofendidos. Cabia ao Estado determinar então qual dos indivíduos tinha direito na situação concreta.⁵ Note-se, ainda, que figuras eram e ainda são vistas como marcadas pela *oposição* e *contrariedade* de interesses, sendo que uma delas merece a proteção estatal, ao passo que a outra a reprovação do Estado.

Embora se reconheçam os benefícios do processo de monopolização da força pelo Estado e da consequente neutralização do ofendido, isto não significa que o ofendido não possua qualquer relevância no atual Direito Penal. Destaca-se, neste ponto, a tradicional figura do consentimento do ofendido. Ainda que não seja regrado de modo explícito no Código Penal, o consentimento do ofendido é reconhecido como causa de exclusão da ilicitude ou da tipicidade, a depender da posição que se adote.⁶ Contudo, o consentimento consiste em apenas uma das possíveis integrações fáticas entre o ofendido e o terceiro. Em verdade, são muitos os pontos de contato entre ofendido e agente no Direito Penal. No presente trabalho, ocupa-se com três deles: a autocolocação em risco, a colaboração em autocolocação em risco e a heterocolocação em risco consentida.⁷ Estas figuras caracterizam-se sobretudo por constituírem hipóteses em que o ofendido coloca em risco voluntariamente seus bens jurídicos, sendo que este risco se relaciona, em alguma medida, com a conduta de um terceiro. Porém, a efetiva lesão é incerta e inesperada.

É de se reconhecer, todavia, que os objetos selecionados para estudo, em especial a heterocolocação em risco consentida, também invocam uma interação ainda nebulosa no Direito Penal: a relação entre ofendido e risco. Isso, por sua vez, já se consubstancia em uma fonte de problemas tanto teóricos como práticos. Como reconhece CLAUS ROXIN, um dos principais teóricos do tema, especialmente a heterocolocação em risco consentida

⁴ HASSEMER, Winfried. *Warum Strafe sein muss*, cit., p. 252.

⁵ HASSEMER, Winfried. *Warum Strafe sein muss*, cit., p. 253.

⁶ No Direito Penal nacional, houve regra expressa sobre o consentimento no Código Penal de 1890, em seu artigo 26, alínea “c”. Há exemplos, na legislação estrangeira, de regramento explícito do consentimento do ofendido. No Direito Penal português, o consentimento do ofendido é previsto explicitamente no artigo 38 de seu Código Penal, assim como no Código Penal italiano, em seu artigo 50. Vide também: BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2011, p. 362-363. Em igual sentido: PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido: na teoria do delito*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 96-103.

⁷ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal: Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 292.

ainda é uma categoria em aberto no Direito Penal, que necessita de aprofundamento dogmático.⁸

Este é um tema especialmente desafiante ao Direito Penal, pois toca, acima de tudo, no controvertido ponto acerca dos reflexos da autonomia do indivíduo. Partindo-se da premissa de que a autonomia não deve ser considerada, mas também tutelada pelo ordenamento jurídico, faz-se necessário então delinear a punibilidade de agentes que atuam dentro deste espaço de autorresponsabilidade, o que não se afigura uma das tarefas mais fáceis no Direito Penal em razão da própria evolução deste ramo do Direito, que conduziu, como já visto, a uma neutralização do ofendido. A isso se acresce ainda a dificuldade de harmonizar esta problemática acerca da punibilidade dos agentes, em especial do terceiro, com categorias aparentemente conflitantes, como a proteção abrangente da vida humana e a autodeterminação do indivíduo.⁹

A chave para a solução deste impasse, por sua vez, é a utilização da autonomia do indivíduo enquanto vetor para a compreensão jurídica da conduta arriscada do ofendido e suas consequências sobre terceiros. Entretanto, a autonomia é conceito amplo e permite diversas abordagens. Torna-se necessário, assim, determinar qual conteúdo da autonomia se pretende utilizar nesta tarefa de interpretação e compreensão das condutas de colocação em risco pelo ofendido.

Para isso, é importante lembrar que o conceito de autonomia tem origem filosófica e foi desenvolvido em profundidade por IMMANUEL KANT em sua Filosofia Moral. Para compreender o papel de KANT no pensamento jurídico atual, é preciso voltar os olhos à dignidade da pessoa humana e sua posição nos ordenamentos jurídicos após a Segunda Grande Guerra.¹⁰ A dignidade da pessoa humana – princípio fundamental positivado no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal – impõe que o ser humano seja tratado como fim em si mesmo e afirma seu valor intrínseco, remontando ao imperativo

⁸ ROXIN, Claus. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 4ª ed. München: C. H. Beck, v. 1, 2006, p. 409; ROXIN, Claus. *Strafrecht*, cit., p. 417. Igualmente: ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal*, cit., p. 295.

⁹ DÖLLING, Dieter. Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, n. 1, 1984, p. 73.

¹⁰ Acerca da importância do pensamento de KANT no Direito Penal, vide: HRUSCHKA, Joachim. Kant, Feuerbach und die Grundlagen des Strafrechts. In: PAEFFGEN, Hans-Ullrich *et al.* (Orgs.). *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*. Berlin: Duncker & Humblot, 2011, p. 17-37.

categorico kantiano.¹¹ A autonomia do indivíduo, por sua vez, coloca-se como o próprio fundamento da dignidade da pessoa humana, ligando-se a ela de modo indissociável.¹²

Ocorre que construção kantiana acerca da autonomia no campo da moral não corresponde necessariamente à compreensão jurídica da expressão, embora a influência do pensamento moral kantiano na construção do conceito jurídico do instituto seja marcante. Por sua vez, verifica-se no pensamento jurídico acerca da conduta do ofendido uma influência de traços morais da autonomia, notadamente no que diz respeito a supostos deveres do sujeito frente a si mesmo. A título de exemplo, cita-se o art. 13, *caput*, do Código Civil, que proíbe atos de disposição do próprio corpo em contrariedade aos bons costumes¹³, com influências no campo penal. Especificamente no ordenamento jurídico-penal, menciona-se o art. 122 do Código Penal, que tipifica o induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio. Além disso, aponta-se também a existência, no campo do Direito, de interpretação moral de inspiração kantiana acerca de atos do ofendido contra si mesmo, especialmente em relação à vida, a qual passa a ser entendida como um bem jurídico indisponível.¹⁴ Reputa-se necessário, contudo, questionar essa transposição de elementos morais à autonomia do ofendido, de índole eminentemente jurídica, como uma forma de delimitar o conteúdo do conceito e conformá-lo às exigências do Estado Democrático de Direito.¹⁵

É a autonomia do ofendido, entendida juridicamente e em conformidade com o Estado de Democrático de Direito, que deve servir de *vetor axiológico* para a compreensão das condutas arriscadas do ofendido em relação a seus próprios bens jurídicos.¹⁶ O Direito Penal, sob a ótica do funcionalismo teleológico, defende que as normas penais devem ser regidas por suas próprias finalidades jurídico-penais, deixando de lado a compreensão ontológica de suas categorias.¹⁷ Deste modo, o sistema penal no Estado de Direito deve ser guiado então por valores, orientado teleologicamente, a fim de

¹¹ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 106-107.

¹² KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 79.

¹³ Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

¹⁴ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 181-182.

¹⁵ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*, cit., p. 181-183.

¹⁶ Como afirma MIGUEL REALE, os vetores axiológicos exercem influência direta sobre a apreciação dos fatos e de normas jurídicas (REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 85).

¹⁷ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, v. I, cit., p. 205-206.

que as respostas que oferece também estejam em conformidade com eles. Note-se que estas finalidades possuem natureza político-criminal e seu conteúdo é informado pelos direitos fundamentais e pelos princípios do Estado de Direito. As categorias do Direito Penal, por sua vez, devem ser entendidas como instrumentos de tais valores, sendo essenciais para a consecução dos objetivos do próprio Direito Penal.¹⁸ Neste contexto, a atividade do jurista não se esgota na subsunção e no detalhamento do ordenamento pela sistematização, mas também exige a concretização dos objetivos legais. À dogmática cabe, portanto, levar a cabo as finalidades político-criminais do sistema no âmbito da norma jurídica, com respeito aos limites interpretativos que elas trazem.¹⁹ Por meio da inclusão destas finalidades político-criminais, o Direito Penal se torna mais próximo da realidade, apto a realizar a justiça no caso concreto e mais flexível do que um sistema rígido e fechado.²⁰

A partir destes pressupostos, propõe-se neste trabalho uma abordagem da conduta arriscada e voluntária do ofendido contra seus próprios bens jurídicos, para que se compreenda seu conteúdo e a suas consequências.

A aproximação que se empreende neste trabalho é essencialmente teórica, ainda que algumas partes da exposição sejam dedicadas à exposição de casos práticos com a finalidade de concretizar os argumentos expostos. Dedicar-se especial atenção ao debate alemão sobre tema, uma vez que a autocolocação em risco e heterocolocação em risco consentida, enquanto figuras autônomas, surgiram no Direito alemão e seus contornos teóricos e práticos ainda estão em desenvolvimento, sendo objeto de intenso debate tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Neste ponto, ressalta-se que, mesmo que a autocolocação em risco e a heterocolocação em risco consentida tenham importantes repercussões práticas, uma vez que abrangem casos pertencentes, em grande medida, à vida cotidiana, tal como o tráfego rodoviário,²¹ tem-se que a intensa discussão em torno dos aspectos teóricos do instituto em questão indica a existência de importantes problemas teóricos ligados à conceituação e às consequências jurídicas das hipóteses colocação em risco do ofendido. Como afirmado, este é um tema ainda aberto nas discussões jurídico-penais. Por isso, antes de voltar-se a práxis, reputa-se necessário fazer a trajetória inversa, qual seja, rediscutir a delimitação das figuras de colocação em risco

¹⁸ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, v. I, cit., p. 221-222.

¹⁹ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, v. I, cit., p. 227-229.

²⁰ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, v. I, cit., p. 233.

²¹ COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e acordo em direito penal*, cit., p. 271.

do ofendido, bem como as respostas que ela pode trazer no que diz respeito à punibilidade das condutas inseridas em seu contexto. Acredita-se que um enfoque mais filosófico, aprofundando-se na transição da autonomia do campo da moral para o Direito, seja o instrumento mais adequado para empreender esta análise.

Verifica-se a importância de um debate teórico acerca do tema, haja vista que, embora o comportamento do ofendido desperte interesse da doutrina, é escasso o número de obras monográficas nacionais que tratam especificamente do comportamento arriscado do ofendido e suas consequências, as quais merecem especial atenção devido às peculiaridades inerentes à ideia de risco.

Deste modo, enuncia-se como **objetivo** da investigação, nos moldes propostos acima, oferecer elementos teóricos para guiar a definição da autocolocação em risco e da heterocolocação em risco consentida e suas consequências jurídicas, possibilitando um maior detalhamento conceitual das figuras de modo consentâneo com a autonomia compreendida de um ponto de vista eminentemente jurídico. Com isso, pretende-se estabelecer um conceito de autonomia jurídica do ofendido, afastado de sua autonomia moral, e a partir dela compreender todo o fenômeno do comportamento arriscado do ofendido e as consequências que dele advêm em relação aos terceiros eventualmente envolvidos. Note-se que o presente trabalho não almeja tão somente afirmar que a autonomia jurídica consiste em fundamento axiológico da autocolocação em risco e da heterocolocação em risco consentida, mas vai além ao explorar profundamente as decorrências desta assertiva nas diversas facetas dogmáticas dos institutos. Propõe-se uma interpretação de cada um dos aspectos das figuras de colocação em risco do ofendido sob o prisma da autonomia jurídica do ofendido, desde a caracterização das condutas até as consequências jurídicas a terceiros, passando também pelos instrumentos dogmáticos aptos a realizar essa tarefa. Deste modo, empreende-se uma nova abordagem ao tema, levando ao limite o valor da *autonomia* jurídica da vontade do ofendido, seja para confirmar posições doutrinárias já existentes, seja para rejeitá-las e propor novas soluções, quando necessário. Em resumo, a investigação aqui proposta e desenvolvida coloca o comportamento arriscado do ofendido sob a lupa da autonomia jurídica e assim confere-se novos delineamentos ao instituto.

Para tanto, propõe-se exposição dividida em duas partes. A divisão justifica-se de um ponto de vista pragmático, pois a investigação se dá em dois diferentes campos e

convém que as conclusões obtidas também sejam divididas de acordo com estes campos, muito embora encontrem-se inter-relacionadas, como se perceberá no decorrer do trabalho. Sendo assim, a primeira parte possui viés marcadamente filosófico. Procura-se, assim, trazer subsídios para a construção da autonomia jurídica e, ao mesmo tempo, rejeitar a inclusão de traços moralizantes que podem limitar o exercício da autonomia por parte do ofendido. Pretende-se oferecer o substrato axiológico que guiará a interpretação do comportamento do ofendido e suas consequências. Além disso, ainda na primeira parte da investigação já se aborda diretamente questões jurídico-penais no capítulo dedicado à análise dos reflexos da autonomia no Direito Penal, com especial no foco no paternalismo penal e suas vertentes. Com estas considerações, espera-se empreender a transição necessária entre a investigação filosófica realizada nos capítulos anteriores com a segunda parte da tese, de cunho eminentemente dogmático.

PARTE I

AUTONOMIA E DIREITO PENAL

PRIMEIRO CAPÍTULO – A AUTONOMIA DA VONTADE E A LIBERDADE DE AÇÃO: APROXIMAÇÃO FILOSÓFICA

1.1. Importância do conceito filosófico de autonomia da vontade

Poucos conceitos são tão centrais ao Direito como a liberdade humana. Não por outro motivo, o problema da liberdade é questão filosófica central do Direito. O Direito é a disciplina da liberdade e, sem ela, não passa de uma fantasia.²² A busca por um conceito de liberdade, todavia, precede ao Direito. Na Filosofia há inúmeras reflexões sobre a liberdade nas variadas escolas de pensamento, que se ocupam com a determinação de seu conceito e, em alguns casos, põem em questão a própria existência da liberdade humana.

No centro destas preocupações, coloca-se a principal pergunta sobre a liberdade: existe em nós algo que vai além da natureza?²³ A liberdade, por ir além da simples matéria, exerce um especial fascínio no ser humano, como poucos temas podem oferecer, com óbvios reflexos no Direito e no pensamento teórico desenvolvido em torno dele. No Direito Penal, a liberdade coloca-se como objeto por excelência, não se afigurando demasiado afirmar que as normas penais, de um modo geral, atuam no sentido ora de limitá-la ou ora de protegê-la. Considerando a preocupação deste trabalho em tratar do papel do sujeito em relação a seus próprios bens jurídicos, o problema da liberdade encontra especial reflexo nas ideias de *autonomia da vontade* e de *arbitrio*, pedras angulares nas discussões sobre o comportamento do ofendido no Direito Penal.

Determinar o conceito de autonomia da vontade é tarefa crucial para a compreensão do papel do ofendido e os reflexos de sua vontade no Direito Penal. Parte-se do pressuposto de que o ofendido é *pessoa* - portanto, sujeito de direitos – e, como tal, não pode ser considerado meramente como objeto material do delito. Ao qualificar-se

²² TELLES JÚNIOR, Goffredo. *A criação do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 22.

²³ TELLES JÚNIOR, Goffredo. *A criação do Direito*, cit., p. 23.

como pessoa, o ofendido é titular de dignidade humana e isto, por sua vez, pressupõe a capacidade de exercer autonomia.²⁴

Em outras palavras, na medida em que o ofendido é sujeito do conhecimento e da ação – e não simples coisas – é eticamente pessoa. Entender-se como pessoa, por sua vez, implica o reconhecimento de si como ser racional e livre. Por ser dotada de razão e liberdade, uma pessoa não pode ser transformada em simples coisa. Esta redução da qualidade de pessoa à coisa se dá por meio violência. Aceitar que tal transformação é indesejada significa, por sua vez, assumir a existência de valores éticos.²⁵ A relação entre autonomia e personalidade é bem sublinhada por KANT ao conceituar, em sua Filosofia Moral, a personalidade como “a liberdade, a independência relativamente ao mecanismo da natureza inteira”, relacionando-a diretamente com a submissão às leis morais advindas da Razão.²⁶

A ideia de que a pessoa, e por extensão o ofendido, é sujeito de direitos – pressuposto de sua autonomia – deve-se em grande parte ao Iluminismo.²⁷ Dentre os pensadores iluministas, destaca-se de modo especial IMMANUEL KANT em razão do papel que conferiu à liberdade, à autonomia da vontade e ao arbítrio, bem como pelas repercussões que suas ideias encontram na Filosofia e no Direito. É no pensamento deste autor, portanto, que se deve procurar uma aproximação filosófica de tais conceitos.

KANT é referência ao se tratar de liberdade individual e de autonomia moral.²⁸ Além disso, a importante compreensão do dever como um “conjunto limitado de procedimentos formais” é um traço marcante da filosofia moral moderna, iniciado por KANT.²⁹ Ao procurar compreender a liberdade, autonomia da vontade e arbítrio, é imprescindível o trabalho de IMMANUEL KANT, especialmente por meio dos estudos acerca da razão prática. Note-se que, para este autor, razão prática e a razão teórica constituem uma só e única razão³⁰, entendida como a *possibilidade de o sujeito*

²⁴ Dada sua importância, esta discussão será aprofundada em ponto específico do trabalho, no qual se ocupará da dignidade da pessoa humana e a autonomia da vontade.

²⁵ CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Ática, 2012, p. 383.

²⁶ KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. 9ª ed. Trad. Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 2008, p. 124-125. Afirma GEORGES PASCAL: “É a personalidade, definida pela autonomia, e às suas leis que se refere o sentimento de respeito” (PASCAL, Georges. *O pensamento de Kant*. Trad. Raimundo Vier. Petrópolis: Vozes, 1983, p. 136).

²⁷ MURMANN, Uwe. *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*. Berlin: Springer, 2005, p. 9.

²⁸ HONNETH, Axel. *O direito da liberdade*. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015, cit., p. 174-175.

²⁹ SAFATLE, Vladimir. *O dever e seus impasses*. São Paulo: Martins Fontes, 2013, cit., p. 11.

³⁰ PASCAL, Georges. *O pensamento de Kant*, cit., p. 127.

ultrapassar o âmbito dos sentidos e da natureza. Quando isto ocorre pelo conhecimento, há a razão teórica, enquanto, se feita pela ação, manifesta-se a razão prática. Portanto, a razão prática pode ser compreendida como a *capacidade de escolha da ação pelo sujeito de modo independente de elementos sensíveis*, como impulsos e paixões.³¹ Observa-se, assim, uma equivalência entre a Ciência e a Moral no pensamento de KANT, dado que ambas são manifestações de uma mesma razão.³²

Notabiliza-se o pensamento de KANT acerca da autonomia da vontade, pois ele teve, em certa medida de modo inédito, o mérito de conceber todo ser humano adulto normal necessariamente como ser autônomo e digno de moralidade.³³ Deste modo, estabelece-se um tratamento igualitário a todos os seres humanos, na medida em que certos traços da própria humanidade – como a autonomia – não são privilégios de alguns, mas sim característica natural de todos.

Outro importante aspecto da filosofia kantiana encontra-se na posição que dedica ao tema da liberdade. Uma das maiores contribuições de IMMANUEL KANT à Filosofia foi incluir a liberdade como um novo objeto na Metafísica. Com isso, KANT investiga a ação humana livre como ação moral, ou seja, como *ação livre por dever*. A Metafísica passa a se ocupar com a possibilidade da ação livre dos indivíduos.³⁴ A ação livre é digna de um tratamento metafísico, uma vez que, destacando-se do mundo da natureza, o sujeito não está apenas subjugado pelas relações de causalidade e necessidade. Ao contrário, o ser humano diferencia-se dos demais elementos da natureza justamente por poder agir por livre escolha, ou seja, conforme sua vontade e por finalidades determinadas por ele mesmo. Deste modo, o ser humano pertence também a um reino próprio, diferente da natureza: o reino ético da liberdade e da finalidade. Há no indivíduo uma realidade própria, além da natureza, e objeto da Metafísica.³⁵

³¹ HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. Trad. Christian Viktor Hamm e Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 187-188. A Razão Prática é dividida ainda em *razão prática pura*, expressa nos imperativos categóricos, e *razão prática empírica*, que toma forma nos imperativos hipotéticos (RAWLS, John. *História da filosofia moral*. 1ª ed. Trad. Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 190.).

³² RAWLS, John. *História da filosofia moral*, cit., p. 19.

³³ SCHNEEWIND, Jerome B. Autonomia, obrigação e virtude: uma visão geral da filosofia moral de Kant. In: GUYER, Paul (Org.). *Kant*. 2. ed. Aparecida: Idéias & Letras, 2009, p. 374. No mesmo sentido, John RAWLS afirma que a igualdade em Kant deriva do pensamento protestante (RAWLS, John. *História da filosofia moral*, cit., p. 11-12.).

³⁴ CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*, cit., p. 251.

³⁵ CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*, cit., p. 251. Afirma Raymond VANCOURT que a exigência da moralidade caracteriza a humanidade. (VANCOURT, Raymond. *Kant*. Trad. António Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1986, p. 32).

A importância da obra kantiana torna-se mais clara ao se verificar as consequências de seu pensamento no Direito, especialmente no campo dos Direitos Fundamentais. Destaca-se, neste contexto, a dignidade da pessoa humana. Este conceito, como entendido atualmente, foi influenciado pela Filosofia Moral de IMMANUEL KANT, mais especificamente em uma das formulações de seu imperativo categórico.³⁶ O interesse pela dignidade da pessoa humana tem especial relevância para esta investigação, dada a ligação próxima com a autonomia: a autonomia é o próprio fundamento da dignidade da pessoa humana.³⁷ Por isso, em certa medida, tratar da autonomia da vontade é tratar da dignidade da pessoa humana.

1.2. Liberdade e Autonomia da Vontade em Kant

Para se entender o conceito kantiano de autonomia da vontade, antes deve-se ter em mente a especial relação entre ser humano, liberdade e natureza. Por meio da liberdade, o ser humano se torna um ente especial, parcialmente externo ao campo meramente fenomenológico. A natureza, com efeito, é regida apenas pelas leis da causalidade, como categoria do entendimento, imperando o simples determinismo, ou seja, as causas e os efeitos já estão previamente definidos e inevitavelmente nada pode alterá-los.³⁸

Neste ponto percebe-se o papel da liberdade. A liberdade está fora do mundo dos fenômenos e caracteriza-se justamente por não se submeter às leis da causalidade. A liberdade coloca-se ao lado da causalidade da natureza. Apenas por meio da liberdade, o ser humano livra-se das amarras da causalidade natural e pode ser o autor de novas cadeias causais. A ação humana é livre porque é livre de causa anterior em sentido naturalístico. Por sua vez, a ação humana livre insere-se na causalidade por ser apenas a causa de um novo resultado, que, entretanto, não é exclusivamente determinado pela natureza, mas também definido pelo próprio autor da ação livre. A liberdade caracteriza-se

³⁶ SARLET, Ingo W. Comentários ao art. 1º, III. In: Canotilho, J. J. Gomes; MENDES; Gilmar; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Org.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013, p. 122.

³⁷ KANT é expresso ao afirmar que “*autonomia* é pois o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional” (KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 79).

³⁸ DELEUZE, Gilles. *A filosofia crítica de Kant*. Trad. Germiniano Franco. Lisboa: Edições 70, 2012, p. 43.

essencialmente por permitir a criação de novas cadeias causais, determinadas também pelo próprio sujeito.³⁹ Em razão disto, o sujeito livre se torna a própria causa originária.⁴⁰

Portanto, para KANT existem duas espécies de causalidade: uma causalidade segundo a natureza e uma causalidade segundo a liberdade. A causalidade originada na liberdade (ou causalidade livre) caracteriza-se, como ensina GOFFREDO TELLES JÚNIOR, por “começar por si mesmo um estado, cuja causa não é, por sua vez, efeito de causa anterior que, segundo a lei natural, o determina no tempo”.⁴¹ Segundo a lei causal da natureza, todo fenômeno tem uma causa da qual é efeito. Existe uma cadeia causal de condições para um fenômeno, cujo início não pode ser determinado. Por meio da liberdade, a própria razão age por si mesma, sem exigir causa anterior fenomênica que a determine.⁴² A razão é a *condição incondicional* e por isso é livre.⁴³

A causalidade livre provém do mundo inteligível, no qual os seres racionais se inserem. Ela reside no campo do *númeno*,⁴⁴ porém incide sobre os fenômenos. Dado que a razão prática não tem apenas interesse especulativo, como a razão pura, a liberdade deixa de ser indeterminada e volta-se à ação humana.⁴⁵ É a consciência da lei moral, enquanto liberdade, que mostra aos humanos sua capacidade em dominar os instintos, bem como a existência de uma causalidade suprassensível, no mundo dos númenos.⁴⁶

Entender a liberdade em tal contexto é importante para a compreensão de autonomia da vontade. A autonomia é um dos “atributos fundamentais da subjetividade moderna”, dado que nos possibilita uma definição de “sujeito livre”.⁴⁷ O conceito de autonomia da vontade traduz-se na ideia de autolegislação⁴⁸ e se contrapõe à heteronomia, segundo a qual a lei tem origem externamente ao indivíduo, ou seja, “a vontade busca a

³⁹ MORA, José Ferrater. *Dicionário de Filosofia*. Trad. Roberto Leal Ferreira e Álvaro Cabral. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 413-414.

⁴⁰ DELEUZE, Gilles. *A filosofia crítica de Kant*, cit., p. 50.

⁴¹ TELLES JÚNIOR, Goffredo. *A criação do Direito*, cit., p. 94.

⁴² TELLES JÚNIOR, Goffredo. *A criação do Direito*, cit., p. 94.

⁴³ TELLES JÚNIOR, Goffredo. *A criação do Direito*, cit., p. 97.

⁴⁴ Explica NICOLA ABBAGNANO acerca do termo “númeno”: “Este termo foi introduzido por Kant para indicar o objeto do conhecimento intelectual puro, que a *coisa em si*. Na dissertação de 1770, Kant diz: ‘O objeto da sensibilidade é o sensível; o que nada contém que não possa ser conhecido pela inteligência é o inteligível. O primeiro era chamado de *fenômeno*; o segundo, de *númeno*’ (*De mundi sensibilis etc.*, § 3)”. (ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 6ª ed. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 838)

⁴⁵ DELEUZE, Gilles. *A filosofia crítica de Kant*, cit., p. 43.

⁴⁶ VANCOURT, Raymond. *Kant*, cit., p. 41.

⁴⁷ SAFATLE, Vladimir. *O dever e seus impasses*, cit., p. 14.

⁴⁸ HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*, cit., p. 216.

lei, que deve determiná-la, em qualquer outro ponto que não seja a aptidão das suas máximas para a sua própria legislação universal”.⁴⁹

KANT trata da ideia de liberdade em sua *Crítica da Razão Pura*, entendendo-a como liberdade transcendental, ou seja, como algo independente da natureza. Esta concepção de liberdade é também utilizada nos estudos da razão prática, passando a ser entendida como liberdade prática ou moral, isto é, como *autodeterminação*. Como afirma Otfried HÖFFE, a autonomia torna-se a “vontade livre de toda a causalidade e determinação”, que confere a si mesmo sua própria lei. Logo, a autonomia da vontade para KANT é conceituada como a “independência de fundamentos determinantes materiais” e, ao mesmo tempo, enquanto “autodeterminação ou legislação própria”.⁵⁰ Em outras palavras, a autonomia do indivíduo o coloca como Legislador de si mesmo e é o modo pelo qual a liberdade do ser racional se realiza.⁵¹

O conceito de autonomia é espelhado com maior fidelidade pela ideia de autolegislação. Autolegislação deve ser entendida como ato de impor a si mesmo determinada lei. Observe-se que há uma relação entre as necessidades morais impostas pela autonomia e as leis que imperam no mundo físico em uma perspectiva determinista e causal.⁵² No campo da Moral rege a autonomia e não cuidamos do mundo como ele é, mas sim como ele *deveria ser*. Impor a si mesmo sua própria lei é não se submeter apenas à lei da causalidade, porém eleger-se uma outra lei, que não tem causa anterior natural e funda uma nova cadeia causal, sendo seus efeitos em parte determinados pelo próprio sujeito. Com a autonomia, a vontade é a lei de si mesma,⁵³ independentemente de “qualquer propriedade dos objetos de volição”.⁵⁴ A vontade autônoma é guiada somente por leis *a priori* racionais.⁵⁵ Estas obrigações podem mesmo ser contrárias ao desejo do

⁴⁹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, cit., p. 86.

⁵⁰ HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*, cit., p. 219. Assinala expressamente Kant: “Mas essa independência [a respeito de toda a matéria da lei] é a *liberdade* em sentido *negativo*, e esta *legislação própria* da razão pura e, como tal, prática, é a liberdade em sentido *positivo*.” (KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*, cit., p. 54). Em sentido parecido: ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*, cit., p. 111.

⁵¹ MURMANN, Uwe. *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, cit., p. 167.

⁵² Sublinhando-se que tais “leis” naturais não importam em qualquer mandamento ou sanção, pois apenas retratam como o mundo é (SCHNEEWIND, Jerome B. *Autonomia, obrigação e virtude*, cit., p. 379).

⁵³ SCHNEEWIND, Jerome B. *Autonomia, obrigação e virtude*, cit., p. 379. Como afirma Otfried HÖFFE, o homem, enquanto ente dotado de razão, diferencia-se dos demais seres, pois estes agem apenas conforme as leis dadas naturalmente e não - como o faz o homem - também por meio de leis representadas por si mesmo (HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*, cit., p. 188).

⁵⁴ BENDA, Julien. *O pensamento vivo de Kant*. Trad. Wilson Veloso. São Paulo: Livraria Martins; EDUSP, 1976, p. 105.

⁵⁵ DELEUZE, Gilles. *A filosofia crítica de Kant*, cit., p. 13-14.

indivíduo, porém sua mera imperatividade é motivo suficiente para agir: apenas e tão somente a autonomia do sujeito basta para que sua ação ocorra.⁵⁶

Enquanto as leis naturais apenas explicam o que acontece no mundo, as leis morais afirmam o que tem que acontecer e carregam um aspecto não empírico, ou seja, *a priori*, o que lhes oferece sua nota de necessidade, conferindo-lhes uma qualidade especial: elas devem acontecer.⁵⁷ Todavia, o que, segundo a razão, deve acontecer não necessariamente corresponde ao que efetivamente acontece na natureza. A causa de um dever moral é oriunda da razão, não um fenômeno.⁵⁸ Deste modo, o dever moral é apenas uma ação possível no campo da natureza, conquanto seja uma ação necessária no campo da razão.⁵⁹ Existe, assim, uma independência entre efetivamente fazer algo e saber que deveria ter feito algo⁶⁰, de modo que o indivíduo, ainda que não cumpra a lei moral, não deixa de compreendê-la como digna de respeito.⁶¹ Neste ponto, destaca-se o papel da liberdade. A grande distância entre a lei moral e o mundo sensível é preenchida pelo sujeito, sendo que apenas a liberdade permite a realização da lei moral no mundo sensível.⁶²

A partir da ideia de autonomia da vontade, o indivíduo se subjugua a esta lei simplesmente pelo fato de que – ao mesmo tempo – é ele mesmo que se dá esta mesma lei. É a vontade que confere a si mesma sua própria lei. Ao contrário, sempre que a lei é exterior à vontade, estamos diante do fenômeno da heteronomia.⁶³

Ora, se o sujeito autônomo é capaz de impor a si mesmo suas próprias leis, estas leis pelas quais o sujeito se autodetermina surgem apenas de sua vontade. Logo, sua vontade também deve ser livre para que tenhamos uma ação autônoma.

Primeiramente, é de se ressaltar que, segundo o pensamento de KANT, deve-se aceitar como pressuposta a existência da liberdade. Enquanto agente racional, o indivíduo deve se considerar livre, de sorte que, ao exercer qualquer atividade de escolha, necessariamente ele pressupõe tal liberdade. Não é possível pensar racionalmente,

⁵⁶ SCHNEEWIND, Jerome B. Autonomia, obrigação e virtude, cit., p. 371.

⁵⁷ SCHNEEWIND, Jerome B. Autonomia, obrigação e virtude, cit., p. 379-380. Nesse mesmo sentido: PASCAL, Georges. *O pensamento de Kant*, cit., p. 118.

⁵⁸ TELLES JÚNIOR, Goffredo. *A criação do Direito*, cit., p. 96.

⁵⁹ DELEUZE, Gilles. *A filosofia crítica de Kant*, cit., p. 54-55.

⁶⁰ SCHNEEWIND, Jerome B. Autonomia, obrigação e virtude, cit., p. 383.

⁶¹ PASCAL, Georges. *O pensamento de Kant*, cit., p. 123.

⁶² DELEUZE, Gilles. *A filosofia crítica de Kant*, cit., p. 55.

⁶³ PASCAL, Georges. *O pensamento de Kant*, cit., p. 124.

emitindo juízos próprios, e ao mesmo tempo julgar-se despido de liberdade.⁶⁴ Esta consciência de nossa liberdade é chamada por KANT de *fato da razão* (*Faktum der Vernunft*)⁶⁵, enquanto “racionalidade pura mostrando-se a si mesma da maneira mais imediata que pode em seres imperfeitamente racionais”.⁶⁶ A liberdade é espontaneidade pura da razão.⁶⁷ Além disso, a liberdade dá mostra de sua existência ao ser pressuposto para o cumprimento dos deveres morais.⁶⁸ O *factum* da razão não é empírico; é a consciência da lei moral como algo efetivo e a existência indiscutível da consciência de uma obrigação incondicional.⁶⁹ A consciência de lei moral é tomada simplesmente como *fato* e, como critica GILLES DELEUZE, neste ponto “a razão não raciocina”.⁷⁰

Pode-se afirmar, de modo mais simples, que a existência da liberdade se sustenta pelo fato de o ser humano ter consciência do dever que se origina da razão em sua função legisladora.⁷¹ É pela moral que ele se reconhece como livre, e, por ser livre, submete-se à razão.⁷² Ao saber que certas ações são devidas, independente de elementos do mundo sensível, o ser humano necessariamente deve se entender como ser dotado de liberdade.⁷³ A liberdade é a *ratio essendi* da moral e esta, por sua vez, é a *ratio cognoscendi* da liberdade.⁷⁴ A complexidade da liberdade é tamanha que KANT a qualifica como um de seus postulados da razão prática, sobrepondo-se à imortalidade da alma e à existência de Deus.⁷⁵

Como afirmado, é pressuposto da autonomia da vontade a existência de uma vontade livre. Deve-se, neste ponto, determinar no que consiste este atributo da vontade.

⁶⁴ SCHNEEWIND, Jerome B. Autonomia, obrigação e virtude, cit., p. 400-401. No mesmo sentido, afirma John RAWLS que caso se acreditasse que as faculdades da razão são externamente determinadas, estaria-se em verdade a abandonar a própria razão (RAWLS, John. *História da filosofia moral*, cit., p. 328.).

⁶⁵ KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*, cit., p. 14.

⁶⁶ SCHNEEWIND, Jerome B. Autonomia, obrigação e virtude, cit., p. 401. “À consciência desta lei fundamental pode chamar-se um facto [*Faktum*] da razão, porque não se pode deduzi-la com subtileza de dados anteriores da razão, por exemplo, da consciência da liberdade (porque esta não nos é dada previamente), mas porque ela se nos impõe por si mesma como proposição sintética *a priori* que não está fundada em nenhuma intuição, nem pura, nem empírica; seria no entanto analítica se se pressupusesse a liberdade da vontade, mas, para isso, exigir-se-ia, enquanto conceito positivo, uma intuição intelectual que aqui não é permitido admitir.” (KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*, cit., p. 51).

⁶⁷ PIMENTA, Pedro Paulo Garrido. *Reflexão e moral em Kant*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004, p. 74-75.

⁶⁸ SCHNEEWIND, Jerome B. Autonomia, obrigação e virtude, cit., p. 405-406.

⁶⁹ HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*, cit., p. 224. No mesmo sentido: RAWLS, John. *História da filosofia moral*, cit., p. 298..

⁷⁰ DELEUZE, Gilles. *A filosofia crítica de Kant*, cit., p. 42.

⁷¹ PASCAL, Georges. *O pensamento de Kant*, cit., p. 130.

⁷² DELEUZE, Gilles. *A filosofia crítica de Kant*, cit., p. 42-43.

⁷³ RAWLS, John. *História da filosofia moral*, cit., p. 188.

⁷⁴ KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*, cit., p. 12.

⁷⁵ RAWLS, John. *História da filosofia moral*, cit., p. 329.

O sujeito encontra seu poder decisório na vontade. Por isso, a vontade deve ser livre para permitir a ação autônoma. Em primeiro lugar, a *liberdade* da vontade contrapõe-se aos reflexos de instintos, impulsos naturais e paixões, ao sobrepor-se a eles e controlá-los. O sujeito com vontade livre coloca em questão valores e fins, bem como impõe-se regras de conduta e não se submete cegamente aos demais.⁷⁶ Cabe à vontade, enquanto instrumento da razão, sobrepor-se aos meros desejos do sujeito, cuja origem se encontra nas necessidades e contingências, não na razão.⁷⁷ A vontade livre e autônoma é aquela que tem sua determinação exclusivamente em si mesma.⁷⁸ Isto significa que a vontade livre não se baseia em uma simples liberdade arbitrária em escolher uma entre diversas alternativas, pela qual o sujeito é guiado por seu desejo em obter prazer e, por isso, determinado de modo heterônomo pelo objeto que deseja.⁷⁹

Deste modo, a liberdade da vontade não se confunde com a simples possibilidade de escolha. Ao contrário, ser livre é, de certo modo, limitar-se. Para KANT, o que determina a liberdade da vontade é a razão. A conformidade com a razão qualifica a vontade como livre.⁸⁰ Não por outro motivo, afirma KANT que “a liberdade e a lei prática incondicionada referem-se, pois, uma à outra”⁸¹, bem como que “se poderia definir a liberdade prática pela independência da vontade relativamente a toda a lei diferente da lei moral”.⁸² Em outras palavras, KANT faz a afirmação radical de que alguém só é livre se as suas ações se conformam à lei moral.⁸³

Partindo-se de um racionalismo ético, é justamente trabalho da moral a dominação dos traços passionais humanos.⁸⁴ Entretanto, reconhecer-se enquanto ser autônomo não significa o afastamento absoluto de elementos externos, pois não é possível sustentar a independência completa do agir em relação a fatores condicionantes de natureza pessoal, social, econômica ou política. KANT não prega a autonomia como uma “racionalidade vazia” de conteúdo.⁸⁵ Em verdade, neste ponto é possível encontrar o conteúdo

⁷⁶ CHAUI, Marilena. *Convite à Filosofia*, cit., p. 383-384.

⁷⁷ SCHNEEWIND, Jerome B. Autonomia, obrigação e virtude, cit., p. 380.

⁷⁸ DELEUZE, Gilles. *A filosofia crítica de Kant*, cit., p. 42.

⁷⁹ MURMANN, Uwe. *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, cit., p. 168-169.

⁸⁰ SCHNEEWIND, Jerome B. Autonomia, obrigação e virtude, cit., p. 400.

⁸¹ KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*, cit., p. 48.

⁸² KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*, cit., p. 133.

⁸³ HONNETH, Axel. *O direito da liberdade*, cit., p. 178.

⁸⁴ CHAUI, Marilena. *Convite à Filosofia*, cit., p. 406. Afirma John RAWLS que “é melhor, penso, considerar que Kant apresenta os princípios segundos os quais um agente razoável e racional completamente ideal agiria, mesmo contra todos os desejos dependentes de objetos, se isso fosse necessário para respeitar as exigências da lei moral” (RAWLS, John. *História da filosofia moral*, cit., p. 175.).

⁸⁵ HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*, cit., p. 220-221.

provocativo da moral kantiana: o sujeito aceita os fatores externos e sua submissão à natureza, mas estas condicionantes exteriores não são o *fundamento último e determinante de sua vida* e, deste modo, o próprio sujeito reconhece-se como algo que vai além da simples necessidade e encontra-se em si mesmo.⁸⁶ A ideia de dever moral impinge um descontentamento em relação ao próprio indivíduo, obrigando-o a não se limitar ao que ele realmente é e ao que o determina.⁸⁷

Além disto, a ideia de autonomia moral permite o questionamento crítico das ações e sua juridicidade. Afirma AXEL HONNETH que “tão logo um sujeito seja capaz de comprovar que dada demanda não encontra aprovação universal, e assim não pode ser considerada ‘lei universal’, nenhum ordenamento jurídico será capaz de impedi-lo de manifestar publicamente seu veto e a rejeição daquela demanda”.⁸⁸ Deste modo, o caráter moral passa a ser a “humanidade dos humanos”, colocando-os como sujeitos de conhecimento e de ação; jamais como objetos. É papel da moral, portanto, traçar as normas que impedem a violência, com a redução da pessoa à condição de coisa.⁸⁹

1.3.Relação entre Autonomia da Vontade e Moral

O sistema kantiano oferece uma segurança ontológica sobre o julgamento moral.⁹⁰ A lei moral é fruto da razão e se contrapõe às paixões e aos instintos humanos. Há, portanto, uma limitação das ações humanas pela razão. Ao sublinhar esta tarefa conferida à razão na moral kantiana, afirma-se a adoção de uma ética racionalista marcada pela igualdade entre os sujeitos, dado que por meio da razão cria-se um único conjunto de normas morais, válidas para todos indistintamente. Por outro lado, uma ética irracionalista é desigual, porquanto não se fundamenta em elementos comuns aos sujeitos, originando-se um conjunto de normas para os senhores, sem limitação dos instintos humanos, e outro conjunto para os escravos. Em outras palavras, uma ética irracionalista é marcada pela violência, pois os favorecidos são pessoas e os não favorecidos são reduzidos a coisas.⁹¹

⁸⁶ HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*, cit., p. 220.

⁸⁷ SAFATLE, Vladimir. *O dever e seus impasses*, cit., p. 74.

⁸⁸ HONNETH, Axel. *O direito da liberdade*, cit., p. 180-181.

⁸⁹ CHAÚÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*, cit., p. 383.

⁹⁰ SAFATLE, Vladimir. *O dever e seus impasses*, cit., p. 74.

⁹¹ CHAÚÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*, cit., p. 408-409. Acrescenta Marilena Chauí, no mesmo trecho, que a corrente irracionalista, no entanto, tem como mérito demonstrar os perigos e as falhas do racionalismo ético. Por meio dele, tende-se a entender a moral como instrumento de preconceitos e repressões. Com isso, podemos, dentro do pensamento racional ético, diferenciar entre o uso da razão como meio de limitação de instintos e paixões e uma racionalidade opressora e violenta, fruto da sociedade em que está inserida.

Deste modo, o respeito à lei moral, em uma perspectiva racionalista, ao mesmo tempo que obriga o indivíduo, também o protege, uma vez que os demais indivíduos também devem observá-la.⁹² Neste ponto, “a obediência à lei justifica-se pela faculdade de ser o seu autor; longe de destruir a liberdade, ela supõe-na e manifesta-a”.⁹³

Ao lado do papel que a razão exerce na moral kantiana, é possível também encontrar a autonomia da vontade como seu fundamento. Embora o conceito de autonomia como autolegislação já fosse encontrado em Rousseau,⁹⁴ apenas em KANT a autonomia e a razão passam a ser utilizadas como fundamento da Moral.⁹⁵ A perfeição das coisas ou mesmo a vontade de Deus não são capazes de fundamentar a moral universalmente válida: apenas a razão é capaz de fazê-lo.⁹⁶ A autonomia é a base da Moral kantiana⁹⁷ e permite sua aplicabilidade a todos os sujeitos indistintamente, afastando-se de suas contingências empíricas.⁹⁸ Isto é possível, pois a autonomia tem origem na própria razão humana; por ter como fundamento a razão, é possível traçar a partir da autonomia uma fundamentação de validade geral para os deveres morais. Logo, por meio da autonomia o sujeito reconhece a existência do dever moral e submete-se a ele voluntariamente.⁹⁹ Apenas pela autonomia da vontade o sujeito pode agir moralmente;¹⁰⁰ sendo a liberdade do agente pressuposto da moral.¹⁰¹ Deste modo, todas as leis morais passam a ter como princípio a autonomia, enquanto a autolegislabilidade da vontade.¹⁰² Alguns autores afirmam que a autonomia é o único princípio da moral¹⁰³ ou mesmo a própria origem da Moral, como Otfried HÖFFE.¹⁰⁴ Seja como for, é impossível fundamentar a moral baseada na razão sem a figura da autonomia e, em razão disto, para

⁹² RAWLS, John. *História da filosofia moral*, cit., p. 182.

⁹³ VANCOURT, Raymond. *Kant*, cit., p. 37. Nesse mesmo sentido: “Pelo imperativo categórico há, efetivamente, uma ligação sistemática entre muitos seres racionais sob leis comuns” (PASCAL, Georges. *O pensamento de Kant*, cit., p. 125)

⁹⁴ VANCOURT, Raymond. *Kant*, cit., p. 31.

⁹⁵ HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*, cit., p. 216. Acerca do papel de Rousseau na moral de Kant: SCHNEEWIND, Jerome B. *Autonomia, obrigação e virtude*, cit., p. 377-378.

⁹⁶ HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*, cit., p. 222.

⁹⁷ SCHNEEWIND, Jerome B. *Autonomia, obrigação e virtude*, cit., p. 370. Afirma Kant: “A *autonomia* da vontade é o único princípio de todas as leis morais e dos deveres a elas conformes” (KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*, cit., p. 54).

⁹⁸ HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*, cit., p. 222.

⁹⁹ MURMANN, Uwe. *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, cit., p. 167.

¹⁰⁰ HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*, cit., p. 216.

¹⁰¹ CHAUI, Marilena. *Convite à Filosofia*, cit., p. 381.

¹⁰² HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*, cit., p. 219.

¹⁰³ BENDA, Julien. *O pensamento vivo de Kant*, cit., p. 105.

¹⁰⁴ HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*, cit., p. 184.

KANT a autonomia é o fundamento e a origem de toda a moral: sem autonomia, não há moral.¹⁰⁵

Ao mesmo tempo, não se pode deixar de destacar que o papel central da autonomia na moral kantiana também manifesta um caráter religioso. Com efeito, existe uma certa influência religiosa na moral de KANT, que se revela, por exemplo, em sua crença em uma moral pura, em uma disciplina obrigatória e na repressão do impulso.¹⁰⁶ O imperativo categórico, por sua vez, seria um instrumento para determinar tal pureza de motivos.¹⁰⁷ No entanto, segundo John RAWLS, estes traços não são suficientes para denominar “religiosa” a concepção kantiana, dado que há somente a afirmação de que valores cotidianos devem se submeter à elementos superiores e de maior importância.¹⁰⁸ Com efeito, há distinções entre a moral e a religião em KANT. Destaca-se, neste ponto, a liberdade do ser humano em relação a Deus. Ainda que se admita a existência de Deus e seu papel como criador, o ser humano continua sendo livre em qualquer circunstância e sequer Deus pode retirar-lhe a liberdade.¹⁰⁹ Com isso, verifica-se que as questões morais advêm apenas do próprio sujeito, não de qualquer autoridade externa. No campo da moral, todos sabem – apenas por eles mesmos – o que fazer e como eles devem fazer. Sob esta vertente, a autonomia mostra-se, na verdade, como instrumento de limite ao controle religioso e político.¹¹⁰

É importante, ainda, ressaltar o papel moral da autonomia da vontade em relação à dignidade de pessoa humana, que se revela no fato de o ser humano demonstrar um valor intrínseco a si mesmo, justamente por ser o autor de sua própria lei.¹¹¹ Como afirma KANT, a “autonomia é pois o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional”.¹¹² Em outras palavras, a dignidade é fundamentada pela capacidade humana de legislar de modo universal.¹¹³ O conhecimento da lei moral nos mostra nossa dignidade enquanto pessoas livres e racionais.¹¹⁴

¹⁰⁵ HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*, cit., p. 216.

¹⁰⁶ VANCOURT, Raymond. *Kant*, cit., p. 31.

¹⁰⁷ RAWLS, John. *História da filosofia moral*, cit., p. 171.

¹⁰⁸ RAWLS, John. *História da filosofia moral*, cit., p. 185.

¹⁰⁹ PASCAL, Georges. *O pensamento de Kant*, cit., p. 139.

¹¹⁰ SCHNEEWIND, Jerome B. Autonomia, obrigação e virtude, cit., p. 371-373.

¹¹¹ PASCAL, Georges. *O pensamento de Kant*, cit., p. 125.

¹¹² KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, cit., p. 79.

¹¹³ RAWLS, John. *História da filosofia moral*, cit., p. 242.

¹¹⁴ RAWLS, John. *História da filosofia moral*, cit., p. 232-233.

A existência de dignidade nos seres racionais impede a comparação entre eles, dado que não há medida ou gradação da dignidade: ela simplesmente é uma característica das pessoas. A dignidade confere aos seres racionais posição superior em relação às coisas e demais valores relativos.¹¹⁵ Mais precisamente, KANT conceitua a dignidade contrapondo-a à ideia de preço. As coisas possuem um preço e por isso podem ser substituídas por outras coisas com preços equivalentes. Estes preços, por sua vez, podem ser de diversas naturezas, como o preço venal ou o preço de afeição ou de sentimento, mas em qualquer caso se está diante invariavelmente de um valor relativo. Por outro lado, a dignidade coloca-se acima de qualquer preço; portanto, não pode ser calculada e não encontra equivalente.¹¹⁶

Este viés absoluto da dignidade origina-se da moralidade, pois no cumprimento dos deveres morais a razão se impõe à vontade, sem buscar com isso qualquer fim de natureza meramente subjetiva. Como o cumprimento do dever se dá em termos absolutos, nada mais pode ser entendido como equivalente ou superior a ele. Há, portanto, dignidade – não um preço – no dever moral e nos indivíduos, enquanto sujeitos morais.¹¹⁷ Em suma, afirma-se o valor absoluto da pessoa, derivado da razão. É a ligação entre a pessoa e a lei moral que traça a personalidade.¹¹⁸

Importante elemento caracterizador da dignidade humana é o fato de o ser humano ser *um fim em si mesmo*, “não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”.¹¹⁹ KANT define fim como “aquilo que serve à vontade de princípio objectivo da sua autodeterminação”.¹²⁰ Gilles DELEUZE, esclarecendo a ideia kantiana de fim em si mesmo, afirma que todas as coisas devem ter um objetivo final para que lhe sejam conferidos valores. Entretanto, exclusivamente os seres racionais são um fim em si, dado que somente eles se sujeitam à lei moral – objetivo final da liberdade – ao mesmo tempo em que são o fim último da natureza sensível.¹²¹ Acrescenta Georges PASCAL que, nas ações morais humanas, o objetivo final do sujeito deve ser um fim objetivo, ou seja, um fim que contém um valor universal, válido para os demais seres racionais, não apenas um fim subjetivo relativo somente a um sujeito determinado. Apenas o próprio ser racional é

¹¹⁵ RAWLS, John. *História da filosofia moral*, cit., p. 242.

¹¹⁶ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, cit., p. 77-78.

¹¹⁷ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, cit., p. 77-78.

¹¹⁸ VANCOURT, Raymond. *Kant*, cit., p. 36-37.

¹¹⁹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, cit., p. 21.

¹²⁰ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, cit., p. 67.

¹²¹ DELEUZE, Gilles. *A filosofia crítica de Kant*, cit., p. 62-63.

um fim objetivo e ostenta um valor absoluto, dado que todas as demais coisas não têm um valor em si, mas apenas um valor em relação aos indivíduos.¹²²

Ser um fim em si mesmo significa, por consequência, a impossibilidade de que o sujeito exista apenas como meio, isto é, o ser racional deve necessariamente ser considerado, nas ações humanas, simultaneamente como um fim em si.¹²³ Nada pode reduzir o ser racional a um simples meio, sequer Deus, pois sua liberdade e sua razão o tornam sempre dignos de respeito.¹²⁴ Igualmente, por ser dotado de razão e de liberdade, o ser humano é colocado acima da natureza e erigido a seu fim supremo dela, pertencendo ao mundo suprasensível, enquanto a natureza restringe-se ao mundo sensível.¹²⁵

Cabe questionar ainda sobre o que significa utilizar os demais sujeitos simplesmente como meios, e não simultaneamente como fins. Quando se tem mente a violação da liberdade ou mesmo da propriedade, é possível encontrar alguns exemplos disto. Ao atentar contra estes direitos alheios, os fins do ofensor certamente não podem ser entendidos ao mesmo tempo como fins dos ofendidos, ou seja, os fins eleitos pelo ofensor não seriam eleitos como fins pelos demais sujeitos, uma vez que eles representam uma violação de seus direitos. Por esta razão, a execução dos fins eleitos pelos ofensores implica que os ofendidos sejam exclusivamente meios, não simultaneamente como fins.¹²⁶ Em outras palavras, na medida em que os fins da ação do ofensor são apenas fins subjetivos – não fins objetivos – os ofendidos são meros meios, ou seja, simples objetos ou coisas sobre as quais recai ação imoral. Se os fins do ofensor fossem fins objetivos, poderiam ser partilhados pelos demais indivíduos, os “ofendidos” agiriam então como sujeitos morais e livres, logo também como fins em si, dado que exerceriam a lei moral.

A ideia de que todo ser racional é um fim em si tem sua importância ressaltada por ser elemento de formulações do imperativo categórico, funcionando, assim, como um meio de se aferir a moralidade das condutas humanas. Note-se, a propósito, que existem diferentes exposições acerca do imperativo categórico referente ao ser humano como um fim em si. Cita-se, a título de exemplo, o imperativo categórico segundo o qual “age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro,

¹²² PASCAL, Georges. *O pensamento de Kant*, cit., p. 123.

¹²³ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, cit., p. 68.

¹²⁴ VANCOURT, Raymond. *Kant*, cit., p. 45.

¹²⁵ VANCOURT, Raymond. *Kant*, cit., p. 52-53.

¹²⁶ RAWLS, John. *História da filosofia moral*, cit., p. 212.

sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”.¹²⁷ Esta ideia de fim na formulação do imperativo categórico é interpretada negativamente, vale dizer, “como um fim contra o qual jamais devemos agir e, portanto, como algo que não deve jamais ser considerado meramente como meio”.¹²⁸ Limita-se, deste modo, a sujeição dos seres racionais ao puro arbítrio.¹²⁹

Afirma ainda John RAWLS, reescrevendo o imperativo categórico conforme sua interpretação, que “devemos sempre agir de modo que tratamos as faculdades que constituem nossa humanidade, tanto em nossa pessoa como nas pessoas dos outros, nunca somente como um meio, mas ao mesmo tempo como um fim: isto é, como faculdades cuja realização e exercício são bons em si mesmos e, no caso das faculdades morais de uma boa vontade, a única coisa absolutamente boa em si mesmo em todo o mundo”.¹³⁰ Aceitando-se os seres racionais como um fim em si, deve-se considerar igualmente que há o “dever amplo de promover nossa perfeição moral e o dever de não colocar obstáculos no caminho dos outros ao promoverem sua perfeição moral”.¹³¹

Vê-se, portanto, que tratar o ser racional como um fim em si significa, nos termos do imperativo categórico, usar a humanidade sempre como um fim, nunca apenas como um meio. A humanidade é entendida por KANT como as “faculdades e capacidades que nos caracterizam como pessoas razoáveis e racionais que pertencem ao mundo natural”. Deste modo, segundo a interpretação de John RAWLS, “termos humanidade significa tanto o fato de sermos *vernünftig* quanto de animarmos um corpo humano: pessoas razoáveis e situadas na natureza com outros animais”.¹³² Exercer a humanidade significa a realização das faculdades morais e também de capacidades naturais.¹³³ O fundamento de que a pessoa é um fim em si mesma é o fato de que “a natureza racional existe como fim em si”.¹³⁴

Importante sublinhar que, sendo o ser humano e sua humanidade um fim em si e fim último da natureza, privilegia-se o indivíduo, não a coletividade. É o indivíduo que é um fim em si, não sociedade ou mesmo a espécie. Uma vez que se versa sobre a

¹²⁷ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, cit., p. 69.

¹²⁸ RAWLS, John. *História da filosofia moral*, cit., p. 213.

¹²⁹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, cit., p. 68.

¹³⁰ RAWLS, John. *História da filosofia moral*, cit., p. 219.

¹³¹ RAWLS, John. *História da filosofia moral*, cit., p. 242.

¹³² RAWLS, John. *História da filosofia moral*, cit., p. 217.

¹³³ RAWLS, John. *História da filosofia moral*, cit., p. 218.

¹³⁴ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, cit., p. 69.

moralidade do sujeito, dotado de razão e liberdade, adentra-se no campo de sua vida pessoal e de suas intenções, sendo ele responsável por seu destino, independente da sociedade em que vive.¹³⁵

Não se pode deixar de lado o papel da autonomia da vontade neste contexto. O ser racional é um fim em si mesmo, pois apenas ele é sujeito da lei moral; esta qualidade do ser racional é alcançada em razão de sua autonomia e da liberdade. Afirma KANT que a vontade deve estar “restringida à condição de um acordo com a autonomia do ser racional”, de modo que os objetivos eleitos pela vontade sejam apenas aqueles que também poderiam ser aceitos pelos sujeitos passivos.¹³⁶ O ser humano é um fim em si, pois a lei a qual se submete provém de si mesmo.¹³⁷

Em outros termos, ao procurar dar cumprimento à lei moral, o sujeito objetiva ir além de si e do mundo sensível que o cerca. Nessa empreitada, o indivíduo tem em si mesmo sua própria destinação. Por isso, ao seguir a lei moral, conferida pela razão, o sujeito passa a existir como um fim em si mesmo.¹³⁸ Não por outro motivo, KANT erige a autonomia à fundamento da dignidade da pessoa humana e da natureza racional. Isto se explica, pois o cumprimento da lei moral – de autoria do próprio sujeito e imposta a si por si mesmo de modo autônomo – significa o reconhecimento de seu “valor íntimo”. Em outras palavras, ao se submeter à sua própria lei o sujeito entende-se como um fim em si mesmo.¹³⁹

1.4. Deveres morais dos sujeitos consigo mesmo: o suicídio

Na relação entre os sujeitos e os deveres, destacam-se as obrigações morais que estes sujeitos possuem consigo mesmo. KANT também se dedica a este problema, afigurando-se de especial interesse as suas reflexões acerca das ações dirigidas pelo indivíduo contra si mesmo, especialmente o problema moral do suicídio.

De início, o próprio KANT reconhece o caráter contraditório de um dever consigo mesmo. Todavia, ele refuta esta aparente contradição ao afirmar que o dever moral não se origina em nós, mas sim da razão prática. Com isso, novamente opera-se a

¹³⁵ VANCOURT, Raymond. *Kant*, cit., p. 52-53.

¹³⁶ KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*, cit., p. 125.

¹³⁷ VANCOURT, Raymond. *Kant*, cit., p. 36-37.

¹³⁸ PIMENTA, Pedro Paulo Garrido. *Reflexão e moral em Kant*, cit., p. 61.

¹³⁹ PIMENTA, Pedro Paulo Garrido. *Reflexão e moral em Kant*, cit., p. 70-71.

diferenciação do sujeito enquanto ser racional, por um lado, e como ser sensível, de outro. É o sujeito em seu aspecto racional e suprassensível capaz de impor obrigações a si mesmo e consigo mesmo, dirigindo-se ao seu ser sensível e respeitando a humanidade presente em sua própria pessoa.¹⁴⁰

Dentre os deveres do homem consigo mesmo enquanto “ser animal”, destaca-se o dever de autoconservação, do que decorre a proibição do suicídio e da amputação. O suicídio é uma violação ao dever moral, pois o indivíduo tem a obrigação de conservar sua própria vida em razão de sua qualidade de pessoa. Esta posição é defendida por KANT, dado que, com o suicídio, o sujeito não retira apenas sua existência no mundo sensível, mas também aniquila em si o sujeito da moralidade, entendido como ser racional. Em outras palavras, a existência do sujeito enquanto ser sensível é um pressuposto para a existência de seu ser suprassensível: não é possível que este exista sem aquele.¹⁴¹

Por sua vez, o aspecto suprassensível do sujeito tem o dever de conservar a existência do ser sensível. Ao extinguir o ser sensível por meio do suicídio e, por conseguinte, também o ser suprassensível, o sujeito torna-se simples meio e não confere à sua humanidade um fim em si.¹⁴²

Acrescenta KANT que o suicídio encerra uma necessária contradição: durante sua vida o sujeito se submete a deveres morais e, com a supressão voluntária de sua existência, ele deixa também de ser sujeito de tais deveres.¹⁴³ Em outras palavras, o indivíduo não tem o direito de voluntariamente excluir-se de seus deveres, pois isso é contrário ao próprio conceito de dever. O dever, por definição, não é uma faculdade. Admitir a suposta moralidade do suicídio seria então aceitar a inexistência de deveres morais, o que, no pensamento de KANT, seria impossível, tendo em vista que tais deveres se originam da própria razão e necessariamente impõem-se aos indivíduos, independentemente de sua vontade.

KANT também trata da amputação, qualificando-a como um suicídio parcial e tão moralmente reprovável quanto o suicídio, excetuando-se os casos em que ela se faz necessária para preservar a vida do sujeito.¹⁴⁴

¹⁴⁰ KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. Trad. Clélia Aparecida Martins. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 229-230.

¹⁴¹ KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*, cit., p. 234.

¹⁴² KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*, cit., p. 234.

¹⁴³ KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*, cit., p. 234.

¹⁴⁴ KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*, cit., p. 235.

É interessante notar que o problema do suicídio é abordado de modo diverso por KANT na “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”. Nessa obra, além de tratar o suicídio sob a ótica da humanidade como um fim em si,¹⁴⁵ KANT também aborda o tema por meio da impossibilidade de se universalizar a máxima que guia o sujeito a suicidar-se para evitar sofrimentos, porquanto os infortúnios prestam-se a suscitar a conservação da vida. Em outras palavras, assim como a fome demonstra a necessidade de energia e tem como consequência sua própria saciedade, o enfado da vida e a vontade suicida é também sensação de desprazer e que, por sua vez, tem igualmente como objetivo a superação do obstáculo e a continuidade da vida.¹⁴⁶ Deste modo, seria contraditório haver uma lei universal da natureza que determinasse o suicídio em tais casos de adversidade, quando, ao mesmo tempo, estas mesmas adversidades incitam a autoconservação da vida.¹⁴⁷

Percebe-se, todavia, que KANT tem dúvidas sobre a moralidade de certos atos relacionados ao suicídio. Além dos casos de suicídio para salvar a pátria ou a espécie humana, ou mesmo para antecipar a morte certa e evitar a contaminação de outros indivíduos por uma doença – cuja moralidade não é afirmada, nem negada pelo autor – chama a atenção as hipóteses em que a vida é simplesmente *colocada em risco*, sem que haja a vontade do sujeito em suicidar-se.¹⁴⁸

KANT trata especificamente do caso da permissão do sujeito de deixar-se inocular a varíola por um terceiro, com o objetivo final de conservar sua própria vida. Em outras palavras, trata o filósofo neste trecho de um caso de vacinação, e se questiona se haveria realmente uma ofensa ao dever moral de não se suicidar, ainda que o sujeito tenha eventualmente causado sua própria morte com tal ato. Na mesma passagem, há comparação de tal hipótese com a de um marinheiro que se expõe a uma tempestade, sendo que, na opinião de KANT, o caso da inoculação da varíola é mais intrigante, pois – diferentemente do marinheiro que não deu causa à tempestade – o indivíduo que padece pela varíola morre em razão de uma doença contraída por ele mesmo, ou seja, por um risco de morte causado por si mesmo. Ao fim, o autor não expõe seu julgamento sobre a moralidade de tais condutas.¹⁴⁹

¹⁴⁵ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, cit., p. 69-70.

¹⁴⁶ HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*, cit., p. 209-210.

¹⁴⁷ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, cit., p. 60.

¹⁴⁸ KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*, cit., p. 235.

¹⁴⁹ KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*, cit., p. 235-236.

Destaca-se, neste ponto, a interpretação de JOHN RAWLS acerca do suicídio no pensamento de KANT, mais precisamente, a de que o suicídio não seria moralmente reprovável em toda e qualquer circunstância. Para que o suicídio fosse considerado lícito do ponto de vista moral seria necessária a existência de um “título moral”, cujas origens não poderiam remontar às simples inclinações naturais. Um “título moral” estaria presente, por exemplo, em conflitos de obrigações, sendo preponderantes os motivos do suicídio. Deste modo, o suicídio seria moralmente lícito pela existência de “razões muito fortes baseadas em fins obrigatórios, que podem ser conflitantes em determinadas circunstâncias”.¹⁵⁰

1.5. Autonomia, arbítrio e liberdade nas ações imorais

Traçadas as devidas considerações sobre a moral em KANT, resta abordar a relação entre a autonomia da vontade e as ações contrárias ou indiferentes à moral. Em especial, pretende-se discutir a possibilidade, dentro do pensamento kantiano, de qualificar tais ações como autônomas ou livres.

Este problema se coloca, pois a Filosofia de KANT se caracteriza por uma relação muito próxima entre a ação moral, com fundamento na autonomia da vontade, e a razão. A vontade livre é determinada apenas pela forma da lei, sem concorrência de condições sensíveis ou da lei natural, sendo que somente a lei moral possui a capacidade de determinar esta mesma vontade livre.¹⁵¹ A ação é autônoma apenas se é *racional*, ou seja, se tem como motor uma vontade submetida exclusivamente à razão. Por outro lado, agir irracionalmente significa agir sem autonomia. Como a moral provém da razão, a ação imoral é também ação irracional. A estreita ligação entre razão, autonomia da vontade e moral impede a exclusão de qualquer uma delas, mantendo-se intactos, ao mesmo tempo, os demais elementos.¹⁵² Outrossim, a possibilidade do agir não-moral não deixa de ser um dos fundamentos da Filosofia Moral de KANT.¹⁵³

Apontam-se inconsistências e obscuridades nas ideias de KANT sobre a liberdade, devidas ao pioneirismo de sua abordagem do tema.¹⁵⁴ Sem ignorar que a vontade livre é

¹⁵⁰ RAWLS, John. *História da filosofia moral*, cit., p. 222-223.

¹⁵¹ DELEUZE, Gilles. *A filosofia crítica de Kant*, cit., p. 42.

¹⁵² SCHNEEWIND, Jerome B. Autonomia, obrigação e virtude, cit., p. 401.

¹⁵³ BECKENKAMP, Joãozinho. Kant e o problema do mal na Filosofia Moral. *Dissertatio*, n. 4, p. 126.

¹⁵⁴ PATON, H. J. *The Categorical Imperative: A study in Kant's Moral Philosophy*. Londres: Hutchinson's University Library, 1946, p. 207.

aquela que se submete à razão, entendida como lei moral, é preciso neste ponto traçar uma importante diferenciação. A vontade que se subjugua à lei moral não necessariamente é a vontade que obedece à lei moral. Em outras palavras, é possível que a vontade seja livre por se submeter à lei moral, ainda que ela descumpra esta lei moral. Mais propriamente, a submissão à lei moral reside no conhecimento dos mandamentos decorrentes do imperativo categórico, sendo que por este conhecimento pode-se afirmar a liberdade da vontade.¹⁵⁵ Como afirma J. BECKENKAMP, “a vontade humana é livre, porque está submetida à lei da razão prática, e não porque suas ações sejam causadas por essa lei”; com isso, a vontade humana pode determinar ações contrárias a razão, sem, no entanto, deixar e se submeter a ela.¹⁵⁶ Se a lei moral é objetiva e necessária, a determinação da vontade conforme esta lei é contingente e subjetiva.¹⁵⁷

Partindo da ideia que a liberdade da vontade repousa sobre o conhecimento da lei moral – não necessariamente em seu cumprimento – KANT abre caminho para a responsabilização moral do sujeito.¹⁵⁸

Com base nas considerações kantianas sobre a liberdade e a vontade, torna-se possível criar uma distinção entre *vontade (Wille)* e *arbitrio (Willkür)*, sendo que apenas o arbitrio seria realmente livre. A vontade passa a equivaler à própria razão prática pura e não pode ser entendida nem como livre, nem como não-livre.¹⁵⁹ Por outro lado, o arbitrio é a origem das máximas que guiam o sujeito, as quais podem ou não ser conformes a razão prática. Logo, apenas o arbitrio é livre.¹⁶⁰ Existe liberdade no arbitrio, pois o sujeito adota para si máximas, entendidas como regras de comportamento, tornando-as móbeis de sua ação. O modo espontâneo pelo qual o arbitrio aceita estas máximas é a marca da liberdade.¹⁶¹ Com isso, ações não autônomas – moralmente consideradas –, podem também ser consideradas ações livres, pois originam-se no arbitrio *livre*. Em outras palavras, as ações heterônomas podem ser também consideradas ações livres.

Estas considerações levam a um aprofundamento do conceito de heteronomia. Na medida em que ações contrárias ou mesmo indiferentes à moral são heterônomas, elas

¹⁵⁵ PATON, H. J. *The Categorical Imperative*, cit., p. 213.

¹⁵⁶ BECKENKAMP, Joãozinho. Kant e o problema do mal na Filosofia Moral, cit., p. 120.

¹⁵⁷ PIMENTA, Pedro Paulo Garrido. *Reflexão e moral em Kant*, cit., p. 53.

¹⁵⁸ PATON, H. J. *The Categorical Imperative*, cit., p. 213.

¹⁵⁹ PATON, H. J. *The Categorical Imperative*, cit., p. 213.

¹⁶⁰ PATON, H. J. *The Categorical Imperative*, cit., p. 213-214.

¹⁶¹ KANT, Immanuel. *A religião nos limites da simples razão*. Trad. Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 1992, p. 29-30.

não poderiam, a princípio, ser entendidas como livres. Isto tornaria, em um primeiro momento, impossível a responsabilização moral por ações heterônomas, porquanto não-livres.¹⁶²

No entanto, a heteronomia de KANT deve ser entendida de duas formas diversas. Em uma primeira abordagem, entende-se a heteronomia aplicada a objetos inanimados, submetidos à causalidade completa. Contudo, há também a heteronomia dos seres humanos, cujo arbítrio está sob a influência de móveis do mundo sensível, mas não sob exclusiva sujeição às causas naturais, como ocorre com os objetos inanimados. Esta diferença entre sujeição e influência tem por base a razão prática – ausente nos objetos inanimados e nos animais – que permite conferir ao arbítrio humano sua nota de liberdade, caracterizando-o como livre arbítrio.¹⁶³ Por sua vez, o fundamento para a adoção de máximas pelo arbítrio é o uso integral da liberdade.¹⁶⁴

Pode-se então afirmar que a razão prática atribui liberdade ao indivíduo, mesmo quando sua ação não tenha seguido os ditames morais. Há, portanto, racionalidade na escolha de máximas de conduta, mesmo que a máxima adotada não seja completamente moral. Existe liberdade nestas ações, pois as máximas que as guiam são acolhidas pela liberdade de escolha.¹⁶⁵ KANT aceita que a lei moral pode não ser adotada pelo arbítrio, que pode acolher como máxima um móbil contrário ou indiferente à lei moral.¹⁶⁶ O livre arbítrio se manifesta em ações a favor ou contra a lei.¹⁶⁷

Deste modo, alguém é livre quando é capaz seguir a lei moral, aptidão de todo ser racional. Apenas nas hipóteses em que não se pode reconhecer o dever não há responsabilidade moral.¹⁶⁸ Ser “mau” é conhecer a lei moral e, no entanto, não a acolher como máxima¹⁶⁹ e mesmo o pior dos seres humanos não renuncia à lei moral, mesmo que lhe negue obediência.¹⁷⁰ A liberdade de escolha seria a “capacidade de agir segundo a lei

¹⁶² HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*, cit., p. 219-220. Acrescenta Otfried Höffe, no que toca à racionalidade, que “não quem em última instância é determinado pelo poder dos instintos e paixões, dos sentimentos de simpatia e antipatia ou dos hábitos dominantes, nem quem procura constantemente os melhores meios para objetivos previamente dados, age de modo simplesmente racional” (HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*, cit., p. 220).

¹⁶³ PATON, H. J. *The Categorical Imperative*, cit., p. 214-215.

¹⁶⁴ KANT, Immanuel. *A religião nos limites da simples razão*, cit., p. 31.

¹⁶⁵ PATON, H. J. *The Categorical Imperative*, cit., p. 276.

¹⁶⁶ KANT, Immanuel. *A religião nos limites da simples razão*, cit., p. 30.

¹⁶⁷ KANT, Immanuel. *A religião nos limites da simples razão*, cit., p. 172.

¹⁶⁸ PATON, H. J. *The Categorical Imperative*, cit., p. 214.

¹⁶⁹ KANT, Immanuel. *A religião nos limites da simples razão*, cit., p. 38.

¹⁷⁰ KANT, Immanuel. *A religião nos limites da simples razão*, cit., p. 42.

moral”, independentemente de seu efetivo cumprimento.¹⁷¹ É justamente a partir desta faculdade de livre escolha que surgem as falhas morais dos indivíduos¹⁷² e, considerando este fundamento, os seres humanos são responsáveis pelos atos contrários à moral.¹⁷³ KANT trata de modo mais específico desta responsabilidade ao afirmar que as ações más dos sujeitos têm uma origem racional e, por isso, eles são livres quando utilizam o seu arbítrio.¹⁷⁴ Em outras palavras, dado que o caráter fundamental do ser humano “emerge de nossa faculdade de livre escolha, devemos entendê-lo como de nossa exclusiva responsabilidade”.¹⁷⁵

Entretanto, não se pode ignorar que a grande dificuldade da filosofia moral de KANT consiste justamente em situar a ação imoral em agentes racionais. A ação imoral do agente racional tende a pressupor a existência de uma irracionalidade no mundo inteligível. Em razão disto, o problema acerca da liberdade para agir não moralmente é uma discussão que o próprio KANT não esgotou.¹⁷⁶

1.6. Filosofia do Direito de Kant

Feitas as considerações sobre os aspectos morais da autonomia da vontade e da dignidade da pessoa humana, cabe analisar as implicações de tais conceitos na Filosofia do Direito de KANT, com o objetivo de traçar a linha divisória entre os seus aspectos morais e jurídicos, bem como as relações que estabelecem entre si.

Em termos semelhantes ao esforço empreendido na Filosofia Moral, o objetivo almejado por KANT em sua Filosofia do Direito é estabelecer os fundamentos do Direito e do Estado por meio de conceitos *a priori*. Isto se vê, por exemplo, na defesa do Estado de Direito, concebido com limitações fundamentais mesmo em período anterior Revolução Francesa.¹⁷⁷ Deste modo, pode-se afirmar que o Direito e o Estado, na visão kantiana, fundamentam-se na razão prática pura e, por isso, sua filosofia se aproxima do

¹⁷¹ RAWLS, John. *História da filosofia moral*, cit., p. 336-337. Adiante, afirma-se que “nossa faculdade de escolha pode não seguir essa ordem moral, mas sua Liberdade, como Kant a define, consiste em seu poder de o fazer” (RAWLS, John. *História da filosofia moral*, cit., p. 339.).

¹⁷² KANT, Immanuel. *A religião nos limites da simples razão*, cit., p. 29-30.

¹⁷³ RAWLS, John. *História da filosofia moral*, cit., p. 337.

¹⁷⁴ KANT, Immanuel. *A religião nos limites da simples razão*, cit., p. 46-47.

¹⁷⁵ RAWLS, John. *História da filosofia moral*, cit., p. 344..

¹⁷⁶ PATON, H. J. *The Categorical Imperative*, cit., p. 275-276.

¹⁷⁷ HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*, cit., p. 230-231. Vide, para uma análise da importância de KANT no Direito Penal: HRUSCHKA, Joachim. Kant, Feuerbach und die Grundlagen des Strafrechts. In: PAEFFGEN, Hans-Ullrich et al. (Orgs.). *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*. Berlin: Duncker & Humblot, 2011, p. 17-37.

direito natural enquanto direito racional crítico.¹⁷⁸ Todavia, o Direito natural kantiano não ignora o papel empírico do Direito e não pretende fundamentar normas jurídicas de conteúdo unívoco e válidas universalmente.¹⁷⁹

Na busca pelo fundamento *a priori* do Direito, KANT sustenta haver um princípio universal do direito, segundo o qual qualifica-se como justa e correta “toda ação que permite, ou cuja máxima permite, a liberdade do arbítrio de cada um coexistir com a liberdade de todos segundo uma lei universal”.¹⁸⁰ Por consequência, o injusto é a ação que impede a conduta em conformidade com o princípio universal do direito, ou, nas palavras de KANT, “se minha ação, ou em geral meu estado, pode coexistir com a liberdade de cada um segundo uma lei universal, então age injustamente comigo aquele que me impede disso, pois este impedimento não pode coexistir com a liberdade segundo leis universais”.¹⁸¹ Pode-se afirmar que o direito de um sujeito é um dever para os demais e, por outro lado, o direito dos outros é um dever para o sujeito.¹⁸² A partir destas considerações, KANT conceitua o direito como “o conjunto das condições sob as quais o arbítrio de um pode conciliar-se com o de outro segundo uma lei universal da liberdade”.¹⁸³

Arbítrio, neste contexto, é entendido como a faculdade de fazer ou deixar de fazer algo a bel-prazer, “ligada à consciência da capacidade de sua ação para a produção do objeto”. Caso desacompanhada de tal consciência, tal faculdade consubstancia-se em mero desejo. Diz-se que há livre arbítrio, se é regido pela razão prática. Todavia, o arbítrio humano, mesmo sendo afetado por estímulos externos, não é por eles determinado, não sendo, portanto, um arbítrio puro.¹⁸⁴

A ideia de coexistência e conciliação entre os arbítrios dos sujeitos consiste em condição *a priori* do Direito, isto é, o fundamento racional que permite a existência de uma comunidade de sujeitos que exercem de sua liberdade externa. Tal condição é necessária, pois o exercício da liberdade externa ilimitada, em uma perspectiva social,

¹⁷⁸ HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*, cit., p. 232.

¹⁷⁹ KAUFMANN, Arthur. Problemgeschichte der Rechtsphilosophie, In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried; NEUMANN, Ulfried (Org.). *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*. 8. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2011, p. 59.

¹⁸⁰ KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*, cit., p. 36.

¹⁸¹ KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*, cit., p. 36-37.

¹⁸² BECKENKAMP, Joãozinho. Introdução. In: KANT, Immanuel. *Princípios metafísicos da doutrina do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. XXXVII.

¹⁸³ KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*, cit., p. 36.

¹⁸⁴ KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*, cit., p. 19-20.

contradiz-se a si mesma e acarreta sua própria anulação. Portanto, a liberdade externa tem como condição *a priori* de existência de limites a si mesma. Este limite – ao mesmo tempo condição de existência – da liberdade externa é a concordância com a liberdade externa dos demais sujeitos. A concepção kantiana de Direito permite o exercício crítico da legitimidade das normas positivas, que podem ser colocados sob o crivo da compatibilidade das liberdades externas. Este critério equivale na Filosofia do Direito de KANT ao imperativo categórico da Filosofia Moral. Assim como o imperativo categórico impõe à vontade o cumprimento de certas máximas, a compatibilidade das liberdades externas obriga a uma legalidade universal.¹⁸⁵

Importa ressaltar um importante aspecto do pensamento kantiano. Segundo KANT, o Direito refere-se às relações externas entre os sujeitos, uma vez que a conduta de um pode influir na conduta de outro, em uma relação entre os arbítrios dos indivíduos, sendo indiferente o fim que cada um dos sujeitos persegue com suas ações ou omissões.¹⁸⁶ Os deveres jurídicos referem-se apenas à liberdade externa dos sujeitos, pois exigem somente a conformidade externa das condutas à norma, não importando seu móbil.¹⁸⁷ Deste modo, é relevante exclusivamente a ação livre, não a atitude que a baseia, excluindo-se do direito normas com base em disposições morais e, conseqüentemente, qualquer fiscalização de atitudes internas.¹⁸⁸

O conceito de licitude e ilicitude, por sua vez, também se liga à liberdade externa. Por conseguinte, a compatibilidade de uma ação com a liberdade externa dos demais sujeitos acarreta a licitude da ação e, ao contrário, a ilicitude se manifesta nas condutas que impedem a realização de ações permitidas juridicamente.¹⁸⁹ Em outros termos, a ação é conforme ao direito se puder coexistir universalmente com os arbítrios alheios.¹⁹⁰

A relevância da liberdade no pensamento jurídico de KANT demonstra-se a partir da afirmação de que ela é o único direito inato do indivíduo, entendido como independência do arbítrio coercitivo de outrem, e pertence a todos os sujeitos por sua própria humanidade. Da liberdade decorrem a igualdade inata, a qualidade do indivíduo como senhor de si e íntegro e a faculdade de fazer aos outros o que não lhes prejudica.¹⁹¹

¹⁸⁵ HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*, cit., p. 239-240.

¹⁸⁶ KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*, cit., p. 36.

¹⁸⁷ BECKENKAMP, Joãozinho. Introdução, cit., p. XLIII-XLIX.

¹⁸⁸ HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*, cit., p. 238.

¹⁸⁹ HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*, cit., p. 241-242.

¹⁹⁰ BECKENKAMP, Joãozinho. Introdução, cit., p. XXX.

¹⁹¹ KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*, cit., p. 43-44.

Este conceito jurídico de KANT possibilita a compreensão de direitos humanos, dado que a liberdade é juridicamente congênita ao indivíduo e compete a todos os sujeitos indistintamente, isto é, todos os sujeitos nascem com a liberdade externa.¹⁹² Ao mesmo tempo, o conceito moral de autonomia também fundamenta a noção de direitos humanos ao determinar um conteúdo mínimo e inafastável nas constituições dos Estados de Direito.¹⁹³

Como consequência da liberdade, o indivíduo é imputável. Note-se que o conceito de pessoa é, acima de tudo, jurídico, devendo ser entendida como pessoa o sujeito livre, autor de suas próprias ações e, por isso, capaz de imputação.¹⁹⁴ Com base na possibilidade de imputação, KANT delimita a diferença entre pessoas e coisas, uma vez que estas não são livres e, conseqüentemente, não imputáveis.¹⁹⁵ Esta importante caracterização do sujeito reflete-se em toda a estrutura do pensamento jurídico kantiano, uma vez que o Direito não visa construir uma comunidade de sujeitos solidários, mas sim uma comunidade de sujeitos livres e responsáveis, sem qualquer dever jurídico de beneficência entre si.¹⁹⁶

A liberdade externa como objeto de regulação do direito exerce, além disso, a função de diferenciar os deveres jurídicos e os deveres morais. O Direito, ao adotar como fundamento *a priori* a compatibilidade das liberdades externas, opõe-se tanto ao rigoroso positivismo quanto à moralização do direito.¹⁹⁷ Em verdade, as relações jurídicas legitimam-se porquanto se ligam a princípios suprapositivos. Estes mesmos princípios afastam a moralização tendencialmente totalitária do Direito, uma vez que eles não permitem ao Estado promover a moralidade, entendida como virtude, dos cidadãos.¹⁹⁸ Por outro lado, esta fundamentação do Direito e do Estado implica em um conteúdo mínimo ético que não pode ser deixado de lado.¹⁹⁹

O direito se diferencia da moral em relação aos seus conteúdos e aos móveis do sujeito. É importante não confundir também os deveres morais com os deveres jurídicos. Os deveres ligados ao Direito apenas podem assim ser qualificados, caso sua transgressão torne *a priori* impossível a coexistência da liberdade externa dos sujeitos, sendo de todo

¹⁹² HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*, cit., p. 242.

¹⁹³ KAUFMANN, Arthur. *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie*, cit., p. 61.

¹⁹⁴ HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*, cit., p. 236.

¹⁹⁵ KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*, cit., p. 29-30.

¹⁹⁶ HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*, cit., p. 236-237.

¹⁹⁷ HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*, cit., p. 240.

¹⁹⁸ HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*, cit., p. 235.

¹⁹⁹ KAUFMANN, Arthur. *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie*, cit., p. 60.

indiferente o motivo perseguido ao cumprir a obrigação jurídica, em oposição ao que ocorre com os deveres morais.²⁰⁰ À medida que as normas jurídicas se referem exclusivamente às ações externas e requerem apenas sua conformidade a elas, gera-se uma relação de legalidade e não de moralidade, como afirma KANT.²⁰¹

Diz-se, portanto, que os deveres morais têm como móbil o próprio dever, enquanto os deveres jurídicos permitem que os sujeitos tenham qualquer móbil a determinar seu arbítrio em conformidade com a obrigação, que não a própria lei.²⁰² Isto justifica-se na medida em que o objetivo do direito não é ensinar a virtude, mas somente mostrar o correto; por isso, o móbil da ação pode não ser próprio dever.²⁰³

Por outro lado, os deveres morais não podem ser externos, pois lhes importa apenas o aspecto interno, ou seja, que o móbil da ação seja o próprio dever.²⁰⁴ Em outras palavras, os deveres morais não podem tomar a forma de uma legislação externa, dado que objetivam um certo fim, que é o próprio dever, e nenhum dever externo é apto a impor um fim a alguém, pois é ato interno do sujeito. Os deveres externos podem apenas determinar ações externas, ainda que o fim internamente escolhido pelo sujeito seja outro que não o cumprimento do próprio dever.²⁰⁵ Em razão disso, os deveres jurídicos são objetos da legislação e podem ser impostos aos outros por meio de sanções ou prêmios, pois indiferentes os motivos que animam o sujeito a seu cumprimento. Por sua vez, aos deveres morais é impossível sua imposição externa, ou seja, apenas o próprio indivíduo é que pode se impor estes deveres.²⁰⁶ Constituem deveres exclusivamente morais, sem aspectos jurídicos, por exemplo, aqueles ligados apenas ao aperfeiçoamento de si mesmo, além de deveres voltados aos demais sujeitos, cujo conteúdo refere-se à beneficência, à gratidão e à compaixão.²⁰⁷

A diferença entre os deveres jurídicos e morais no que diz respeito ao conteúdo do móbil da ação implica em outro traço caracterizador do direito: a faculdade de coação ou sanção. Como afirma RAWLS, um dos mais importantes elementos distintivos entre a moralidade e a legalidade é a sanção. Diferentemente da legalidade, a lei moral não

²⁰⁰ HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*, cit., p. 240.

²⁰¹ KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*, cit., p. 20.

²⁰² KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*, cit., p. 25.

²⁰³ KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*, cit., p. 37.

²⁰⁴ KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*, cit., p. 25-26.

²⁰⁵ KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*, cit., p. 45.

²⁰⁶ RAWLS, John. *História da filosofia moral*, cit., p. 215.

²⁰⁷ HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*, cit., p. 240.

necessita de sanção, dado que o sujeito age em sua conformidade por simples interesse prático puro.²⁰⁸ Por outro lado, enquanto a ação moral tem como móbil a própria lei, o dever jurídico pode ter como móbil uma coação externamente determinada.²⁰⁹ Deste modo, reforça-se o caráter externo do Direito, que se percebe igualmente nas sanções pelo descumprimento dos deveres jurídicos, pois são também coações externas, não internas.²¹⁰

Na medida em que se liga à ilicitude, a coação passa a ser elemento *a priori* que assegura a convivência das liberdades externas, agregando-se de modo essencial ao próprio conceito de direito.²¹¹ A coação, neste sentido, é entendida como o “impedimento de um obstáculo da liberdade”.²¹²

Cumprir destacar, todavia, que a existência da faculdade de coação não significa que qualquer meio coercitivo é lícito. Ao contrário, apenas é legítima a coação que impede o ato injusto e, ultrapassando esse limite, torna-se ela mesma uma injustiça.²¹³ Deste modo, a coação justa é a ação contrária ao exercício do arbítrio alheio que se compatibiliza com os demais.²¹⁴

No que toca especificamente ao Direito Penal, a doutrina de KANT não encontra a mesma aceitação se comparada à sua Filosofia do Direito. Não se ignora que o conceito de direito de KANT impõe que se reconheça a importância do próprio Direito para a determinação do injusto, baseado em concepções contratualistas da sociedade, ainda que isto não represente qualquer limitação específica ao Direito Penal.²¹⁵ Entretanto, as ideias penais de KANT permanecem em debate pelo seu aspecto negativo, notadamente pela defesa de duras punições a criminosos sexuais e a homicidas, baseada em ideais retributivistas.²¹⁶ KANT dedica-se especialmente ao tema da sanção penal, defendendo a pena de caráter retributivo e rejeitando demais funções da pena, especialmente as suas finalidades preventivas, sob o argumento que somente a pena retributiva trata o sujeito

²⁰⁸ RAWLS, John. *História da filosofia moral*, cit., p. 238.

²⁰⁹ BECKENKAMP, Joãozinho. Introdução, cit., p. XIX-XX.

²¹⁰ BECKENKAMP, Joãozinho. Introdução, cit., p. XLIV-XLV.

²¹¹ HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*, cit., p. 241.

²¹² KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*, cit., p. 37.

²¹³ HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*, cit., p. 242.

²¹⁴ BECKENKAMP, Joãozinho. Introdução, cit., p. XLIX.

²¹⁵ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 90-91.

²¹⁶ HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*, cit., p. 262.

como um fim em si. Já a pena de caráter preventivo o desqualifica enquanto pessoa, tornando-o simples coisa por ser um simples meio para outro fim.²¹⁷

A pena para KANT não depende de qualquer fim empírico, pois o Direito Penal é uma decorrência do imperativo categórico que, por si, não se liga a qualquer fim senão si mesmo. Isto não significa que KANT negue que a pena possa ter fins preventivos, porém estes efeitos seriam laterais. Porém, somente a retribuição pura ofereceria uma legitimação à pena e essa é a preocupação de KANT. Consequentemente, KANT é um defensor da pena de morte e a rejeição de suas ideias penais atualmente em muito se deve a tais posicionamentos. Contudo, é necessário pontuar que o núcleo de seu pensamento consiste na lei racional segundo a qual um grave crime recebe uma grave pena, o que não implica necessariamente a imposição da pena de morte a um homicida. A defesa emocional que KANT faz à pena de morte deve-se, sobretudo, ao fato de que tal sanção era amplamente aceita à época. Em termos históricos, são recentes os argumentos contrários à sanção capital.²¹⁸

Tais ressalvas não impedem, todavia, que se extraiam importantes ideias para o Direito Penal a partir de outros campos da doutrina de KANT, notadamente de seu pensamento sobre dos fundamentos e fins do Estado.

Neste ponto, é de se destacar a expressa rejeição de KANT a concepções paternalistas de Estado. O Estado de Direito kantiano tem como bem maior não a felicidade, mas sim o próprio Direito, entendido como comunidade racional de liberdade externa.²¹⁹ Portanto, um Estado saudável resulta de sua manutenção segundo leis de liberdade, sendo seu objetivo a concordância entre a constituição e os princípios jurídicos.²²⁰ Deste modo, o que atualmente conhecemos como Estado social e de bem-estar não se caracteriza por ser necessariamente justo politicamente e jamais pode se sobrepor ao Estado de Direito.²²¹

Uma vez que não é lícito erigir como fim do direito a promoção do bem-estar dos indivíduos, não deve o Estado impor certos ideais de felicidade aos cidadãos, tratando-os como crianças.²²² O direito relaciona-se exclusivamente com a liberdade externa dos

²¹⁷ KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*, cit., p. 137-138.

²¹⁸ VORMBAUM, Thomas. *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*. 2ª ed. Heidelberg: Springer, 2011, pp. 40-42.

²¹⁹ HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*, cit., p. 255.

²²⁰ KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*, cit., p. 124.

²²¹ HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*, cit., p. 237.

²²² HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*, cit., p. 236-237.

sujeitos. Por sua vez, o fim interno de cada um – como a procura pela felicidade – ou os meios de alcançá-los não pode ser conteúdo do dever jurídico.²²³

KANT erige como princípio *a priori* do Estado civil a liberdade de cada membro, decorrente de sua simples condição humana. Desta *liberdade* depreende-se a impossibilidade de impor-se certa maneira de ser feliz ao sujeito, pois cada um pode almejar sua felicidade do modo que mais lhe parecer conveniente, respeitando-se as liberdades dos demais sujeitos.²²⁴ Em razão da liberdade humana, especialmente quanto ao modo de buscar a felicidade pessoal, não compete ao Estado imiscuir-se nesse plano. KANT qualifica como despótico o Estado que trata seus cidadãos como crianças que não podem afirmar o que lhes é útil ou prejudicial e aguardam passivamente do Estado determinações acerca do modo como devem ser felizes.²²⁵ Pode-se afirmar, portanto, que ao se colocar contra o Estado paternalista, KANT limita o fim do Estado apenas ao necessário à convivência dos cidadãos, sendo que a procura pela felicidade é tarefa individual de cada um.²²⁶

Feitas essas considerações, parte-se para a análise dos seus reflexos jurídicos no que diz respeito às condutas dos sujeitos contra si mesmos, notadamente o suicídio. O Direito se limita a criar condições para a compatibilidade das liberdades externas, sendo possível deduzir-se que o ato de disposição de bens do próprio sujeito não é questão a ser regulada por normas jurídicas.²²⁷ Ao contrário da moral, o Direito deixa de se preocupar com o móbil da ação do sujeito e sua moralidade. Por conseguinte, os deveres morais que se dirigem apenas ao próprio sujeito não podem se tornar deveres jurídicos. Justamente por isso, KANT expressamente qualificou como contrário à moral a conduta do suicida, mas, ao mesmo tempo se opôs à instituição da conservação da própria vida como um dever jurídico.²²⁸

Importa ressaltar que as consequências do posicionamento de KANT sobre as condutas de autodisposição no âmbito do Direito Penal não foram por ele tratadas de

²²³ KANT, Immanuel. *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*. Disponível em: <https://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/kant/aa08/Inhalt8.html>. Acesso: 09/01/2018, p. 289.

²²⁴ KANT, Immanuel. *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, cit., p. 290.

²²⁵ KANT, Immanuel. *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, cit., p. 290-291.

²²⁶ MURMANN, Uwe. *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, cit., p. 60.

²²⁷ MURMANN, Uwe. *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, cit., p. 60.

²²⁸ HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*, cit., p. 240.

modo profundo, mas seu pensamento encontrou reflexos posteriormente em importantes autores.²²⁹ Por exemplo, as ideias jurídicas de KANT, notadamente aquelas ligadas aos fins do Estado, tornaram-se o substrato para a concepção de desenvolvida FEUERBACH acerca da lesão de direitos subjetivos.²³⁰ FEUERBACH defendeu de modo abrangente as consequências do consentimento do ofendido, que afasta o caráter penalmente ilícito das condutas mesmo em crimes contra a vida.²³¹ Posteriormente, FEUERBACH passou a adotar uma compreensão mais restritiva de consentimento, afastando sua possibilidade nos crimes contra a vida, com especial influência sobre no *Bayerisches Strafgesetzbuch* de 1813 e sua previsão sobre o consentimento no art. 123.²³²

A partir dos argumentos aqui expostos, é possível concluir pelo distanciamento entre a reprovação moral do suicídio – e uma incerta reprovação moral da colocação em risco – e a compreensão jurídica do tema, exemplo máximo de ação contra si mesmo. O pensamento de KANT acerca dos fins do Estado, em especial sua contraposição ao Estado paternalista, permite concluir que não cabe ao Direito, enquanto regulador das liberdades externas em caráter exclusivo, criar deveres jurídicos de manutenção da própria vida. Tal dever moral não pode ser imposto como dever jurídico, dado que ao Direito não é permitido atuar sobre os fins eleitos pelo sujeito, mas apenas sobre as ações externas. Nestes termos, o Direito não pode pretender que os cidadãos sejam virtuosos, mas tão somente que respeitem a liberdade externa alheia. Se a ação voltada contra si mesmo é compatível com a liberdade externa dos demais indivíduos, ela não pode ser qualificada como ilícita.

É certo que KANT não se ocupou do ato do sujeito que voluntariamente se coloca em risco de um ponto de vista jurídico, tampouco das pessoas se inserem no cenário de risco ao sujeito. Sabe-se, por outro lado, que a problemática foi enfrentada no campo *moral*, sem que respostas definitivas fossem dadas.²³³ A despeito disso, acredita-se que uma aproximação do problema pode ser empreendida a partir do princípio da coexistência das liberdades externas. O comportamento só é entendido como ilícito se não respeita as demais liberdades externas. A partir desta premissa, as questões a serem respondidas consistem em saber se o ato de colocar-se em risco seria algo incompatível com a

²²⁹ MURMANN, Uwe. *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, cit., p. 61.

²³⁰ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*, cit., p. 89.

²³¹ FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*. 1ª ed. Giessen: Heyer, 1801, pp. § 40 e § 245.

²³² MURMANN, Uwe. *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, cit., p. 66.

²³³ KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*, cit., p. 235-236.

liberdade externa alheia ou mesmo se colocar outrem em risco, conforme sua própria vontade, representaria ofensa à liberdade externa daquele mesmo sujeito. Essas perguntas não encontram respostas no trabalho de KANT e, igualmente, não serão aqui respondidas neste momento.

De qualquer modo, impõe-se ressaltar que conceitos morais de KANT – como a dignidade da pessoa humana e a autonomia da vontade – não podem ser transpostos ao Direito sem as necessárias ressalvas, especialmente porque o próprio KANT deles não tratou em sua Filosofia do Direito com a mesma importância que dedicou na Filosofia Moral. Se conceitos morais de KANT são transpostos ao Direito atualmente, eles devem ser interpretados não sob a ótica moral, mas sim sob o viés eminentemente jurídico, porquanto o próprio KANT se opôs à moralização do Direito.

O objetivo final desta exposição sobre o pensamento kantiano é, ao fim, evitar com que juízos morais assumam indevidamente as vestes de afirmações jurídicas, subvertendo os fins do próprio Estado enquanto mero garantidor da convivência das liberdades externas. Portanto, se conceitos morais, como a dignidade da pessoa humana, tornam imorais as ações contra si, é possível que este mesmo conceito, juridicamente interpretado, ofereça uma solução jurídica diversa à mesma conduta. Portanto, deve-se ter sempre em mente que os conceitos morais de KANT, se adotados pelo Direito, devem ser submetidos a uma interpretação jurídica, como uma consequência dos próprios fins do Estado e do fundamento legitimador do Direito, ambos convergentes no respeito das liberdades externas. Esta conclusão, por sua vez, pode refletir diretamente em possíveis regulações jurídicas de matérias que tocam em importantes questões morais, tais como os atos de disposição e periclitacão da vida.

SEGUNDO CAPÍTULO – A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

2.1. Aspectos gerais

Realizado o estudo da autonomia e da dignidade da pessoa humana no campo filosófico, com a determinação do seu conteúdo moral, parte-se para sua análise sob a ótica do Direito vigente. Embora não se negligencie a complexidade do assunto, procura-se aqui tão somente delinear os traços fundamentais do conceito, extraindo-se os elementos necessários para relacioná-lo posteriormente o problema jurídico-penal da colocação voluntária do ofendido em risco.

Inicialmente, a par do longo histórico no campo da religião e da filosofia, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana enquanto conceito jurídico é historicamente recente. A primeira menção jurídica ao termo se deu em 1848, mais precisamente, no preâmbulo do Decreto francês que aboliu a escravidão naquele país. Também a Constituição do México de 1917 e a Constituição alemã de 1919 fazem referência à dignidade. No Brasil, o art. 115 da Constituição de 1934 previu, pela primeira vez, a ideia ao fazer referência à “existência digna”. Contudo, a Segunda Guerra Mundial, com seus desdobramentos, consubstanciou o passo decisivo para a consolidação de um novo *status* jurídico à dignidade de pessoa humana. Ela cunha o alcance, abrangência, características e reflexos em nossas ideias acerca da relação entre Estado e indivíduo.

A positivação da dignidade da pessoa humana, por sua vez, tem como objetivo responder às barbáries cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, reconstruindo os Estados e a comunidade internacional a partir de bases humanitárias.²³⁴ Além disso, acrescenta-se que a positivação da dignidade da pessoa humana, após longo período de violações estatais, passa também a significar uma quebra com certo otimismo liberal anteriormente vigente acerca da figura do Estado e sua relação com os cidadãos.²³⁵

Portanto, procurou-se a reaproximação do Direito aos valores éticos no período pós-guerra, notadamente por meio da utilização dos princípios. Com este fim específico,

²³⁴ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 53. Igualmente, para uma análise da dignidade da pessoa humana: COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade da pessoa humana: teorias da prevenção geral positiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 21 e ss.

²³⁵ DÜRIG, Günter. Der Grundsatz von der Menschenwürde: Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes. In: BRUDERMÜLLER, Gerd; SEELMANN, Kurt (Org.). *Menschenwürde: Begründung, Konturen, Geschichte*. Würzburg: Königshausen & Neumann, 2012, p. 174.

a dignidade da pessoa humana passou ser prevista nos ordenamentos jurídicos, pensando-se especialmente no significado kantiano do conceito ao eleger o a pessoa como fim em si mesma e com valor absoluto.²³⁶ Deste modo, a positivação da dignidade da pessoa humana, como consequência da superação dos regimes totalitários e com o objetivo de evitar sua repetição, proclama a personalidade humana como centro e mais alto valor constitucional.²³⁷

Promove-se, assim, uma ligação jurídica entre dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais nas constituições editadas após a Segunda Guerra Mundial.²³⁸ Afinal, é a partir deste momento que a dignidade da pessoa humana, enquanto conceito jurídico, inicia uma nova fase, fazendo-se presente documentos internacionais e constituições,²³⁹ e deixando de ser apenas um valor moral para se tornar um valor jurídico, bem como um mandamento jurídico-positivo.²⁴⁰ Note-se que a dignidade não é norma programática ou um simples preâmbulo constitucional, mas sim verdadeira norma jurídica que vincula todo o Estado.²⁴¹

Este processo histórico pode ser observado especialmente no caso alemão. Passada a aterradora experiência do nacional-socialismo, a nova ordem constitucional deste país adotou a valorização do indivíduo como seu principal traço distintivo, tornando a dignidade da pessoa humana o fundamento de toda a comunidade, conforme se extrai dos art. 1º I e art. 2º da Lei Fundamental de 1949.²⁴² No âmbito internacional, de igual modo, a consagração da dignidade humana se deu com a Declaração Universal dos Direitos Organização das Nações Unidas, de 1948.²⁴³

²³⁶ PIOVESAN, Flávia. Dignidade humana e a proteção dos direitos sociais nos planos global, regional e local. In: MIRANDA, Jorge; Silva, Marco Antonio Marques da (Org.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 403-404.

²³⁷ DREIER, Horst. Die Bedeutung und systematische Stellung der Menschenwürde im deutschen Grundgesetz. In: SEELMANN, Kurt (Org.). *Menschenwürde als Rechtsbegriff*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2004, p. 35.

²³⁸ MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais, cit., p. 168.

²³⁹ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, cit., p. 53.

²⁴⁰ DÜRIG, Günter. Der Grundsatz von der Menschenwürde, cit., p. 173.

²⁴¹ DREIER, Horst. Die Bedeutung und systematische Stellung der Menschenwürde im deutschen Grundgesetz, cit., p. 33.

²⁴² MURMANN, Uwe. *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, cit., p. 144.

²⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 74.

Para compreender a dignidade da pessoa humana, todavia, não se pode deixar de lado as suas vertentes histórica e filosófica, em especial, a sua origem jusnaturalista.²⁴⁴ Pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana se mostra como um metaprincípio absoluto, que não se curva a demais princípios e interesses, mas apenas permite sua ponderação frente a dignidade das demais pessoas.²⁴⁵ Deste modo, a dignidade humana qualifica-se como o princípio constitucional superior de todo o direito objetivo, a ser realizado em favor do sujeito.²⁴⁶

No caso do ordenamento brasileiro, a Constituição de 1988 parte de uma premissa antropológica humanista.²⁴⁷ Com efeito, ela é a primeira Constituição brasileira a criar título próprio aos princípios fundamentais, localizados antes mesmo dos direitos fundamentais, sendo que tal escolha representa uma clara reação ao período ditatorial anterior, tal como ocorrido na Alemanha, Espanha e Portugal. Em razão de tal escolha topográfica, tem-se que as demais normas devem ser interpretadas em conformidade com os princípios fundamentais²⁴⁸ e não o contrário. Ao prever a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, e não como mero direito fundamental, o legislador constituinte brasileiro alinha-se aos demais ordenamentos estrangeiros.²⁴⁹ Tal como na Lei Fundamental alemã, a dignidade da pessoa humana se eleva a um patamar de máxima estatura, com finalidades não meramente retóricas.²⁵⁰ Logo, independentemente do conceito que se adote de dignidade da pessoa humana, sua posituação tem como objetivo oferecer os parâmetros para avaliar o Estado e o Direito, permitindo-se que a qualquer tempo se identifique, critique e evite injustiças do sistema.²⁵¹ Pela previsão da dignidade da pessoa humana, todo o ordenamento jurídico deve se conformar a fim de não aceitar ofensas ao princípio.²⁵² Por força disto, enquanto princípio a dignidade da pessoa humana

²⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, cit., p. 78.

²⁴⁵ MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; Silva, Marco Antonio Marques da (Org.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 170.

²⁴⁶ DÜRIG, Günter. *Der Grundsatz von der Menschenwürde*, cit., p. 175.

²⁴⁷ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, cit., p. 70.

²⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, cit., p. 73.

²⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, cit., p. 79-80.

²⁵⁰ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, cit., p. 56.

²⁵¹ TIEDEMANN, Paul. *Menschenwürde als Rechtsbegriff: Eine philosophische Klärung*. 3ª ed. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2012, p. 77.

²⁵² DÜRIG, Günter. *Der Grundsatz von der Menschenwürde*, cit., p. 178.

é um mandado de otimização,²⁵³ porém se manifesta igualmente como regra, da qual podem decorrer direitos subjetivos aos indivíduos.²⁵⁴

Enquanto fundamento jurídico, a dignidade humana proporciona legitimidade e fundamento moral ao Estado e ao Direito, na medida em que faz da pessoa sua razão de existência.²⁵⁵ A dignidade da pessoa humana torna-se central nos debates jurídicos, ao ser alçada a valor fundamental da ordem constitucional do Estado Democrático de Direito.²⁵⁶ Ela é o princípio constitutivo de toda a ordem jurídica²⁵⁷ e, por isso, é também norma jurídica eficaz, com valor jurídico fundamental.²⁵⁸ Afirma-se, por isso, que a dignidade da pessoa humana vai além da posição de fundamento da ordem jurídica e também passa a ser a base da própria comunidade política como um todo.²⁵⁹ Logo, a constitucionalização da dignidade humana além de proporcionar ao Estado seu fundamento confere ao Direito parâmetros metajurídicos pelos quais suas normas podem apreciadas.²⁶⁰

Por outro lado, a ocorrência de violações à dignidade humana em si não retira a legitimidade do ordenamento jurídico. Não é a ausência absoluta de infrações ao princípio que torna o sistema jurídico legítimo. Ao contrário, parte-se do pressuposto de que não existe sistema jurídico perfeito a evitar por completo ofensas à dignidade humana. Para mostrar-se legítimo, basta que o ordenamento jurídico seja capaz de sistematicamente reestabelecer relações em conformidade com a dignidade humana, caso ela não seja suficientemente respeitada.²⁶¹

Além disso, destaca-se a especial relação entre dignidade humana e a democracia, pois o funcionamento estável da democracia depende do respeito à dignidade humana e dos direitos fundamentais. Note-se que tais valores não decorrem da democracia, mas são, na verdade, anteriores a ela e, portanto, sua condição de existência. De fato, dado que a dignidade humana logicamente antecede a democracia – não o contrário – mesmo em

²⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, cit., p. 84-85.

²⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, cit., p. 81.

²⁵⁵ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, cit., p. 78.

²⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, cit., p. 47.

²⁵⁷ TIEDEMANN, Paul. *Menschenwürde als Rechtsbegriff*, cit., p. 544.

²⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, cit., p. 82.

²⁵⁹ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, cit., p. 77.

²⁶⁰ TIEDEMANN, Paul. *Menschenwürde als Rechtsbegriff*, cit., p. 74.

²⁶¹ TIEDEMANN, Paul. *Menschenwürde als Rechtsbegriff*, cit., p. 548.

quadros não democráticos e autoritários de exercício do poder, não se admite a violação à dignidade humana. Contudo, para efetivar-se a dignidade humana, os instrumentos oferecidos pelo Estado de Direito mostram-se, por óbvio, os mais adequados, especialmente por meio da prevenção e repressão às violações de direitos fundamentais.²⁶²

Sem deixar de lado a relevância da previsão constitucional, importa, todavia, ressaltar que a dignidade da pessoa humana precede sua positivação pelo Direito. Por meio da sua positivação, confere-se legitimidade ao ordenamento jurídico e ao Estado, não o contrário.²⁶³ Contudo, a dignidade humana é princípio que tem origem no direito natural, precedendo ao Estado, em posição suprapositiva, passando, por isso, a vincular o próprio constituinte originário.²⁶⁴ Assim, ela é norma válida, ainda que não esteja prevista na Constituição, dado seu caráter jusnaturalista.²⁶⁵ É possível ir além, defendendo-se que a dignidade humana pertence ao próprio conceito de Direito. Ainda que a Constituição não se refira expressamente a ela, independentemente de tal previsão o Estado não deve violá-la. Logo, não se poderia qualificar como jurídico o ordenamento que conferisse, por exemplo, um suposto direito ao desrespeito da dignidade humana.²⁶⁶

Por outro lado, a positivação da dignidade humana na Constituição não se contrapõe à sua origem no direito natural, mas apenas a reforça sua publicidade, seu reconhecimento e sua eficácia, ao ter também um fundamento de validade explícito na Constituição.²⁶⁷ Como afirmado, a dignidade humana é intrínseca a todos os indivíduos e tem caráter ontológico, não contingente, pertencendo indistintamente a todos pelo simples fato de serem pessoas e em hipótese alguma perde-se este atributo, mesmo se ele for violado pelo Estado.²⁶⁸ Todavia, a ausência de previsão expressa acerca dignidade humana na Constituição traz consigo o risco de ver diminuídas as possibilidades de reação e prevenção a violações da dignidade humana. Em casos extremos, a não positivação da dignidade humana pode mesmo impedir que certos atos sejam corretamente entendidos como ofensas a ela, bem como que sejam identificadas as crises do sistema jurídico. Deste

²⁶² TIEDEMANN, Paul. *Menschenwürde als Rechtsbegriff*, cit., p. 584-587.

²⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, cit., p. 96.

²⁶⁴ NIPPERDY, Carl Hans. Die Würde des Menschen. In: BRUDERMÜLLER, Gerd; SEELMANN, Kurt (Org.). *Menschenwürde: Begründung, Konturen, Geschichte*. Würzburg: Königshausen & Neumann, 2012, p. 190.

²⁶⁵ NIPPERDY, Carl Hans. Die Würde des Menschen, cit., p. 195.

²⁶⁶ TIEDEMANN, Paul. *Menschenwürde als Rechtsbegriff*, cit., p. 548-549.

²⁶⁷ NIPPERDY, Carl Hans. Die Würde des Menschen, cit., p. 196.

²⁶⁸ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, cit., p. 104.

modo, a previsão expressa da dignidade humana, embora não seja condição necessária para sua validade no ordenamento, certamente proporciona maior estabilidade a todo o sistema.²⁶⁹

O posicionamento da dignidade da pessoa humana como um princípio anterior ao direito positivo sublinha sua validade incondicional. Deste modo, ela se torna rígida, não sendo possível a sua relativização, tal como ocorre com os demais direitos fundamentais, sob pena de erodir a própria dignidade da pessoa humana, ainda que por meio de uma bem intencionada ponderação.²⁷⁰ Assim, o dever de proteção da dignidade humana por parte do Estado representa uma pretensão absoluta do indivíduo contra qualquer possível ofensor.²⁷¹ Este caráter absoluto da proteção ao referido metaprincípio determina que qualquer desrespeito signifique uma violação à Constituição, não se aplicando em relação a ele o juízo ponderação utilizado para atestar-se possíveis ofensas aos direitos fundamentais.²⁷²

Acrescenta-se ainda que a dignidade da pessoa humana se manifesta também por seu papel hermenêutico, orientando a interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais e permitindo, assim, uma nova leitura de regras e institutos de todas as áreas do Direito.²⁷³ A dignidade da pessoa humana presta-se como parâmetro para a aplicação, interpretação e integração de direitos fundamentais e de todo o ordenamento jurídico, como critério material de interpretação sistemática,²⁷⁴ estabelecendo-se concretamente a superioridade do sujeito na interpretação de todas as normas do ordenamento, independentemente de sua natureza.²⁷⁵ Além disso, enquanto critério interpretativo, a dignidade humana oferece meios para a ponderação entre normas constitucionais conflitantes, ao atribuir prevalência aos bens jurídicos mais importantes para a promoção da dignidade da pessoa em detrimento dos demais interesses. Igualmente, a dignidade humana presta-se a determinar limitações a direitos fundamentais. Assim, é possível falar em uma eficácia horizontal da dignidade humana,

²⁶⁹ TIEDEMANN, Paul. *Menschenwürde als Rechtsbegriff*, cit., p. 549.

²⁷⁰ LUF, Gerhard. Der Grund für den Schutz der Menschenwürde: konsequentialistisch oder deontologisch. In: BRUDERMÜLLER, Gerd; SEELMANN, Kurt (Org.). *Menschenwürde: Begründung, Konturen, Geschichte*. Würzburg: Königshausen & Neumann, 2012, pp. 52-53.

²⁷¹ DÜRIG, Günter. Der Grundsatz von der Menschenwürde, cit., p. 174.

²⁷² DREIER, Horst. Die Bedeutung und systematische Stellung der Menschenwürde im deutschen Grundgesetz, cit., p. 34.

²⁷³ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, cit., p. 80.

²⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, cit., p. 103.

²⁷⁵ NIPPERDY, Carl Hans. Die Würde des Menschen, cit., p. 211.

que consiste justamente na imposição do dever aos indivíduos de não lesar a dignidade humana dos demais, franqueando-se ao Estado a restrição de direitos fundamentais daqueles que atentam contra a dignidade de outrem, sempre com o fim último de protegê-la.²⁷⁶

Ainda no campo hermenêutico, é de se ressaltar que a dignidade humana proporciona a inclusão de argumentos filosóficos e morais no Direito, impondo padrões mínimos de respeito ao ser humano em uma compreensão moral do sujeito, isso sem afastar a necessária diferenciação entre Moral e Direito, ainda que o torne mais aberto a discussões morais.²⁷⁷ Logo, entende-se que a dignidade da pessoa humana, ao ser transposta para o Direito, permite a inclusão da Moral em sua interpretação.²⁷⁸ Nesta tarefa, a moralidade tem como função impor um limite externo à interpretação em casos extremos, além de constituir um paradigma interpretativo para se buscar a solução justa dentre as possibilidades oferecidas pela norma jurídica. Entretanto, é importante lembrar que se entende por Moral neste campo a chamada moralidade pública, que procura a conformação das instituições às práticas sociais, e não a moralidade privada voltada a modelos de virtude ou de uma “vida boa”. Além disto, trata-se de uma moralidade crítica, que questiona valores sociais sob a ótica da justiça. Com isso, nega-se uma moralidade positiva, que imporia o *ethos* de certos grupos sociais.²⁷⁹

2.2. Conceituação e seus reflexos

A fim de atribuir maior concretude ao papel da dignidade da pessoa humana, é preciso analisar o seu conceito. Inicialmente, reconhece-se que uma definição precisa da dignidade da pessoa humana é tarefa difícil,²⁸⁰ por força da inerente abstração moral do princípio.²⁸¹ Além disso, diferentemente dos direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana não se limita a aspectos específicos – como a vida e a liberdade – e por isso passa a ser compreendida como o próprio valor do ser humano. Tal amplitude é obstáculo para

²⁷⁶ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, cit., p. 81-83.

²⁷⁷ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, cit., p. 57.

²⁷⁸ MASTRONARDI, Philippe. Verrechtlichung der Menschenwürde: Transformation zwischen Religion, Ethik und Recht. In: SEELMANN, Kurt (Org.). *Menschenwürde als Rechtsbegriff*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2004, p. 104.

²⁷⁹ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, cit., p. 71-72.

²⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, cit., p. 48.

²⁸¹ MASTRONARDI, Philippe. Verrechtlichung der Menschenwürde, cit., p. 105.

a determinação do âmbito de proteção deste metaprincípio, enquanto norma jurídica,²⁸² sendo a sua concretização conceitual obtida mais facilmente alcançada por seu lado negativo, definindo-se o que é uma violação à dignidade humana.²⁸³ Chega-se a afirmar a impossibilidade de conceituar-se suficientemente a dignidade humana por razões estruturais do próprio princípio, dado que seu campo interpretativo seria ilimitado e, por isso, ela não teria força normativa. Segundo esta linha de raciocínio, a dignidade humana seria uma fórmula vazia.²⁸⁴

É possível afirmar, entretanto, que a dignidade da pessoa humana é o valor, a essência e a natureza do ser humano por excelência.²⁸⁵ Dentro de uma concepção clássica do conceito, a dignidade da pessoa humana caracteriza-se por seu sentido metajurídico.²⁸⁶ Ou seja, a dignidade humana não possui um conteúdo jurídico imanente e seu significado deve ser buscado fora do Direito. Em razão disto, seu conceito jurídico deve se mostrar compatível com seu significado filosófico.²⁸⁷

Acima de tudo, é certo que o conceito de dignidade da pessoa humana é contrário a definições estanques e fixas, notadamente em razão do pluralismo e dos diversos valores que convivem em uma sociedade democrática, sendo que a delimitação do conceito deve provir da própria práxis constitucional.²⁸⁸ Portanto, dado que a dignidade humana protege o sujeito em sua integralidade, sua compreensão deve ser igualmente global e elástica.²⁸⁹ Aliás, justamente por ser um conceito vago e presente em várias culturas, com conteúdos diversos, a dignidade da pessoa humana obteve grande consenso na comunidade internacional.²⁹⁰ Embora se realcem tais indefinições, importa advertir que o Direito não se ocupa somente da definição precisa e exata de seus conceitos e assim proporcionar segurança jurídica. As normas constitucionais também têm a função de conferir legitimidade ao sistema jurídico e fórmulas abstratas, de difícil conceituação, são capazes de cumprir essa tarefa. Com isso, adquire-se o necessário consenso social em torno do

²⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, cit., p. 49.

²⁸³ MASTRONARDI, Philippe. *Verrechtlichung der Menschenwürde*, cit., p. 106.

²⁸⁴ TIEDEMANN, Paul. *Menschenwürde als Rechtsbegriff*, cit., p. 112.

²⁸⁵ NIPPERDY, Carl Hans. *Die Würde des Menschen*, cit., p. 189.

²⁸⁶ TIEDEMANN, Paul. *Menschenwürde als Rechtsbegriff*, cit., p. 90.

²⁸⁷ TIEDEMANN, Paul. *Menschenwürde als Rechtsbegriff*, cit., p. 114.

²⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, cit., p. 50-51.

²⁸⁹ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, cit., p. 89-90.

²⁹⁰ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, cit., p. 54.

ordenamento, porquanto seu princípio fundamental espelha os valores sociais, ainda que vagamente definidos.²⁹¹

É possível, ainda assim, diferenciar entre conceitos autônomos e heterônomos de dignidade de da pessoa humana. De um lado, as concepções heterônomas defendem que o fundamento da dignidade humana se encontra na capacidade de autodeterminação da pessoa. Todavia, tal liberdade apenas faz parte da dignidade humana na medida em que seja utilizada conforme padrões e regras heterônomas ao próprio indivíduo. Constatase nesta posição uma desconfiança em relação próprio sujeito livre e aos direitos fundamentais de cunho liberal que permitem tal autodeterminação.²⁹² Por outro lado, as concepções autônomas de dignidade também partem do fundamento de que o sujeito é capaz de autodeterminar-se e de impor a si mesmo sua própria lei em sentido moral. De acordo com a concepção autônoma, a autodeterminação e a liberdade conferem ao sujeito a sua dignidade, afigurando-se indiferente se as suas ações sejam boas ou más, uma vez que – diversamente da vertente heteronômica do conceito – não existe autoridade moral superior que confere uma lei exterior ao sujeito. Ao contrário, a lei que o sujeito autônomo obedece é aquela imposta por si mesmo.²⁹³ Consequentemente o sujeito é capaz de conceber e projetar sua própria vida independentemente do modo como tal capacidade será efetivamente utilizada.²⁹⁴

Além disso, pode-se afirmar que a dignidade humana é composta pelos seguintes elementos principais: (i) o valor intrínseco da pessoa humana, proibindo sua instrumentalização; (ii) a igualdade, com afastamento de hierarquias sociais e culturais; (iii) a autonomia, como autodeterminação e como participação democrática; (iv) o mínimo existencial, enquanto condições materiais indispensáveis e; (v) o reconhecimento, como respeito à identidade individual e coletiva.²⁹⁵

Neste ponto do desenvolvimento, a faceta do valor intrínseco da pessoa humana merece maior atenção, ainda que tal *topos* não tenha o condão de solucionar, por si, todas as questões relativas ao problema da conceituação.

Note-se que o valor intrínseco do ser humano liga-se à fórmula kantiana do sujeito como fim em si mesmo. Decorre da noção de dignidade humana, assim, o respeito do

²⁹¹ TIEDEMANN, Paul. *Menschenwürde als Rechtsbegriff*, cit., p. 112.

²⁹² TIEDEMANN, Paul. *Menschenwürde als Rechtsbegriff*, cit., p. 91.

²⁹³ TIEDEMANN, Paul. *Menschenwürde als Rechtsbegriff*, cit., p. 100.

²⁹⁴ TIEDEMANN, Paul. *Menschenwürde als Rechtsbegriff*, cit., p. 102.

²⁹⁵ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, cit., p. 92.

indivíduo como sujeito racional, capaz de determinar-se e de fazer suas próprias escolhas. Uma pessoa não pode ser constrangida ou manipulada para empreender quaisquer condutas, ainda que, ao fim, objetive-se o próprio benefício da pessoa.²⁹⁶ A figura da humanidade ocupa o lugar central da concepção de KANT. Sendo assim, a dignidade passa a decorrer da capacidade racional humana, bem como da consequente autodeterminação do indivíduo, de modo que ele se torne sujeito, jamais um objeto.²⁹⁷ Tem-se, com isso, o completo repúdio de KANT à coisificação e à instrumentalização do sujeito.²⁹⁸

O mandamento, decorrente da dignidade humana, em tratar o sujeito como um fim em si implica na proibição em transformá-lo em simples meio. Em outras palavras, o sujeito não pode ser tratado exclusivamente como meio pelos demais, o que não impede, por sua vez, que alguém faça uso de outrem para atingir seus fins, desde tal fim também seja em alguma medida compartilhado pelo outro. O traço diferenciador entre ser exclusivamente um meio e ser também um fim está no acordo de vontades. Se os sujeitos pactuam livremente, eles não se tratam reciprocamente como simples meios, mas comungam dos mesmos fins. Com a manifestação de sua vontade em relação a algo, o sujeito age como ser racional e, mesmo que se preste a um fim alheio, não se pode dizer que ele é exclusivamente um meio para esse fim.²⁹⁹ Portanto, para determinar se há a instrumentalização do sujeito e violação da dignidade, deve-se pautar na própria intenção do indivíduo em sua conduta frente aos demais.³⁰⁰ Ressalta-se, além disso, que a proibição de reduzir-se o sujeito a mero objeto estende-se às hipóteses em que os fins perseguidos sejam da comunidade a que ele pertence.³⁰¹ Portanto, reconhece-se a violação da dignidade humana quando o indivíduo não é tratado como sujeito de direitos, mas como simples coisa, conquanto não possamos restringir o âmbito de proteção da dignidade humana e bastar-nos com uma mera concepção negativa de dignidade.³⁰²

²⁹⁶ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, cit., p. 106-107. Para um estudo do ser humano como fim em si: GRECO, Luís. *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*. Berlin: Duncker & Humblot, 200, p. 160 e ss.

²⁹⁷ MASTRONARDI, Philippe. *Verrechtlichung der Menschenwürde*, cit., p. 94.

²⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, cit., p. 44.

²⁹⁹ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, cit., p. 107-108.

³⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, cit., p. 61.

³⁰¹ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, cit., p. 105.

³⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, cit., p. 67-69.

Vê-se que a influência de KANT no atual debate sobre a dignidade da pessoa humana ainda é grande. Todavia – e este é um ponto relevante para a argumentação – deve-se evitar que seu pensamento seja aceito sem reservas e reduza-se apenas ao mero argumento de autoridade.³⁰³ A par da larga influência dos textos de KANT e de suas fórmulas, o conteúdo de seu pensamento deve sempre ser objeto de verificação.³⁰⁴ É necessário alertar que a teoria kantiana manifesta certa ambiguidade e merece ser recebida com cuidado no âmbito do Direito. A par da ideia de autonomia, KANT permite intervenções na liberdade de atos do sujeito que se referem apenas a si mesmo, como no caso do suicídio. Todavia, como faz notar DANIEL SARMENTO, “não é preciso concordar com toda a teoria kantiana sobre dignidade para reconhecer a importância da sua máxima de jamais tratar as pessoas como simples meios, e sim como fins em si.”³⁰⁵

A interpretação jurídica da dignidade da pessoa humana ligada à proibição de instrumentalização deve-se em grande parte a GÜNTER DÜRIG, que afirmou a natureza suprapositiva da dignidade e a concretizou por meio do pensamento kantiano segundo o qual veda-se a instrumentalização da pessoa como simples meio. No Direito alemão, esse pensamento é consagrado sob o nome de *Objektformel*.³⁰⁶ Registre-se, todavia, que não é toda e qualquer instrumentalização que leva à ofensa da dignidade humana, mas somente aquelas consideradas especialmente reprováveis. O princípio deve ser interpretado de modo restritivo, a fim de abarcar somente as ofensas de gravidade elevada.³⁰⁷ Tal ocorre, por exemplo, nos casos de genocídio. Em tal hipótese, o humano é rebaixado a simples animal. Além disto, citam-se os casos em que o sujeito é mero objeto de qualquer procedimento estatal, especialmente quando se utilizam meios de investigação que limitam sua liberdade. Outro exemplo pode ser encontrado nas ofensas à intimidade da

³⁰³ SEELMANN, Kurt. Menschenwürde und die zweite und dritte Formel des Kategorischen Imperativs: Kantischer Befund und aktuelle Funktion. In: BRUDERMÜLLER, Gerd; SEELMANN, Kurt (Org.). *Menschenwürde: Begründung, Konturen, Geschichte*. Würzburg: Königshausen & Neumann, 2012, p. 67.

³⁰⁴ MARX, Wolfgang. Grundrechte: Keine kollektiven Intuitionen, sondern Grundlegungsbedingung der Generierung eines Rechtssystems. In: BRUDERMÜLLER, Gerd; SEELMANN, Kurt (Org.). *Menschenwürde: Begründung, Konturen, Geschichte*. Würzburg: Königshausen & Neumann, 2012, p. 81.

³⁰⁵ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, cit., p. 108-109.

³⁰⁶ SCHÜTTAUF, Konrad. Menschenwürde: Zur Struktur und Geschichte des Begriffs. In: BRUDERMÜLLER, Gerd; SEELMANN, Kurt (Org.). *Menschenwürde: Begründung, Konturen, Geschichte*. Würzburg: Königshausen & Neumann, 2012, p. 35.

³⁰⁷ BIRNBACHER, Dieter. Annäherungen an das Instrumentalisierungsverbot. In: BRUDERMÜLLER, Gerd; SEELMANN, Kurt (Org.). *Menschenwürde: Begründung, Konturen, Geschichte*. Würzburg: Königshausen & Neumann, 2012, p. 11-12.

pessoa, bem como na imposição econômica ao sujeito de sobreviver abaixo das condições mínimas de vida.³⁰⁸

Por ser um fim em si mesmo, o indivíduo torna-se pessoa que se submete à lei, vive em liberdade e responde pelos seus atos, sendo sujeito de direitos e deveres, bem como possuindo a pretensão a ser tratado juridicamente e não ser rebaixado a simples objeto.³⁰⁹ Neste ponto, o Direito e a Moral relacionam-se, pois juridicamente se exige o respeito e a proteção do indivíduo enquanto sujeito de direitos dado que o indivíduo tem moralmente um valor próprio e único, ligado à sua liberdade e à sua razão.³¹⁰ Pode-se, portanto, realçar-se a ideia de instrumentalização do sujeito pela subversão dos valores e pela ofensa à dignidade humana, no momento em que o indivíduo deixa de ser sujeito de direito e passa, assim, a ser simples coisa.³¹¹

DIETER BIRNBACHER esboça alguns parâmetros para declarar-se a instrumentalização do sujeito. Em primeiro lugar, deve haver uma certa racionalidade estratégica, dado que a ação não se esgota em si, mas leva a outras consequências. Além disto, para que se configure a instrumentalização é necessário que o agente busque, por meio do sujeito, um objetivo alheio, isto é, o sujeito deve ser utilizado para que se alcance um fim que não foi eleito por ele, mas sim por outrem. Por isso, considera-se impossível a autoinstrumentalização e se exige sempre a involuntariedade do indivíduo instrumentalizado. A terceira condição liga-se à não limitação dos objetivos, isto quer dizer, o fim perseguido com a instrumentalização pode ser de qualquer origem, mesmo de natureza altruísta, estética ou moral em proveito do próprio indivíduo instrumentalizado, sem que isso legitime a ação instrumentalizante. O quarto parâmetro apontado por BIRNBACHER é que a intervenção seja danosa ao sujeito instrumentalizado, ainda que o outro apenas tenha assumido o risco de causar o dano.

Contudo, para que a instrumentalização do sujeito se consubstancie em ofensa à sua dignidade humana, são necessários ainda outros elementos, conforme BIRNBACHER. Verifica-se a violação à dignidade da pessoa humana, deste modo, quando existe grau elevado de dependência entre os sujeitos, com um especial desvalor nas ações,

³⁰⁸ DÜRIG, Günter. Der Grundsatz von der Menschenwürde, cit., p. 182-186.

³⁰⁹ ENDERS, Christoph. Die Menschenwürde als Recht auf Rechte: Die mißverstandene Botschaft des Bonner Grundgesetzes. In: SEELMANN, Kurt (Org.). *Menschenwürde als Rechtsbegriff*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2004, pp. 50-51.

³¹⁰ MASTRONARDI, Philippe. Verrechtlichung der Menschenwürde, cit., p. 101.

³¹¹ DÜRIG, Günter. Der Grundsatz von der Menschenwürde, cit., p. 182.

demonstrado no tratamento humilhante ou na infligção de dor e danos, além do ataque a capacidades especificamente humanas, como sua liberdade, sua capacidade de pensar e sua possibilidade de agir conforme seus princípios, valores e ideais.³¹²

2.3. A relação entre indivíduo e Estado

Dada a força normativa da dignidade humana, a relação entre o indivíduo e o Estado também é profundamente moldada pelos mandamentos que emanam deste princípio fundamental. A dignidade humana informa que a pessoa é o “centro e a razão última da ordem jurídica” brasileira.³¹³ Além disso, ela impõe um patamar valorativo para toda ação estatal ao determinar os fins e as tarefas do Estado e ao limitar sua legitimidade aos valores éticos.³¹⁴

Por meio da dignidade da pessoa humana, estabelece-se um nexo entre os fins do Estado e do Direito, o que até então não havia sido ressaltado suficientemente pelo positivismo. A dignidade da pessoa humana positivada como fim do Estado confere-lhe a necessária validade e imperatividade. Com isso, o Direito passa a ser instrumento do Estado que, por sua vez, deve servir ao indivíduo.³¹⁵ O Estado é meio para a realização de fins que, em verdade, antecedem sua própria criação, respeitando a existência humana e a consequente pretensão suprapositiva do indivíduo a ser reconhecido como tal.³¹⁶ Deste modo, pela dignidade humana também o Direito passa a ser determinado para a pessoa,³¹⁷ tendo em vista a posição de centralidade da dignidade e da liberdade – juntamente com os valores que tornam a vida de uma pessoa digna – no ordenamento jurídico.³¹⁸ Reafirma-se, assim, a primazia da pessoa sobre o Estado, em resposta à crise do positivismo levada aos extremos pelo nacional-socialismo alemão e pelo fascismo

³¹² BIRNBACHER, Dieter. *Annäherungen an das Instrumentalisierungsverbot*, cit., p. 16-22.

³¹³ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, cit., p. 74. Como afirma ANA ELISA LIBERATORE SILVA BECHARA: “A conexão entre intervenção jurídica estatal e direitos humanos deve ocorrer, portanto, de forma que o Direito Penal não derive nem de uma interpretação moral dos direitos fundamentais nem de uma leitura ética da soberania popular. A pessoa como destinatária da norma penal há de ser respeitada e reconhecida antes de qualquer outro valor ou interesse, não por corresponder à parte da coletividade, e sim por sua dignidade, materializada na autonomia dirigida à busca do livre desenvolvimento no âmbito das relações sociais de que participa” (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Direitos Humanos e Direito Penal: limites da intervenção penal racional no Estado Democrático de Direito*. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio (Orgs.). *Direito Penal contemporâneo: questões controvertidas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 161).

³¹⁴ DÜRIG, Günter. *Der Grundsatz von der Menschenwürde*, cit., p. 178.

³¹⁵ MURMANN, Uwe. *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, cit., p. 144-145.

³¹⁶ ENDERS, Christoph. *Die Menschenwürde als Recht auf Rechte*, cit., p. 49.

³¹⁷ NIPPERDY, Carl Hans. *Die Würde des Menschen*, cit., p. 189.

³¹⁸ NIPPERDY, Carl Hans. *Die Würde des Menschen*, cit., p. 196-197.

italiano.³¹⁹ Pode-se afirmar, portanto, o retorno aos pensadores contratualistas modernos, que justificavam a existência do Estado nos interesses individuais dos sujeitos, não o inverso.³²⁰ Neste contexto, sobressai-se novamente o traço jusnaturalista da dignidade humana, cujos reflexos se expandem igualmente às relações entre o indivíduo e o Estado. A prevalência do sujeito em relação ao Estado tem seu fundamento justamente por serem a dignidade humana e a liberdade individual anteriores à Constituição.³²¹ Ainda que dignidade humana tenha suas raízes na moral, sua previsão jurídica explícita é um meio para aplicá-la à sociedade.³²² Isto, no entanto, não significa que a Constituição tenha um papel menos relevante, pois ao prever a dignidade da pessoa humana, ela permite ao intérprete a adoção de um conjunto de soluções, ao mesmo tempo em que veda outras conclusões, especialmente aquelas calcadas em modelos coletivistas que reduzem o sujeito a uma função perante ao Estado.³²³

Sublinha-se que a dignidade da pessoa humana antecede à vontade popular. A vontade popular é subordinada à dignidade humana, dado que o respeito à vontade popular só é possível se pressuposta a dignidade humana, não o contrário.³²⁴ A positivação da dignidade da pessoa na Constituição é, portanto, uma decisão fundamental pelo reconhecimento de que o poder estatal e o próprio Estado existem em função da pessoa, que é sua finalidade, jamais seu meio. Com isso, cabe ao Estado promover a dignidade das pessoas de modo individual e coletivo.³²⁵ Deste modo, o Estado não pode violar a dignidade humana e tem como dever sua proteção e promoção,³²⁶ estabelecendo-se uma presunção em favor do indivíduo.³²⁷

Consequentemente, a dignidade da pessoa humana vincula todas as esferas do Poder Público e seu respeito implica na abstenção de ingerências estatais contrárias à dignidade em aspectos individuais, bem como na sua proteção frente a agressões de

³¹⁹ PIOVESAN, Flávia. Dignidade humana e a proteção dos direitos sociais nos planos global, regional e local, cit., p. 403.

³²⁰ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, cit., p. 42.

³²¹ MURMANN, Uwe. *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, cit., p. 156-157.

³²² MASTRONARDI, Philippe. *Verrechtlichung der Menschenwürde*, cit., p. 93.

³²³ MURMANN, Uwe. *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, cit., p. 158.

³²⁴ MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais, cit., p. 176.

³²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, cit., p. 78.

³²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, cit., p. 89.

³²⁷ DÜRIG, Günter. *Der Grundsatz von der Menschenwürde*, cit., p. 178.

terceiros.³²⁸ Em outras palavras, há um dever negativo de abstenção de limitação da dignidade, assim como um dever positivo de sua proteção.³²⁹ Por um lado, o Estado deve abster-se de qualquer ato que possa causar dano à dignidade da pessoa, incluindo-se, entre outras hipóteses, a arbitrária interferência na vida privada dos indivíduos. Por outro lado, deve proteger ativamente a dignidade humana dos cidadãos, sempre que ela for ameaçada ou violada.³³⁰ Afirma-se que a dignidade humana passa a assegurar uma zona de *tabu*, em uma definição negativa acerca de certas ações contra o indivíduo em que há consenso unânime sobre sua proibição, tal como a vedação absoluta do emprego de tortura.³³¹ É uma vez que o Estado passa a ser o instrumento a serviço da pessoa, titular de dignidade e liberdade, a intervenção penal se limita às hipóteses em que tal função estatal se vê cumprida, como será mais profundamente abordado em tópico posterior.³³²

Além disso, a centralidade do indivíduo prevista na Constituição afasta modelos organicistas de sociedade, protegendo a pessoa de pressões de governantes e maiorias sociais.³³³ Por organicismo entende-se a colocação dos interesses coletivos das comunidades políticas acima dos interesses individuais, com o sacrifício dos direitos do sujeito em nome de interesses da comunidade. Parte-se, assim, da ideia de que os indivíduos são partes de um todo maior, ao qual devem se curvar. As ideias organicistas estabelecem que o sujeito é meramente uma parte do todo e que só pode realizar-se de modo pleno no seio da comunidade. Há certo caráter prescritivo em tais modelos sociais, com viés autoritário, cujo ápice foi alcançado nos Estados fascistas e nazistas. Traços do pensamento organicista encontram-se no princípio da supremacia do interesse público, caso seja justificado pela simples afirmação geral de que os interesses da coletividade, por cuidarem do “bem comum”, precedem aos direitos dos indivíduos. Todavia, considerando-se o valor intrínseco da pessoa, o Estado é um meio e apenas a pessoa é seu fim. É o poder do Estado que deve ser limitado em razão dos direitos de seus cidadãos, jamais o inverso.³³⁴ A dignidade da pessoa protege o indivíduo contra o Estado e demais grupos sociais. O valor maior é o indivíduo, não o coletivo. Por isso, a dignidade humana

³²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, cit., p. 89.

³²⁹ NIPPERDY, Carl Hans. *Die Würde des Menschen*, cit., p. 205.

³³⁰ NIPPERDY, Carl Hans. *Die Würde des Menschen*, cit., p. 215-216.

³³¹ DREIER, Horst. *Die Bedeutung und systematische Stellung der Menschenwürde im deutschen Grundgesetz*, cit., p. 35.

³³² MURMANN, Uwe. *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, cit., p. 149.

³³³ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, cit., p. 73.

³³⁴ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, cit., p. 117-124.

deve ser reconhecida pelos grupos sociais. Nesse sentido, sustenta-se que sequer a razão de Estado pode ser oposta contra a dignidade da pessoa humana.³³⁵ Por outro lado, sem desprezar o valor intrínseco da pessoa, não se pode negar que os indivíduos possuem deveres em relação à comunidade, que devem ser respeitados a fim de tornar possível a vida em comum, tal como o dever de pagar tributos. Esses deveres, contudo, têm como finalidade última fornecer meios ao Estado para tornar concreta a proteção e promoção da própria dignidade humana.³³⁶

Igualmente, a dignidade humana se coloca em posição contrária a visões utilitaristas de sociedade.³³⁷ Este conjunto de teorias baseia-se no interesse dos indivíduos, independentemente de entes coletivos superiores. Observa-se aqui, diferentemente do organicismo, uma abordagem mais igualitária dos sujeitos e um certo afastamento de fundamentações metafísicas. Todavia, como o utilitarismo faz uso de uma moral consequencialista, tornar-se-ia aceitável que certos direitos de indivíduos fossem sacrificados em nome de um número maior de interesses de outros. Deste modo, a ótica utilitarista entra em confronto com a dignidade humana, enquanto valor intrínseco da pessoa, considerada fim em si mesma. Por permitir a negação de direitos básicos dos indivíduos em favor de um suposto bem maior à coletividade, o sujeito pode ser entendido apenas como uma parte no todo, deixando-se de lado seu valor intrínseco de fim em si. Assim sendo, o ideário utilitarista não protege de modo satisfatório os direitos fundamentais do sujeito. Logo, como as pessoas têm dignidade e são fins em si, seus direitos não podem se submeter a cálculos de utilidade social ou preferências majoritárias.³³⁸

O papel dos direitos fundamentais também não pode ser ignorado ao se abordar a relação entre indivíduo e Estado. As aproximações aqui empreendidas acerca do papel da dignidade da pessoa humana ressaltam dois importantes aspectos de sua relação com os direitos fundamentais. Em primeiro lugar, afirma-se que a dignidade da pessoa humana é entendida como o direito a ter direitos, notadamente direitos fundamentais.³³⁹ Além disso, a dignidade da pessoa humana é o próprio fundamento dos direitos fundamentais. Os elementos característicos da dignidade da pessoa humana, como atributo inerente aos

³³⁵ NIPPERDY, Carl Hans. *Die Würde des Menschen*, cit., p. 198.

³³⁶ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, cit., p. 124.

³³⁷ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, cit., p. 125.

³³⁸ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, cit., p. 126-132.

³³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, cit., p. 122-123.

indivíduos – igualitariamente distribuída a todos e marcada pela inalienabilidade – a colocam em harmonia com os direitos fundamentais, também definidos como universais, igualitários e categóricos, ou seja, são conferidos a todos os sujeitos de modo equânime e não podem ser negados a ninguém.³⁴⁰ Vale lembrar que o conceito kantiano de dignidade humana, qualificando o sujeito como um fim em si, reforça a posição da dignidade humana como fundamento dos direitos fundamentais ao determinar a ligação recíproca e universal entre os sujeitos.³⁴¹ Neste contexto, a dignidade humana oferece um fundamento suprapositivo aos direitos fundamentais, atribuindo-lhe a sua característica universalidade.³⁴²

Ainda que historicamente não haja uma ligação necessária entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais,³⁴³ eles podem ser reconduzidos à dignidade humana, uma vez que se ligam à proteção e ao desenvolvimento de pessoas.³⁴⁴ Note-se que adotar a dignidade humana como fundamento dos direitos fundamentais não significa que todos estes direitos sejam decorrências diretas dela, nem que a ela se liguem genealogicamente. Em verdade, os direitos fundamentais surgem em momento anterior à positivação da dignidade da pessoa humana.³⁴⁵

A par dessa forte ligação, há quem afirme que a dignidade da pessoa humana em si não é um direito fundamental, mas sim um princípio fundamental.³⁴⁶ Embora esta discussão acerca da inclusão da dignidade humana junto aos direitos fundamentais possua defensores e críticos, é de reconhecer sua pouca relevância prática.³⁴⁷ Importa, acima de tudo, que a dignidade humana é a raiz e a fonte de todos os direitos fundamentais.³⁴⁸ Ela dá unidade de sentido ao conjunto de direitos fundamentais, fazendo com que a pessoa

³⁴⁰ MÜLLER, Jörn. Ein Phantombild der Menschenwürde: Begründungstheoretische Überlegungen zum Zusammenhang von Menschenrechte und Menschenwürde. In: BRUDERMÜLLER, Gerd; SEELMANN, Kurt (Org.). *Menschenwürde: Begründung, Konturen, Geschichte*. Würzburg: Königshausen & Neumann, 2012, p. 121.

³⁴¹ MÜLLER, Jörn. Ein Phantombild der Menschenwürde, cit., p. 127.

³⁴² TIEDEMANN, Paul. *Menschenwürde als Rechtsbegriff*, cit., p. 182.

³⁴³ MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais, cit., p. 168.

³⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, cit., p. 97.

³⁴⁵ DREIER, Horst. Die Bedeutung und systematische Stellung der Menschenwürde im deutschen Grundgesetz, cit., p. 36-37.

³⁴⁶ DÜRIG, Günter. Der Grundsatz von der Menschenwürde, cit., p. 174.

³⁴⁷ DREIER, Horst. Die Bedeutung und systematische Stellung der Menschenwürde im deutschen Grundgesetz, cit., p. 34.

³⁴⁸ NIPPERDY, Carl Hans. Die Würde des Menschen, cit., p. 200.

seja o fundamento e também o fim do Estado e da sociedade.³⁴⁹ A dignidade da pessoa humana mostra-se como princípio dirigente e máxima interpretativa dos direitos fundamentais.³⁵⁰ Nesta tarefa, a dignidade da pessoa humana pode mesmo justificar restrições a direitos fundamentais, mesmo que de natureza constitucional.³⁵¹ Convém esclarecer, entretanto, que os direitos fundamentais não são em toda sua extensão reflexo direto da dignidade da pessoa humana, embora seja possível sustentar que no núcleo de cada um deles existe certo conteúdo, ainda que parcial, da dignidade da pessoa humana, que deve ser protegida.³⁵² A dignidade humana se espalha por todo o ordenamento e reflete-se nos demais direitos, especialmente naqueles que protegem a liberdade do indivíduo. Em contrapartida, verifica-se um fracionamento da dignidade humana, sendo inalcançável uma proteção jurídica de todos os seus aspectos, notadamente aqueles que se referem à vida interna e psíquica do sujeito.³⁵³

Outro importante aspecto da dignidade da pessoa humana, como princípio estruturante, constata-se por meio da abertura e atualização do sistema a novos direitos, em uma relação que não pode ser entendida de modo fechado e estático, mas sim de modo contextualizado e em constante reconstrução.³⁵⁴ Deste modo, enquanto princípio fundante dos direitos fundamentais, a dignidade humana permite que dela se deduzam outros direitos fundamentais implícitos, não previstos expressamente no texto constitucional, e que a ela se ligam diretamente. A dignidade humana é, portanto, uma cláusula aberta de direitos fundamentais.³⁵⁵

Ressalta-se, mais uma vez, que a dignidade da pessoa humana é viabilizada juridicamente pelos direitos fundamentais, o que contribui para afastar a vagueza do conceito. Todavia, a dignidade da pessoa humana continua a ter autonomia frente aos direitos fundamentais. Ela vai além dos direitos fundamentais, protegendo o indivíduo contra violações não expressamente abrangidas pelos direitos fundamentais. Entre tais direitos que decorrem diretamente da dignidade da pessoa, sem previsão expressa no rol

³⁴⁹ MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais, cit., p. 169.

³⁵⁰ DREIER, Horst. Die Bedeutung und systematische Stellung der Menschenwürde im deutschen Grundgesetz, cit., p. 36.

³⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, cit., p. 149.

³⁵² MÜLLER, Jörn. Ein Phantombild der Menschenwürde, cit., p. 132.

³⁵³ MASTRONARDI, Philippe. Verrechtlichung der Menschenwürde, cit., p. 105.

³⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, cit., p. 101-102.

³⁵⁵ TIEDEMANN, Paul. *Menschenwürde als Rechtsbegriff*, cit., p. 559-560.

de direitos fundamentais, menciona-se o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.³⁵⁶ Deste modo, aplica-se diretamente a dignidade da pessoa humana no caso de ofensas a esferas do sujeito que não foram concretizadas por outros direitos fundamentais em espécie.³⁵⁷ Em razão disso, a dignidade da pessoa humana mostra-se também como direito subjetivo, colocando-se no mundo real. Caso seja entendida somente como conceito abstrato, a dignidade passa a carecer de relevância prática. Nesses termos, reconhece-se por completo a dignidade do sujeito ao mesmo tempo em que lhe são atribuídas “pretensões de dignidade” (*Würdeansprüche*).³⁵⁸

2.4. Concepção de pessoa como sujeito livre

2.4.1. O sujeito sob a ótica da dignidade da pessoa humana

A partir das ideias que cercam a dignidade humana, e considerando-se ainda as tarefas que ela concretamente impõe ao Estado, é possível antever uma determinada concepção de pessoa adotada pelo ordenamento jurídico. Por certo, a dignidade da pessoa humana, ao eleger o indivíduo como fim do Direito e do Estado, também traz com isso uma importante compreensão acerca do próprio sujeito. Ou seja, a positivação da dignidade da pessoa humana oferece ao Direito uma determinada *Menschenbild*, ou seja, uma certa concepção de pessoa.³⁵⁹

Ao tratar da concepção de pessoa, é preciso sobretudo evitar uma abordagem unitária, dado que o pluralismo que marca a sociedade proporciona grande variedade de compreensões e modos de vida.³⁶⁰ O art. 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos oferece o denominador comum sobre a ideia de sujeito proporcionada pela dignidade humana ao prever que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos”, sendo, em razão disto, “dotados de razão e de consciência”. É, portanto, a razão e a consciência que caracterizam a dignidade de todas as pessoas.³⁶¹

³⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, cit., p. 118.

³⁵⁷ NIPPERDY, Carl Hans. *Die Würde des Menschen*, cit., p. 203.

³⁵⁸ HERDEGEN, Matthias. *Deutungen der Menschenwürde im Staatsrecht*. In: BRUDERMÜLLER, Gerd; SEELMANN, Kurt (Org.). *Menschenwürde: Begründung, Konturen, Geschichte*. Würzburg: Königshausen & Neumann, 2012, pp. 62-63.

³⁵⁹ MURMANN, Uwe. *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, cit., p. 148.

³⁶⁰ DREIER, Horst. *Die Bedeutung und systematische Stellung der Menschenwürde im deutschen Grundgesetz*, cit., p. 44.

³⁶¹ MIRANDA, Jorge. *A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais*, cit., p. 169-170.

Destaca-se como uma importante decorrência deste raciocínio que a dignidade da pessoa humana se refere a uma pessoa individual e concreta.³⁶² É certo que a dignidade humana é atribuída aos indivíduos simplesmente por pertencer à humanidade, deixando-se de lado seus traços individuais e posições jurídicas.³⁶³ Ela é presente em todos os indivíduos, independentemente da situação concreta em que o sujeito se encontre. Todos, sem qualquer exceção, possuem dignidade, sendo irrelevante seu sexo, origem, etnia, idioma, crença ou orientação política.³⁶⁴ Contudo, a dignidade a ser tutelada é da pessoa concreta, em sua vida real, não considerada abstratamente, sendo por isso irredutível, insubstituível e irrepetível.³⁶⁵

Ainda no Iluminismo, percebe-se nos pensadores contratualistas uma noção de sujeito abstrato e incorpóreo. Em KANT isso se mostra de modo claro, na medida que confere especial valor ao sujeito por sua capacidade de usar a razão, fora da natureza e excluído das leis da causalidade. A visão do sujeito como ente abstrato influenciou o Direito moderno, notadamente no papel do Estado no âmbito econômico, com a sua não intervenção em campos nos quais a vontade dos sujeitos formava as relações jurídicas, independentemente das reais condições em que ela era efetivamente determinada. Por outro lado, este mesmo Estado mostrava-se altamente interventor nas questões existenciais dos indivíduos, atuando com fins moralistas, religiosos, tradicionalistas e autoritários.³⁶⁶

É certo que não se abandonou a visão kantiana acerca da dignidade humana, elegendo o indivíduo como fim último. Todavia, o sujeito passa a não mais ser compreendido de modo abstrato, mas sim concretamente, em um universo material e simbólico.³⁶⁷ A dignidade da pessoa não pode ser entendida como a proteção da coletividade. Ela se dirige, desde sua gênese enquanto norma, à proteção concreta do indivíduo, este também considerado em termos concretos.³⁶⁸ Impõe-se, assim, uma compressão de pessoa concreta, ou seja, é racional, mas também sentimental e corpórea.

³⁶² MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais, cit., p. 170.

³⁶³ MÜLLER, Jörn. Ein Phantombild der Menschenwürde, cit., p. 125.

³⁶⁴ NIPPERDY, Carl Hans. Die Würde des Menschen, cit., p. 191.

³⁶⁵ MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais, cit., p. 170.

³⁶⁶ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, cit., p. 42-44.

³⁶⁷ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, cit., p. 50.

³⁶⁸ DREIER, Horst. Die Bedeutung und systematische Stellung der Menschenwürde im deutschen Grundgesetz, cit., p. 45.

Ela é um fim em si, ainda que não seja uma ilha apartada da sociedade.³⁶⁹ Em razão disto, pode-se afirmar que os seres humanos, concretamente considerados, não se comportam exclusivamente de modo racional, mas também são dirigidos por seu inconsciente e por suas emoções.³⁷⁰ Por outro lado, não há ofensa à dignidade em abstrato, mas sim a violação à dignidade de um indivíduo concretamente considerado.³⁷¹ No mais, não se pode aceitar meramente o sujeito abstrato como protagonista da dignidade humana, pois, ao deixar de se considerar seu aspecto concreto, estabelece-se uma indesejada dimensão prescritiva. Ao se colocar de lado as emoções do sujeito, valoriza-se indevidamente o sujeito meramente racional, que na imaginação social assume, no mais das vezes, a figura do homem, branco, heterossexual e burguês.³⁷² Deste modo, deve-se aceitar que as pessoas concretas não tomam sempre as decisões mais racionais, ou seja, aquelas consideradas “melhores” ou “mais corretas” a partir de certos pontos de vista.

A par da proteção da dignidade do sujeito concreto, com o afastamento de considerações abstratas, a dignidade da pessoa humana se mantém independentemente dos comportamentos do sujeito, ainda que estes últimos sejam ilícitos. A imposição de pena não pode afastar a dignidade do sujeito e, pela mesma razão, há importantes limitações à aplicação da sanção.³⁷³ Afinal, a dignidade humana é atributo de todas as pessoas, independentemente de seu *status* social, bem como de quaisquer atos que tenha praticado, heroicos ou hediondos.³⁷⁴ Todos são iguais em dignidade e tal qualidade é inerente ao sujeito, independentemente de suas condutas em relação aos demais indivíduos, bem como quanto a si mesmos.³⁷⁵ Logo, permanece intocada a dignidade humana nos casos em que a liberdade do sujeito concreto é utilizada para degradar a si mesmo. Isto se aplica, na opinião de GÜNTER DÜRIG, àqueles que cometem crimes. Em tais casos, a escolha do sujeito, em verdade, apenas faz prova de sua própria liberdade.³⁷⁶ Do mesmo modo, o sujeito continua a ter sua dignidade humana integralmente, mesmo

³⁶⁹ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, cit., p. 70.

³⁷⁰ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, cit., p. 74.

³⁷¹ NIPPERDY, Carl Hans. *Die Würde des Menschen*, cit., p. 191.

³⁷² SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, cit., p. 75.

³⁷³ MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais, cit., p. 174.

³⁷⁴ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, cit., p. 76.

³⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, cit., p. 53.

³⁷⁶ DÜRIG, Günter. *Der Grundsatz von der Menschenwürde*, cit., p. 180.

que ela tenha sido desrespeitada pelo Estado. A dignidade não pode ser retirada do sujeito, ainda que, concretamente, as pretensões jurídicas que dela se originem sejam violadas.³⁷⁷

2.4.2. Dignidade da pessoa humana e liberdade

Outro aspecto de maior relevância na construção da concepção de pessoa sob a ótica da dignidade humana é a liberdade, mais precisamente, a compreensão de que o sujeito, porquanto dotado de dignidade, é livre. O principal conteúdo da dignidade humana consiste na afirmação do indivíduo como sujeito livre, que pode se autodeterminar livremente.³⁷⁸ Este traço é influência do pensamento moderno, sendo que as origens iluministas do conceito fazem sobressair a liberdade do indivíduo como um ser autônomo e responsável.³⁷⁹ Deste modo, a essência do sujeito encontra-se em sua capacidade decidir livremente.³⁸⁰

A liberdade, junto da igualdade, é um dos elementos constituintes da dignidade da pessoa humana. No pensamento kantiano, a ligação entre dignidade e liberdade se dá por meio da autonomia.³⁸¹ Em razão disto, a qualificação da dignidade da pessoa humana se centra notadamente na ideia de autonomia e de autodeterminação. Esta autonomia deve ser entendida em termos abstratos, como capacidade potencial de autodeterminação, conferindo-se igual dignidade àqueles que não podem exercer sua capacidade de modo pleno.³⁸² O conceito moral de dignidade humana baseia-se na autonomia e na razão do sujeito. Tais conceitos interligam-se, pois a razão permite o acesso ao conhecimento e a autonomia confere ao sujeito o livre arbítrio para decidir-se sobre sua ação. Sem o conhecimento, torna-se impossível a decisão e as ações deixam de ser determinadas pelo livre arbítrio, sendo meras obras do acaso. Por outro lado, sem o livre arbítrio não existe o conhecimento. Para se alcançar o conhecimento, antecede-se a vontade de conhecer. Deste modo, a autonomia e a razão pressupõem-se reciprocamente. Entretanto, há também uma relação de contrariedade entre ambas. Com efeito, só há real livre arbítrio desde que a ação possa também discordar dos mandamentos da razão, assim como o

³⁷⁷ DREIER, Horst. Die Bedeutung und systematische Stellung der Menschenwürde im deutschen Grundgesetz, cit., p. 34.

³⁷⁸ SCHÜTTAUF, Konrad. Menschenwürde, cit., p. 36.

³⁷⁹ MASTRONARDI, Philippe. Verrechtlichung der Menschenwürde, cit., p. 95.

³⁸⁰ NIPPERDY, Carl Hans. Die Würde des Menschen, cit., p. 190.

³⁸¹ MÜLLER, Jörn. Ein Phantombild der Menschenwürde, cit., p. 132-133.

³⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, cit., p. 54-55.

verdadeiro conhecimento se adquire, ainda que os resultados sejam diferentes daqueles inicialmente almejados pela vontade.³⁸³

Alerta-se, todavia, que o conceito jurídico de dignidade humana não abarca toda a sua complexidade filosófica e moral, limitando-se à proteção dos seus elementos mais relevantes. Isto se vê especialmente na ideia de autonomia. A par das discussões iluministas da autonomia, juridicamente tal conceito simplifica-se, por vezes, em questionamentos sobre a maturidade do sujeito, sua idade e possibilidade de imputação de resultados.³⁸⁴

No que toca à dignidade humana e a liberdade do sujeito, importa sublinhar o complexo papel do pensamento de KANT a respeito da autonomia. Não se ignora que, na filosofia kantiana, a dignidade humana se baseia na noção de autonomia, porém tal autonomia significa apenas o dever de agir em conformidade com a lei moral, rejeitando instintos e desejos. Há, portanto, certo viés heterônomo na autonomia de KANT. Contudo, a doutrina jurídica de KANT não caminha nesse sentido.³⁸⁵ A autonomia protegida juridicamente pela dignidade humana não se traduz na autonomia moral de KANT. Para KANT, a ação autônoma exclui a paixão, desejo, sentimentos ou inclinações como seu móbil e, por isso, apenas pode se chamar autônoma a ação conforme a lei moral. Entretanto, as ações concretas são realizadas por sujeitos também concretos e tem em seu motor elementos estranhos à lei moral. Portanto, pode-se afirmar que a autonomia privada – diferentemente da autonomia moral – ainda que pressuponha a racionalidade do agente, inclui as condutas igualmente marcadas por sentimentos, desejos e idiossincrasias do sujeito. A autonomia é dotada de razão, mas também de sentimentos, corpo e raízes sociais.³⁸⁶ Em outras palavras, não se pode adotar, sem maiores considerações, a noção kantiana de autonomia, sob pena de idealizar-se excessivamente a pessoa e afastá-la da realidade concreta. Tal abstrativização deve especialmente ser evitada quando se procura alargar a proteção constitucional da autonomia, não apenas para as suas questões existenciais, mas também para os demais atos da vida.³⁸⁷

Por outro lado, é possível afirmar que a relação entre autonomia e razão, existente nas discussões travadas no campo da moral, também se verifica na transposição da

³⁸³ MASTRONARDI, Philippe. Verrechtlichung der Menschenwürde, cit., p. 103.

³⁸⁴ MASTRONARDI, Philippe. Verrechtlichung der Menschenwürde, cit., p. 106.

³⁸⁵ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, cit., p. 136-137.

³⁸⁶ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, cit., p. 141.

³⁸⁷ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, cit., p. 147.

dignidade humana para o Direito. A autonomia do sujeito é respeitada ao transformar-se em direito subjetivo do indivíduo, tornando-o sujeito de direitos e garantindo seu livre arbítrio. Por outro lado, a faceta racional da dignidade humana toma forma enquanto responsabilidade, qualificando o indivíduo como sujeito de deveres jurídicos frente aos demais. Deste modo, os deveres jurídicos expressam a racionalidade dos sujeitos ao permitirem a coexistência pacíficas dos direitos subjetivos dos membros da comunidade.³⁸⁸ Acrescenta-se que a dignidade humana deve igualmente ser reconhecida pelos demais membros da comunidade. Por isso, a dignidade humana não se mostra apenas um direito subjetivo do indivíduo, mas também é uma relação jurídica de recíproco reconhecimento entre os sujeitos.³⁸⁹ O reconhecimento recíproco da dignidade humana pelos sujeitos, por ser um parâmetro de origem moral, não deve depender de qualquer ato de natureza contingente, tanto no âmbito estatal como no campo privado.³⁹⁰

Neste contexto, cumpre ressaltar o valor coletivo da dignidade humana. É certo que o livre arbítrio se manifesta no plano subjetivo. Cada sujeito tem sua própria vontade, que não se confunde com a vontade dos demais. Neste ponto, há diferenças entre a livre vontade e a dignidade humana. A dignidade humana é, em comparação com o livre arbítrio, antes um valor coletivo, na medida em impõe aos indivíduos o reconhecimento recíproco do livre arbítrio de cada um como um valor absoluto.³⁹¹ O reconhecimento do livre arbítrio próprio como valor absoluto, por sua vez, depende do prévio reconhecimento de tal capacidade nos outros sujeitos. Em verdade, o reconhecimento do próprio livre arbítrio origina-se ao mesmo tempo em que há o reconhecimento do livre arbítrio alheio. Entender-se como sujeito autônomo pressupõe que os demais sujeitos sejam vistos como tal, o que se dá essencialmente por meio de uma relação comunicacional. Não é possível ao sujeito saber-se autônomo e com livre arbítrio, ao qual atribui-se valor absoluto, sem o contato prévio com outros sujeitos. Ao ver nos demais indivíduos tais capacidades e valorá-las, o indivíduo passa a enxergar em si a autonomia e o livre arbítrio. Ambos os reconhecimentos se originam ao mesmo tempo. Por isso, o reconhecimento da liberdade alheia caminha ao lado do reconhecimento de si próprio. Nisto reside o caráter coletivo da dignidade humana.³⁹²

³⁸⁸ MASTRONARDI, Philippe. Verrechtlichung der Menschenwürde, cit., p. 103-104.

³⁸⁹ MASTRONARDI, Philippe. Verrechtlichung der Menschenwürde, cit., p. 107.

³⁹⁰ TIEDEMANN, Paul. *Menschenwürde als Rechtsbegriff*, cit., p. 115.

³⁹¹ TIEDEMANN, Paul. *Menschenwürde als Rechtsbegriff*, cit., p. 268-269.

³⁹² TIEDEMANN, Paul. *Menschenwürde als Rechtsbegriff*, cit., p. 273-281.

Note-se, por fim, que a autonomia que a dignidade da pessoa humana procura preservar se desenvolve de modo pleno somente quando se considera a liberdade de modo global, em seus ambos seus aspectos negativo e positivo.³⁹³ A liberdade, enquanto liberdade negativa, é entendida como simples ausência de constrangimentos externos, ou seja, como uma abstenção dos demais frente ao sujeito. Este dever vale tanto para o Estado, como para os demais indivíduos. Por outro lado, a liberdade positiva pode ser definida como “capacidade real do agente de autodeterminar sua conduta”, o que vai além da simples ideia de ausência de constrangimento, na medida em que, para a liberdade positiva, devem ser garantidos os meios necessários para que o sujeito a exerça. Por fim, a ideia de liberdade positiva não implica apenas em meios materiais que possibilitem seu exercício, mas também a necessidade de um ambiente sociocultural em que se fomenta a autonomia do sujeito de modo pleno, inclusivo e liberal.³⁹⁴ Portanto, sem a liberdade – em seu conceito negativo e positivo – não há dignidade.³⁹⁵

2.4.3. O indivíduo como sujeito juridicamente livre

Conforme já analisado, ao partir da dignidade da pessoa a Constituição opta por elevar a proteção da liberdade dos indivíduos à finalidade do Estado,³⁹⁶ dado que a ideia de pessoa concreta protegida pela dignidade humana pressupõe sobretudo o respeito à sua autonomia.³⁹⁷ Portanto, deve-se reconhecer a capacidade do sujeito de reger sua vida conforme seu próprio plano e responsavelmente.³⁹⁸ O sujeito, marcado por sua natural dignidade humana, é capaz e tem o direito de tomar decisões, decorrendo disto todas as demais liberdades individuais, bem como a própria democracia.³⁹⁹ Em vista disso, a dignidade humana fundamenta-se, ainda que não de modo exclusivo, na autonomia pessoal e na capacidade do indivíduo de ser livre para formar sua existência e ser sujeito de direitos. A liberdade é um pressuposto e ao mesmo tempo concretização da dignidade.⁴⁰⁰ A dignidade humana corporifica-se no ordenamento jurídico sempre que ao

³⁹³ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, cit., p. 158.

³⁹⁴ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, cit., p. 151-156.

³⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, cit., p. 126.

³⁹⁶ MURMANN, Uwe. *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, cit., p. 153.

³⁹⁷ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, cit., p. 70.

³⁹⁸ SCHÜTTAUF, Konrad. *Menschenwürde*, cit., p. 36.

³⁹⁹ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, cit., p. 77.

⁴⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, cit., p. 126.

indivíduo é assegurado uma esfera em que pode agir de modo livre, independente e responsável, sem se submeter ao poder de outros sujeitos ou se tornar simples meio para a realização de fins da comunidade. Por isso, a liberdade é o mais importante bem do sujeito.⁴⁰¹ Como defende PAUL TIEDEMANN, a compreensão do sujeito em relação à sua própria identidade, isto é, o entendimento de si próprio enquanto pessoa somente é possível pressupondo-se sua vontade livre. Apenas quando se pressupõe existente a autocompreensão de si mesmo, são possíveis outros valores, incluindo-se a própria a vida.⁴⁰² Por essa razão, cabe ao Estado, para proteger a dignidade da pessoa humana, proporcionar uma vida em sociedade na qual a convivência dos sujeitos se fundamenta na liberdade do indivíduo.⁴⁰³

Entretanto, adverte-se que a liberdade de desenvolver a si mesmo e alterar ambiente ao seu redor consiste em uma liberdade abstrata, ou seja, não se realiza do mesmo modo para todos os indivíduos concretos. A liberdade de que a dignidade humana se constitui é antes a abstrata possibilidade, enquanto potencial capacidade, de sua realização pelo sujeito. Sob este prisma, a liberdade assume um caráter igualitário da liberdade e, por conseguinte, também a dignidade humana.⁴⁰⁴ Porém, a dignidade humana não se esgota na liberdade da vontade, mas também se estende à liberdade de ação. Não basta ser livre apenas para querer. A vontade não se esgota em si e procura sua exteriorização no mundo. Por conta disso, respeitar o sujeito enquanto ser que se autodetermina implica reconhecer também sua liberdade de ação. Todavia, diferentemente da mera liberdade da vontade, a liberdade de ação é limitada. A vida social obriga que a liberdade de ação não seja exercida de modo absoluto e, uma vez que a liberdade de cada indivíduo tem o mesmo valor, elas limitam-se a si mesmas, tornando possível, assim, a convivência de todos.⁴⁰⁵

A liberdade a ação encontra muitos obstáculos para ser exercida. É certo que, quanto mais conhecimento se possui, mais livre se torna a vontade, na medida em que esta vontade leva em conta, na tomada de decisão, mais informações para sopesar os interesses. Todavia, é preciso reconhecer que nunca estarão presentes todas as condições ideais para o exercício livre da vontade. Em outras palavras, ao se tomar decisões, nunca

⁴⁰¹ NIPPERDY, Carl Hans. *Die Würde des Menschen*, cit., p. 198.

⁴⁰² TIEDEMANN, Paul. *Menschenwürde als Rechtsbegriff*, cit., p. 259.

⁴⁰³ NIPPERDY, Carl Hans. *Die Würde des Menschen*, cit., p. 198-199.

⁴⁰⁴ DÜRIG, Günter. *Der Grundsatz von der Menschenwürde*, cit., p. 180.

⁴⁰⁵ TIEDEMANN, Paul. *Menschenwürde als Rechtsbegriff*, cit., p. 568-570.

se sabe por completo toda a realidade circundante, nem se conhecem absolutamente todas as condições e efeitos relacionados à decisão tomada. Logo, não existe uma liberdade máxima de vontade. Embora nunca estejam presentes as condições ideais para exercer a vontade livre em sua plenitude, não se pode afirmar que o sujeito deixa de ser livre. Em verdade, tais limitações à liberdade são intrínsecas à natureza humana e não é possível se afastar inteiramente delas. Enfim, a incerteza e o risco são elementos necessários à liberdade, tal como os limites do corpo, e não é possível excluí-los por completo.⁴⁰⁶

Além disso, é fundamental destacar que a autonomia abrange especialmente as decisões de cunho existencial. Extrai-se diretamente da dignidade humana o direito de a pessoa ser tratada como sujeito capaz de fazer escolhas a respeito de sua vida, afastando-se as pressões paternalistas do Estado ou da sociedade. Acima de tudo, a dignidade da pessoa implica no reconhecimento de sua autonomia em fazer escolhas pessoais e seguir suas próprias determinações, desde que direitos alheios não sejam ofendidos. Aqui deve se entender autonomia como autonomia privada, ou seja, como “faculdade do indivíduo de fazer e implementar escolhas concernentes à sua própria vida”, atuando como agente moral, que pode julgar o que é bom ou ruim para si e agir em conformidade com tal decisão. Neste contexto, a compreensão da autonomia e da dignidade humana coloca-se como obstáculo à sociedade e ao Estado em determinar aos indivíduos como eles devem conduzir suas vidas. Deve-se permitir que as pessoas possam seguir seus projetos, inclinações e preferências, ainda que contrárias a tradições, costumes e maiorias sociais. Pelas mesmas razões, não é lícito ao Estado ou mesmo aos outros indivíduos obrigar alguém a tomar decisões relacionadas a ideias de felicidade que não são do próprio sujeito.⁴⁰⁷ Em outras palavras, partindo-se de uma concepção autônoma de dignidade humana, não se admite uma relação de contrariedade entre dignidade e liberdade do sujeito. Não é possível, sob o pretenso argumento de defesa da dignidade, afirmar que certa conduta autônoma do próprio indivíduo não seria manifestação de sua liberdade. A defesa da dignidade exige a proteção da liberdade de o sujeito determinar responsabilmente seu próprio destino.⁴⁰⁸

Levando a discussão ao seu ponto extremo, sublinha-se a relação entre dignidade humana e o suicídio. Ao indivíduo exclusivamente cabe valorar e questionar sua própria

⁴⁰⁶ TIEDEMANN, Paul. *Menschenwürde als Rechtsbegriff*, cit., p. 261-263.

⁴⁰⁷ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, cit., p. 135-146.

⁴⁰⁸ TIEDEMANN, Paul. *Menschenwürde als Rechtsbegriff*, cit., p. 103.

vida, podendo decidir de modo livre sobre seu fim. A decisão pelo suicídio consiste, assim, em um uso radical da própria autodeterminação humana. A morte, considerada em si, não entra em conflito com a dignidade humana, uma vez que não traz como consequência a colocação do sujeito em um estado indigno. Com a cessação de sua própria existência, o indivíduo deixa de ser sujeito de direitos e não mais é titular de pretensões decorrentes da dignidade humana. A morte extingue por completo sua personalidade. Deste modo, o indivíduo ao morrer passa a um estado que não é digno, nem indigno, o que impede uma valoração do ato de morrer frente à sua dignidade. Em razão disso, considerando-se a compatibilidade do ato suicida em relação à dignidade humana, ações que visem a impedir o intento do indivíduo em tirar sua própria vida constituem-se em um desrespeito à sua dignidade por retirarem do sujeito o controle que possui sobre sua existência.⁴⁰⁹

Não se pode ignorar que muitas ações suicidas são antes um pedido de ajuda do indivíduo do que uma real vontade de pôr fim à sua vida. Em tais casos, não se deve negar à pessoa o necessário auxílio para melhor compreender sua situação e procurar evitar o suicídio. Há, ainda, a possibilidade de abuso por parte de terceiros em relação à vontade suicida da pessoa, em prejuízo de sua liberdade. Todavia, especialmente nos casos em que a vida do indivíduo se mostra sem horizontes e resta apenas o sofrimento, como se observa em sérios comprometimentos da saúde, sua vontade deve ser respeitada.⁴¹⁰ Em certas situações, o respeito à dignidade humana resulta em um dever de abstenção, fazendo-se cumprir a vontade do indivíduo em relação à sua vida. Em razão disso, não é possível, por exemplo, atribuir ao médico a posição de garante, obrigando-o a tomar todas as medidas possíveis para a manutenção da vida da pessoa contra sua vontade.⁴¹¹

Outro importante aspecto a ser acentuado concretiza-se naqueles sujeitos que não podem exercer sua capacidade de autodeterminação de modo integral. Em tais casos, a dignidade humana se faz presente ainda que o indivíduo concretamente considerado não tenha a capacidade de autodeterminar-se e reger sua vida.⁴¹² A autonomia consagrada pela dignidade humana é atribuída a todos os indivíduos indistintamente, ainda que eles não possam concretamente exercê-la, como no caso das crianças e das pessoas com deficiência, dado que o gozo da dignidade humana não pressupõe qualquer capacidade

⁴⁰⁹ TIEDEMANN, Paul. *Menschenwürde als Rechtsbegriff*, cit., p. 442.

⁴¹⁰ TIEDEMANN, Paul. *Menschenwürde als Rechtsbegriff*, cit., p. 442-443.

⁴¹¹ TIEDEMANN, Paul. *Menschenwürde als Rechtsbegriff*, cit., p. 449.

⁴¹² DÜRIG, Günter. *Der Grundsatz von der Menschenwürde*, cit., p. 180.

ou aptidão dos sujeitos. Por isso, a autonomia destes sujeitos, na medida em que possa ser exercitada, deve ser levada em consideração sempre que possível nos atos que lhes dizem respeito.⁴¹³ A dignidade da pessoa humana impõe o respeito pela liberdade da pessoa, ainda que não se possa afirmar sua capacidade de exercício de sua autodeterminação.⁴¹⁴

Por fim, não se pode ignorar a relação entre a dignidade da pessoa humana e a autonomia, consistente na limitação da autonomia em suposta proteção da dignidade. Neste cenário, a dignidade passa a ser instrumento de heteronomia. Discute-se, em outras palavras, se a dignidade humana poderia justificar intervenções estatais na autonomia da pessoa com o objetivo de preservar a sua dignidade. Impõem-se, com base na dignidade da pessoa humana, condutas heterônomas para manter a dignidade e a autonomia. Em regra, esta compreensão da dignidade humana acaba por permitir posições autoritárias e moralistas, contrárias ao empoderamento da pessoa. O Estado não tem legitimidade de agir na vida pessoal dos indivíduos sob o argumento de que estaria tornando-as mais felizes à revelia das decisões que os próprios sujeitos tomam em relação às suas vidas. Existe, sim, o direito de buscar a felicidade, porém à maneira escolhida pelo próprio sujeito, sem imposições externas acerca de qual felicidade ele deve buscar e qual ele deve negar.⁴¹⁵ Afinal, a dignidade da pessoa humana confere ao indivíduo a posição de sujeito de direitos. Entendê-la de modo diverso ao voltá-la contra o próprio indivíduo e impor-lhe obrigações frente a si mesmo em prol de sua dignidade, acaba por torná-lo em primeiro lugar um destinatário de deveres, não mais um sujeito de direitos.⁴¹⁶

⁴¹³ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, cit., p. 138-139.

⁴¹⁴ MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais, cit., p. 174.

⁴¹⁵ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, cit., p. 182-187.

⁴¹⁶ MÜLLER, Jörn. Ein Phantombild der Menschenwürde, cit., p. 123.

TERCEIRO CAPÍTULO – REFLEXOS DA AUTONOMIA DIREITO PENAL

Após afirmar a especial posição da autonomia no Direito e os reflexos na relação entre indivíduo e Estado, analisam-se quais são as suas consequências para o Direito Penal. Objetiva-se, em especial, determinar alguns elementos acerca do que é o sujeito livre em sentido jurídico-penal e qual tratamento o Estado lhe deve dispensar. Neste campo específico, destacam-se os estudos acerca do paternalismo jurídico-penal, cujo instrumental permitirá a compreensão de algumas linhas mestras do Direito Penal acerca do sujeito livre e em que medida respeita sua autonomia.

3.1. Paternalismo

3.1.1. Conceito e classificações

Inicialmente, é preciso tratar do conceito de paternalismo, com especial atenção ao campo jurídico-penal.⁴¹⁷ O paternalismo, por seu próprio nome, sugere de plano um importante traço de sua conceituação, mais precisamente, a percepção do indivíduo como criança, o que pressupõe uma relação paternal, partindo-se da ideia básica de vulnerabilidade do sujeito, que necessita de orientação de outra pessoa uma vez que pode ser enganado pelos outros. Sempre há a figura do protetor e do protegido, do tutor e do tutelado.⁴¹⁸ Deste modo, o paternalismo traz em si certa conotação negativa, sugerindo que o Estado se relaciona com seus cidadãos adultos como se crianças fossem.⁴¹⁹

A par dessa ideia embrionária, contudo, não há um conceito unitário de paternalismo.⁴²⁰ Os debates sobre o paternalismo nos diversos campos do conhecimento partem de conceitos de difícil delimitação e, por conseguinte, diversas concepções acerca do paternalismo foram forjadas.⁴²¹ Sem a pretensão de abordar todos os aspectos desta discussão, é possível definir paternalismo, em termos amplos e genéricos, como a “interferência na liberdade de escolha de uma pessoa, presumidamente incapaz, contra

⁴¹⁷ Para um brevíssimo histórico acerca do paternalismo no âmbito penal: BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*, cit., p. 184-185.

⁴¹⁸ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal: Limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso de normas penais*. 1ª ed. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 85-86.

⁴¹⁹ FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of Criminal Law: Harm to self*. New York: Oxford University Press, 1986, p. 4.

⁴²⁰ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 88.

⁴²¹ BIRNBACHER, Dieter. *Paternalismus im Strafrecht*, cit., p. 11.

sua vontade, com o objetivo de promover-lhe um bem”, ou para simplesmente evitar-lhe um mal.⁴²² Em termos semelhantes, DWORKIN conceitua o paternalismo como a intervenção na liberdade alheia exclusivamente para promover seu bem estar, felicidade, necessidades, interesses ou valores.⁴²³ De modo mais singelo, pode-se também dizer que o paternalismo caracteriza-se pela coerção legal legitimada pela prevenção de danos do sujeito contra si mesmo.⁴²⁴ Deste modo, a intervenção paternalista do Estado caracteriza-se pela limitação da liberdade individual a fim de proteger o sujeito contra ato lesivo de si mesmo ou de terceiro, que recebeu seu consentimento na lesão, sempre em contrariedade à vontade declarada pelo ofendido no momento da conduta, para de preservar sua suposta vontade real, que não poderia ser manifestada naquele momento.⁴²⁵ Paternalismo pode então ser entendido como a conduta motivada pela desconsideração das preferências do outro, com o fim de promover e promover seu bem-estar.⁴²⁶ Esta conceituação não exclui, a princípio, que o paternalismo possa se dar também por meio de omissão. Isso ocorre, por exemplo, nos casos em que o sujeito tutelado tem suas possibilidades de condutas limitadas pela omissão de um terceiro, que mantém no indivíduo uma concepção errônea acerca de circunstâncias relevantes, especialmente ao deixar de lhe informar sobre opções de condutas que poderia exercer. Com essa falta de informação, acaba-se por limitar a liberdade do indivíduo.⁴²⁷

Merece especial atenção nesta proposta de paternalismo a contrariedade à vontade do sujeito. Na relação paternalista, desconsidera-se a vontade do sujeito, a fim de supostamente lhe trazer algum benefício, uma vez que se pressupõe certo *déficit* de discernimento e de consciência do indivíduo protegido, impedindo-lhe de reconhecer o que, sob a ótica do protetor paternalista, seria-lhe realmente mais vantajoso em uma dada situação. Por essa razão, a partir do momento em que há a concordância do indivíduo com a conduta que lhe é imposta, não é mais possível qualificar como paternalista a relação existente.⁴²⁸ Logo, é possível afirmar que a intervenção paternalista objetiva promover

⁴²² MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 88.

⁴²³ DWORKIN, Gerald. Paternalism. *The Monist*, v. 56, n. 1, 1972, p. 65.

⁴²⁴ FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of Criminal Law*, cit., p. 8.

⁴²⁵ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 197.

⁴²⁶ HUSAK, Douglas. Penal paternalism. In: COONS, Christian; WEBER, Michael (Org.). *Paternalism: Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 40.

⁴²⁷ BIRNBACHER, Dieter. Paternalismus im Strafrecht: ethisch vertretbar? In: HIRSCH, Andreas von; NEUMANN, Ulfried; SEELMANN, Kurt (Org.). *Paternalismus im Strafrecht: Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten*. Baden-Baden: Nomos, p. 11-26, 2010, pp. 16-17.

⁴²⁸ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 93-94.

um bem a uma pessoa por meio da coerção, sem a concordância do sujeito tutelado acerca da qualidade “boa” proporcionada paternalisticamente em seu favor.⁴²⁹

Deste modo, é traço essencial da intervenção paternalista a coerção, isto é, ao sujeito não é possível que deixe de submeter-se à intervenção.⁴³⁰ Esta coerção pode ser dirigida diretamente em relação ao titular do bem jurídico, bem como ao terceiro cuja conduta corrobora a lesão ou colocação em perigo do bem jurídico alheio.⁴³¹ Por seu caráter coercitivo, em todas as intervenções paternalistas o indivíduo nega a proteção que lhe é imposta e, portanto, a ação paternalista pressupõe o confronto com a autonomia do sujeito, usurpando sua capacidade de tomada de decisão e assim tornando-o um meio para um fim estabelecido por outrem.⁴³²

Ao se abordar a relação conflituosa entre a restrição paternalista e vontade do sujeito tutelado, ressalva-se a figura do autopaternalismo. O autopaternalismo é a privação da liberdade do sujeito a seu próprio pedido, a fim de evitar-lhe prejuízos. Com a restrição, cumpre-se, na verdade, a vontade do indivíduo, expressada em momento anterior. Posteriormente, quando da limitação consentida da liberdade, verifica-se a contraposição entre o desejo expresso e a conduta do terceiro. Entretanto, há acima de tudo o respeito à real vontade do sujeito, anteriormente comunicada. Ainda que haja traços paternalistas na restrição da liberdade, não se pode ignorar que por trás, como fundamento, aparece a manifestação de vontade do próprio sujeito.⁴³³

Outro importante aspecto do conceito de paternalismo se encontra na ideia de lesão. Mais precisamente, a qualificação de uma dada relação como paternalista depende do ponto de vista adotado pelo intérprete quanto à amplitude do conceito de lesão. As ações humanas, por mais que se refiram ao próprio sujeito, sempre possuem reflexos nos demais indivíduos e, deste modo, podem também lesar direta ou indiretamente outras pessoas. Cita-se, como exemplo, o suicídio do pai de família que deixa seus filhos sem fontes de sustento ou dos custos arcados pela coletividade com o tratamento médico dedicado ao motorista acidentado que decidiu não utilizar o cinto de segurança.⁴³⁴ Além

⁴²⁹ DWORKIN, Gerald. *Paternalism*, cit., p. 69.

⁴³⁰ HIRSCH, Andrew von. Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 67, julho-agosto de 2007, p. 13. Nesse mesmo sentido BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*, cit., p. 185.

⁴³¹ BIRNBACHER, Dieter. *Paternalismus im Strafrecht*, cit., p. 16.

⁴³² MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 131.

⁴³³ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 94-95.

⁴³⁴ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 117. Nesta mesma linha de raciocínio, Ana Elisa Liberatore Silva BECHARA acaba por relacionar autonomia e paternalismo penal,

disso, como ilustra JOEL FEINBERG, o indivíduo que se lesionou não pode prestar serviços aos demais membros da sociedade, deixando de trabalhar, gerando custos para reestabelecer sua saúde e para reparar danos que tenha eventualmente causado a bens públicos. Entretanto, em tais hipóteses não se pode invocar o *harm principle* para se afirmar um suposto dano à coletividade e assim legitimar a intervenção paternalista, quando na verdade se está diante de lesões e riscos que provêm do próprio sujeito lesionado. Defende-se que, ao menos nas sociedades ocidentais modernas, o grau de dano à coletividade causado pelas lesões dirigidas pelo sujeito contra si mesmo é demasiadamente baixo e, por isso, não se revela apto a justificar grandes limitações à sua liberdade individual, instrumentalizadas por meio da coercitiva intervenção paternalista.⁴³⁵ Igualmente, não se justifica a intervenção paternalista nos casos em que a conduta autolesiva do sujeito pode – de modo mediato – possivelmente causar danos futuros a outrem. Não se afigura possível imputar moralmente tais resultados ao indivíduo autor da conduta autolesiva, especialmente quando existem sujeitos intermediários no desenrolar causal, dado que não é propriamente a conduta autolesiva do indivíduo que por si mesma gera danos ou perigos a outros sujeitos, mas sim outros fatores posteriores e que guardam pouca relação com a conduta do primeiro indivíduo. Logo, ao limitar a liberdade do indivíduo com base em tais fundamentos, haveria indevida e inaceitável responsabilização do sujeito por atos que lhe são estranhos.⁴³⁶

No que toca às consequências jurídicas do paternalismo, JOEL FEINBERG aponta a existência, *grosso modo*, do paternalismo presumivelmente reprovável e paternalismo presumivelmente não reprovável. O primeiro consiste no tratamento de pessoas adultas e responsáveis como crianças, em nome de seu próprio benefício ou de outrem, de modo arbitrário, desnecessário, expressando uma falta de confiança em relação a ela. Já o paternalismo presumivelmente não reprovável, por sua vez, tem como objetivo proteger

ao afirmar que “Antes de tudo, cabe esclarecer que a autonomia não pode ser entendida de forma residual ou por exclusão, tomando-se como referencial a sociedade, uma vez que todos os comportamentos humanos possuem múltiplas consequências e implicações sociais, ao menos sob o ponto de vista indireto. Assim, o pretexto do dano indireto a terceiros não pode afastar a análise da natureza paternalista de uma norma penal incriminadora, até em razão da possibilidade de sua evitação por meio do recurso a outros meios de controle social, pois assim estar-se-ia a proteger a esfera individual não mais a partir da consideração à pessoa, e sim à coletividade. Qualquer tentativa de justificação da tutela paternalista do bem-estar do indivíduo deve partir, assim, da própria compreensão do sujeito pretensamente protegido, indagando-se quais são seus interesses e o que, para ele, corresponde de fato um benefício. A resposta a essa indagação somente pode ser fornecida pelo referencial da dignidade da pessoa humana no contexto de um Estado Democrático de Direito” (*Bem jurídico-penal*, cit., pp. 188-189).

⁴³⁵ FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of Criminal Law*, cit., p. 22.

⁴³⁶ HIRSCH, Andrew von. *Paternalismo direto*, cit., p. 25-26.

peessoas que se encontram em situações de desamparo ou de vulnerabilidade.⁴³⁷ Os casos de paternalismo presumivelmente reprovável são assim classificados, porque significam uma intervenção direta na liberdade individual. O Estado coloca-se rebaixa o sujeito ao entender-se mais apto a afirmar o que é o melhor para o indivíduo e “corrigir” suas escolhas.⁴³⁸ Tal distinção, contudo, torna-se mais fluida no caso de pessoas com deficiências mentais. Nessas hipóteses, corre-se o risco de impor medidas contra a vontade do indivíduo sem sua anuência, por considerá-lo incapaz de tomar suas próprias decisões. Contudo, dentro do largo espectro dos possíveis distúrbios, em muitos dos casos o sujeito, a par de sua deficiência, continua a ser suficientemente capaz em termos cognitivos para decidir sobre si.⁴³⁹

Existem diversas classificações de paternalismo. Importa expor as principais diferenças entre paternalismo rígido e moderado, bem como entre paternalismo puro e impuro.⁴⁴⁰

Em primeiro lugar, paternalismo rígido e o moderado diferenciam-se no que tange à gradação da voluntariedade que marca o ato ou o consentimento do sujeito que se coloca em risco ou que sofrerá a lesão. O paternalismo rígido impõe a proteção de adultos em face das consequências lesivas de seus atos e consentimentos, desconsiderando por completo sua vontade e suas decisões livremente tomadas, sempre com o objetivo de promover o seu suposto benefício. Por outro lado, o paternalismo moderado confere ao Estado o direito de intervir nas condutas que lesem o próprio sujeito tão somente nas hipóteses em que o ato ou o consentimento não sejam voluntários ou sempre que seja necessário verificar-se previamente a voluntariedade da conduta. O objetivo do paternalismo moderado não é proteger o indivíduo de danos que possa causar a si, mas sim fazer com que o sujeito possa exercer sua real vontade nos casos em que aparentemente está viciada e, portanto, não é efetiva demonstração de sua vontade.⁴⁴¹

O paternalismo moderado, direto ou indireto, apoia-se na ideia de autonomia, considerando lícita a intervenção estatal, sempre que as decisões autolesivas e irreversíveis do sujeito são tomadas em situações nas quais se verificam fatores tais como

⁴³⁷ FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of Criminal Law*, cit., p. 5.

⁴³⁸ FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of Criminal Law*, cit., p. 23.

⁴³⁹ FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of Criminal Law*, cit., p. 6.

⁴⁴⁰ Note-se que a distinção entre paternalismo puro e paternalismo impuro corresponde ao que que Ana Elisa Liberatore Silva BECHARA denomina de paternalismo direto e indireto (*Bem jurídico-penal*, cit., p. 186).

⁴⁴¹ FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of Criminal Law*, cit., p. 12.

a imaturidade pela idade e doenças mentais, a fim de possibilitar a decisão em diferentes condições.⁴⁴² No Direito Penal, aplica-se o paternalismo rígido aos bens jurídicos considerados indisponíveis, dado que a vontade, a consciência e a capacidade do sujeito são indiferentes para lhe impor o dever de não se lesar, mesmo voluntariamente.⁴⁴³

Também se destaca a distinção entre o paternalismo puro e impuro. O paternalismo puro, também chamado de paternalismo direto, impõe o dever de proteção de bens jurídicos aos próprios titulares, ou seja, a restrição da liberdade recai sobre o próprio indivíduo cujo benefício se persegue. Por outro lado, o paternalismo impuro ou indireto direciona-se ao comportamento de outros indivíduos, a fim de que eles protejam os sujeitos que são os reais objetos da ação paternalista.⁴⁴⁴ Assim, no paternalismo indireto o sujeito tutelado tem limitada sua liberdade de disposição do bem jurídico ao ser impedido de incluir um terceiro em sua conduta, sobre o qual recairá a sanção penal paternalista. Logo, a punição do terceiro acaba por significar uma restrição à liberdade do titular do bem jurídico,⁴⁴⁵ uma vez que os planos do sujeito tutelado de se lesionar ou de se colocar em perigo são frustrados ao se impor a proibição ao terceiro.⁴⁴⁶

No paternalismo puro ou direto o perigo pode ser evitado por ato do próprio sujeito tutelado e, por isso, a intervenção estatal pela restrição da liberdade recai diretamente sobre ele. Em razão disso, não é possível tratar tais casos do mesmo modo que aqueles nos quais a limitação da liberdade tem como fundamento a proteção de outros indivíduos. Por outro lado, o paternalismo impuro ou indireto, dado que permite limitações à liberdade de uma pessoa em benefício de outro sujeito, requer para sua legitimação justificação rígida, uma vez que o sujeito que sofre a intervenção em sua liberdade beneficia um terceiro com tal limitação, não si mesmo.⁴⁴⁷ Ao mesmo tempo, ao lado de tal rigidez, existe maior facilidade em legitimar restrições paternalistas indiretas do que as limitações do paternalismo direto, em razão das diferenças estruturais entre ambas as figuras. Isso porque, no paternalismo indireto, a ação de um terceiro frente ao bem

⁴⁴² SCHÜNEMANN, Bernd. Die Kritik am strafrechtlichen Paternalismus: Eine Sisyphus-Arbeit? In: HIRSCH, Andreas von; NEUMANN, Ulfried; SEELMANN, Kurt (Org.). *Paternalismus im Strafrecht: Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten*. Baden-Baden: Nomos, 2010, p. 237.

⁴⁴³ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 100-101.

⁴⁴⁴ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 101.

⁴⁴⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. Die Kritik am strafrechtlichen Paternalismus, cit., p. 221.

⁴⁴⁶ DU BOIS-PEDAIN, Antje. Die Beteiligung an fremder Selbstschädigung als eigenständiger Typus moralisch relevanten Verhaltens: Ein Beitrag zur Strukturanalyse des indirekten Paternalismus. In: HIRSCH, Andreas von; NEUMANN, Ulfried; SEELMANN, Kurt (Org.). *Paternalismus im Strafrecht: Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten*. Baden-Baden: Nomos, 2010, p. 33.

⁴⁴⁷ DWORKIN, Gerald. *Paternalism*, cit., p. 68.

jurídico do sujeito tutelado pode ser mais facilmente vista como um dano alheio e, a princípio, não permitido. Já no paternalismo direto, como se restringe de modo imediato a liberdade do próprio titular do bem jurídico, sua conduta será sempre um dano a si mesmo, cuja ilegalidade é de difícil justificação. Por essa razão, o paternalismo indireto não é um paternalismo puro, pois volta-se ao comportamento de um terceiro e lhe proíbe a conduta que lesa ou coloca em perigo o bem jurídico de outrem.⁴⁴⁸

3.1.2. Justificações do paternalismo

Um dos pontos mais delicados do paternalismo diz respeito à legitimação de suas intervenções na liberdade individual. É certo, afinal, que a interferência estatal só pode ocorrer caso seja devidamente justificada.⁴⁴⁹ De um modo genérico, pode-se afirmar que a restrição paternalista da liberdade se dá sob o argumento de que o sujeito não saberia realmente o que é o melhor para si mesmo.⁴⁵⁰

Afirma-se, em primeiro lugar, que a finalidade da norma paternalista é a proteção da autonomia individual, a fim de possibilitar ao sujeito as condições ao exercício de sua autonomia no futuro por meio da tutela dos bens jurídicos que garantem o desenvolvimento do indivíduo e permitem sua atuação conforme sua vontade. A atuação paternalista procura manter o indivíduo como um ente autônomo. Deste modo, ao proibir determinado comportamento lesivo do sujeito em relação a si mesmo, procura-se preservar sua liberdade em um momento futuro, quando então agirá conforme sua vontade. Assim, limita-se a liberdade de fruição do bem jurídico justamente para que se proteja a própria liberdade do seu titular.⁴⁵¹

Esse aspecto da intervenção paternalista relaciona-se com a proteção da vontade real do sujeito, mesmo que sua manifestação no momento da lesão ao bem jurídico seja diferente. Contudo, o exame desta suposta vontade real não deve ocorrer sem grandes cuidados, pois não há como se determinar de modo preciso qual seria essa vontade real do sujeito vulnerável e suposições não são adequadas a permitir a intervenção penal por abrir caminho para moralismos. Por isso, sugere-se a adoção de padrões mínimos, ligados a bens jurídicos indissociáveis ao próprio ser humano. Este padrão mínimo seria o

⁴⁴⁸ BIRNBACHER, Dieter. *Paternalismus im Strafrecht*, cit., p. 18-19.

⁴⁴⁹ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 86.

⁴⁵⁰ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 95.

⁴⁵¹ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 198-199.

conteúdo da vontade real do sujeito vulnerável, sem desconsiderar os traços e características da pessoa concreta.⁴⁵² Mais especificamente, a construção da “vontade real” da pessoa deve se basear especialmente em seu passado, desejos e valores. A vontade real – que seria manifestada fora do estado de vulnerabilidade – deve ser antes de tudo coerente com a história de vida do sujeito.⁴⁵³

Ligando-se à preservação da autonomia, com a ação paternalista há ainda o objetivo de promover certo bem à pessoa. Note-se que esta finalidade não é necessariamente altruísta. É possível que o pretendido bem seja, em verdade, simples meio para que o indivíduo protetor alcance, por fim, outro bem para si mesmo. Todavia, não há ação paternalista que vise ao mal do sujeito.⁴⁵⁴ Ao mesmo tempo, a procura pelo bem do sujeito nunca pode ser fundamento único e suficiente para justificar a coerção de indivíduos,⁴⁵⁵ bem como não é possível justificar toda e qualquer intervenção com esse objetivo.⁴⁵⁶ Por mais bem intencionada que seja a imposição paternalista, obrigar alguém a agir contra suas escolhas significar tolher seu *status* de pessoa que possui controle sobre a própria vida e, assim, violar sua autonomia.⁴⁵⁷

Alerta-se, entretanto, que a noção de benefício próprio necessariamente se liga aos interesses do sujeito concreto e não se aplica de modo indiscriminado para todo e qualquer indivíduo. Além do mais, este benefício próprio necessita instrumentalmente da autonomia para ser alcançado, dado que a realização pessoal, enquanto bem perseguido pelos indivíduos, pressupõe o poder de escolha e decisão. Por isso, na maioria dos casos é o próprio sujeito quem melhor sabe o que é o melhor para si, ainda que tais decisões envolvam riscos e escolhas que não sejam as mais sábias aos olhos dos demais membros da sociedade. Logo, permitir que ele faça suas escolhas, respeitando-as integralmente, é promover sua realização pessoal e, portanto, seu próprio benefício.⁴⁵⁸

Por outro lado, a afirmação de que a autonomia é o instrumento para que o sujeito encontre as suas melhores decisões não significa que ela só deve ser protegida somente se acarretar boas escolhas. Ao contrário, a autonomia é um valor maior do que o bem-estar pessoal do sujeito e, mesmo que leve a escolhas imprudentes, ela tem que ser

⁴⁵² MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 202-203.

⁴⁵³ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 204.

⁴⁵⁴ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 96-97.

⁴⁵⁵ DWORKIN, Gerald. *Paternalism*, cit., p. 64.

⁴⁵⁶ FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of Criminal Law*, cit., p. 345.

⁴⁵⁷ FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of Criminal Law*, cit., p. 70.

⁴⁵⁸ FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of Criminal Law*, cit., p. 57-58.

respeitada.⁴⁵⁹ Deve-se sempre ter em consideração que, se o sujeito tomou uma decisão que lhe é desfavorável, assim o fez porque presumivelmente a considera boa para si. Além disso, não se pode deixar de cogitar que uma má escolhapode ter como causa um sacrifício em nome de outrem ou a favor de uma causa qualquer, assim como a decisão ruim pode ter como objetivo distante certo bem.⁴⁶⁰ Isto demonstra como é incerta, imprecisa e arriscada a tarefa de se determinar como boas ou más as escolhas alheias.

Ao incluir más escolhas no espectro do benefício próprio, não se pode encarar futuros e hipotéticos arrependimentos do sujeito como causa que legitimaria a ação paternalista estatal. É certo que eventuais arrependimentos do indivíduo sobre suas escolhas não significam obrigatoriamente que ele desejaria ter sido obrigado a tomar uma decisão diferente e se arrependa por não ter sido forçado a seguir outro caminho. A autonomia confere o direito de errar e de agir de modo arriscado e mesmo tolamente.⁴⁶¹

Igualmente, não se mostra adequado pautar o que hipoteticamente seria o benefício próprio do indivíduo ao se projetar tal concepção de bem em razão de sua pessoa futura. Neste ponto, é preciso analisar com atenção o argumento segundo o qual a liberdade do indivíduo deve ser limitada em favor de sua própria pessoa futura, ou seja, da sua possibilidade ulterior de agir ou deixar de agir em um dado sentido. A decisão, por óbvio, cabe exclusivamente ao sujeito no momento presente. Uma tal pessoa futura do sujeito, em prol da qual certos atos devem ou não ser realizados, é uma ficção. As decisões e escolhas devem ser tomadas apenas pelo sujeito em seus próprios limites temporais, no momento em que se encontra, sem considerações sobre qual seria a conduta que hipoteticamente realizaria no futuro.⁴⁶² Deste modo, nem mesmo a própria liberdade do sujeito, enquanto benefício almejado, poderia justificar o desrespeito à sua autonomia jurídica.⁴⁶³

Ressalta-se que as consequências pretensamente benéficas das medidas paternalistas – que teriam o condão de legitimá-las – não podem configurar meras abstrações. Por isso, a intervenção paternalista impõe ao Estado o ônus de provar que as condutas realmente têm efeitos danosos ou consequências benéficas, bem como a probabilidade de que tais consequências venham efetivamente a ocorrer. Por

⁴⁵⁹ FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of Criminal Law*, cit., p. 59.

⁴⁶⁰ FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of Criminal Law*, cit., p. 62.

⁴⁶¹ FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of Criminal Law*, cit., p. 62.

⁴⁶² FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of Criminal Law*, cit., p. 362.

⁴⁶³ FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of Criminal Law*, cit., p. 68.

consequência, o cidadão não tem o dever de demonstrar que as condutas que somente dizem respeito a si mesmo lhe seriam mais benéficas ou mesmo que não lhe trariam prejuízos. Em razão disso, DWORKIN sugere que em tal cenário seria preferível que vários sujeitos prejudiquem a si mesmos do que cercear a liberdade de apenas um deles.⁴⁶⁴

3.1.3. Críticas ao paternalismo

Por outro lado, o paternalismo é também objeto de críticas. No que diz respeito ao paternalismo penal, objeções podem ser encontradas em BECCARIA e HOMMEL, com a defesa do Direito Penal como meio para evitar danos sociais em contraposição ao entendimento anterior, que se ligava à ideia cristã de reprimenda ao pecado.⁴⁶⁵ Segundo SCHÜNEMANN, também se vislumbra crítica ao pensamento paternalista no pensamento de KANT, uma vez que o Direito Penal deve apenas punir as lesões à liberdade, de modo que não se afigura lícita a intervenção penal na esfera de liberdade própria do sujeito e que não se estende aos direitos e à liberdade alheias.⁴⁶⁶

Guardando semelhança com tais posicionamentos, atualmente um dos mais importantes argumentos críticos à intervenção paternalista consiste no *harm principle*, tal como desenvolvido defendido por JOEL FEINBERG. O *harm principle*, ou princípio do dano, estabelece que a ação estatal sobre o comportamento dos indivíduos apenas se justifica caso seja necessária para a prevenção de lesões ou riscos aos demais, porém não em relação ao próprio sujeito. Note-se que, para FEINBERG, o conceito de lesão no Direito Penal resume-se à ilegal frustração de interesses alheios. Diz-se ilegal porque são possíveis casos em que os interesses de terceiros podem ser deixados de lado lícitamente, tal como nas hipóteses de exculpação.⁴⁶⁷

É importante diferenciar o paternalismo indireto do *harm principle*. Pelo princípio do dano, o consentimento do sujeito afasta a proibição de uma dada conduta, enquanto o paternalismo indireto institui proibições de certas condutas que lesam um terceiro, ainda que ele tenha consentido, ignorando-se sua liberdade em prol de seu próprio benefício.⁴⁶⁸

⁴⁶⁴ DWORKIN, Gerald. *Paternalism*, cit., p. 83-84.

⁴⁶⁵ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*, cit., p. 184.

⁴⁶⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. *Die Kritik am strafrechtlichen Paternalismus*, cit., p. 222-226.

⁴⁶⁷ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 105-108.

⁴⁶⁸ FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of Criminal Law*, cit., p. 10.

Deste modo, no paternalismo indireto a máxima *volenti non fit iniuria* não tem relevância.⁴⁶⁹

Destaca-se, contudo, não exatamente ao conteúdo do *harm principle*, mas sim a defesa dos fundamentos da crítica filosófica e moral ao paternalismo com base na ideia de autonomia.⁴⁷⁰

Os defensores do paternalismo afirmam que todo e qualquer dano deve ser evitado, seja ele originado de terceiros, seja ele causado pelo próprio sujeito. Em ambos os casos, as diferentes causas não alteram o resultado, que é sempre a lesão ao sujeito. Haveria, em tese, um ganho para a coletividade com a diminuição de todas as fontes de lesão e isso justificaria normas de cunho paternalista.⁴⁷¹

Contudo, a proibição ilimitada de condutas dirigidas a si mesmo – a par de seu objetivo de evitar danos – geraria crimes que restringiriam demasiadamente a autonomia e por isso seriam moralmente ofensivos. É na autonomia que se encontra o obstáculo a tais criminalizações. A proteção das pessoas contra si próprias não justifica toda e qualquer prescrição legal. Em muitos casos, o respeito à autonomia tem um peso maior do que a prevenção do dano e tal circunstância torna ilegítima a norma paternalista.⁴⁷² Desta forma, não se pode justificar toda e qualquer intervenção penal que importe em obrigar os indivíduos a serem mais prudentes consigo mesmos.⁴⁷³

FEINBERG defende corretamente que a posição contrária ao paternalismo deve fundamentar-se na compreensão da autonomia. Neste contexto, coloca-se, acima dos demais questionamentos, um debate de natureza moral nos casos de conflito entre o dano sofrido pelo indivíduo e suas repercussões sociais. A autonomia serviria então como um trunfo moral nas discussões sobre o paternalismo.⁴⁷⁴ Além disso, uma das mais importantes consequências da adoção da autonomia como fundamento é afastamento das considerações de natureza utilitarista que legitimariam intervenções paternalistas. A adoção da autonomia como fundamento do anti-paternalismo impede que simples

⁴⁶⁹ FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of Criminal Law*, cit., p. 11.

⁴⁷⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. Die Kritik am strafrechtlichen Paternalismus, cit., p. 232-233.

⁴⁷¹ FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of Criminal Law*, cit., p. 25-26.

⁴⁷² FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of Criminal Law*, cit., p. 25-26.

⁴⁷³ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 117.

⁴⁷⁴ FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of Criminal Law*, cit., p. 26.

cálculos de utilidade justifiquem a limitação da liberdade individual em prol da prevenção de lesões.⁴⁷⁵

É necessário, para melhor compreensão do conflito entre autonomia e utilitarismo, um aprofundamento no tema. Pela ótica utilitarista do problema – que encontra representantes como GERALD DWORKIN – um comportamento preponderantemente individual pode ser limitado legitimamente se tal restrição acarretar efeitos positivos à coletividade.⁴⁷⁶ A limitação na liberdade individual justifica-se caso o bem almejado ao indivíduo seja de maior importância e a restrição da liberdade se mostre um mal de menor importância, quando confrontado com o bem por ele trazido. Logo, a questão torna-se contingente, podendo ser sempre refutada por provas novas sobre o bem maior ou o mal menor da intervenção estatal.⁴⁷⁷ Rejeita-se tal argumento, entretanto, pois ao se levar em conta os reflexos remotos de uma conduta, tende-se a se expandir excessivamente o processo de criminalização.⁴⁷⁸ Mesmo MILL não nega, como afirma DWORKIN, que submeter pessoas à coerção sob o pretexto de promover-lhes o bem acaba por descaracterizá-las como seres independentes. A capacidade de fazer suas próprias escolhas independente é em si um bem, ainda que as decisões tomadas não possam ser caracterizadas, pelos demais sujeitos, como sábias.⁴⁷⁹

Com a adoção da autonomia como fundamento da crítica ao paternalismo, afastando-se ao mesmo tempo de argumentos utilitaristas, há novamente proximidade ao pensamento KANT, dado que, diferentemente de BECCARIA e HOMMEL, ele se pauta em ideias de natureza deontológica, o que lhe confere especial posição como pensador antipaternalista.⁴⁸⁰ Neste contexto, FEINBERG atribui quatro diferentes significados à autonomia: capacidade, condição, ideal e direito. Destaca-se aqui a compreensão da autonomia como capacidade de autolegislação moral, sob a influência do pensamento kantiano, e a responsabilidade do sujeito por si próprio. Deste modo, afirma-se que a autonomia tem seu núcleo no direito de fazer escolhas e tomar decisões acerca da própria vida. Isso leva à indagação sobre os limites da autonomia e, por consequência, da atuação paternalista.⁴⁸¹

⁴⁷⁵ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 117-118.

⁴⁷⁶ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 136-137.

⁴⁷⁷ DWORKIN, Gerald. *Paternalism*, cit., p. 74.

⁴⁷⁸ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 136-137.

⁴⁷⁹ DWORKIN, Gerald. *Paternalism*, cit., p. 75.

⁴⁸⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. *Die Kritik am strafrechtlichen Paternalismus*, cit., p. 225.

⁴⁸¹ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 118-120.

3.1.4. Paternalismo no Direito Penal

O Direito Penal também é utilizado como instrumento de intervenção paternalista. Por isso, neste tópico objetiva-se analisar algumas interações entre Direito Penal e paternalismo, sendo que a principal preocupação reside na adequação deste ramo do Direito a tais fins.⁴⁸²

Os questionamentos acerca do paternalismo não dedicaram especial atenção às particularidades do Direito Penal em comparação com os demais ramos do Direito. Ao transpor o paternalismo ao Direito Penal, surgem problemas específicos ligados à sua própria natureza, o que não se verifica nas intervenções de caráter civil ou administrativo.⁴⁸³ O paternalismo no Direito Penal traz desafios não existentes em outros campos do Direito. Enquanto as razões por trás das intervenções paternalistas podem justificar a limitação da liberdade individual em certos ramos do Direito, aquelas mesmas razões podem ser – e no mais das vezes são – insuficientes para legitimar a incidência da norma penal, o que decorre da especialidade do Direito Penal em relação aos demais campos. Assim, torna-se mais difícil justificar o paternalismo penal, porque a própria intervenção penal do Estado já é, em si, de difícil justificação. Se a legitimação de qualquer norma penal é tarefa rigorosa, com mais razão o uso paternalista do Direito Penal trará ainda mais dificuldades para ser justificado.⁴⁸⁴ O ponto de partida é que ao Estado não é permitido, em regra, impedir por meio da sanção penal que o sujeito cause lesões a si mesmo,⁴⁸⁵ ainda que a inadequação do Direito Penal para proteger o sujeito contra si mesmo não implique na negação de toda e qualquer forma de paternalismo, instrumentalizada por outros campos do Direito.⁴⁸⁶

No Direito Penal, é possível encontrar normas marcadas pelo paternalismo direto, isto quer dizer, normas que se valem de sanções penais contra o sujeito para punir suas próprias condutas autolesivas. No entanto, o Direito Penal paternalista se faz mais atuante por meio normas paternalistas de caráter impuro ou indireto.⁴⁸⁷ Nestes casos, a norma penal não se destina ao sujeito titular do bem jurídico que o ordenamento quer proteger,

⁴⁸² HIRSCH, Andrew von. Paternalismo direto, cit., p. 12.

⁴⁸³ HIRSCH, Andrew von. Paternalismo direto, cit., p. 14-18.

⁴⁸⁴ HUSAK, Douglas. Penal paternalism, cit., p. 39-40.

⁴⁸⁵ HIRSCH, Andrew von. Paternalismo direto, cit., p. 14.

⁴⁸⁶ HIRSCH, Andrew von. Paternalismo direto, cit., p. 22.

⁴⁸⁷ HIRSCH, Andrew von. Paternalismo direto, cit., p. 12-13.

mas sim a um terceiro que, sob a ameaça da sanção penal, não deve lesar ou colocar em risco aqueles bens jurídicos, mesmo que seus titulares tenham expressado sua concordância com a lesão ou a colocação em risco.⁴⁸⁸

Constata-se, neste ponto, certa tensão entre o paternalismo jurídico-penal e o princípio da lesividade. Afinal, o agir paternalista só está presente quando se busca um benefício àquele que tem sua liberdade restringida, uma vez que sua segurança é, na ótica paternalista, um bem maior. Já no Direito Penal, por sua vez, procura-se evitar a lesão a um bem jurídico e, por isso, o objetivo paternalista é sempre evitar um mal. Ao Direito Penal não cabe a promoção do bem, pois o princípio da lesividade condiciona a norma penal incriminadora à lesão ou risco de lesão ao bem jurídico, mas não à sua promoção.⁴⁸⁹ Conferir ao Direito Penal a tarefa de promover benefícios – afastando-se do objetivo de evitar lesões e riscos a bens jurídicos – acaba por permitir a inclusão excessiva de elementos morais.⁴⁹⁰ Além disso, uma vez que nos casos de paternalismo estão em jogo apenas os interesses do próprio sujeito, não se constata um dano social ou propriamente uma lesão a bem jurídico com a conduta sancionada.⁴⁹¹

Também surgem dificuldades na aplicação do paternalismo por meio de normas penais no que diz respeito ao princípio da subsidiariedade. A atuação do Direito Penal pauta-se pela subsidiariedade, que impõe que a medida seja idônea e necessária. No paternalismo, pode-se dizer que há certa ambivalência, pois ele se situa, por um lado, entre as ideias de assistência e cuidado, em regra vistas valorativamente como positivas, e a tutela, que tende a ser encarada de modo negativo pelo sujeito. Assim, o juízo sobre a intervenção paternalista em um caso concreto passa a depender da relação entre o fim de cuidado eleito e o meio pelo qual o sujeito será tutelado⁴⁹², justificando-se apenas nas hipóteses em que a norma penal possa realmente induzir o comportamento desejado e – mais importante – quando a lesão ou risco ao bem jurídico seja suficientemente grave para se tornar uma ameaça real à autonomia da pessoa.⁴⁹³ A norma penal paternalista deve ser apta a alcançar seus objetivos, o que significa que a sua aplicação tem de realmente fazer com que o sujeito se encontre em posição mais benéfica do que na hipótese de

⁴⁸⁸ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 101.

⁴⁸⁹ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 99-100.

⁴⁹⁰ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 201.

⁴⁹¹ SCHÜNEMANN, Bernd. Die Kritik am strafrechtlichen Paternalismus, cit., p. 232-233.

⁴⁹² BIRNBACHER, Dieter. Paternalismus im Strafrecht, cit., p. 11.

⁴⁹³ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 200.

ausência da norma.⁴⁹⁴ Logo, não é possível justificar intervenções paternalistas sem antes possuir suficientes informações acerca da real efetividade de tais medidas.⁴⁹⁵ Caso exista algum outro meio para que se alcance certo fim e que seja menos restritivo à liberdade dos indivíduos, ele deve ser adotado, ainda que seja menos conveniente à sociedade.⁴⁹⁶

Tais ponderações acerca da subsidiariedade e da lesividade no Direito Penal e sua relação com o paternalismo aplicam-se especialmente à ideia de risco. Em verdade, a maioria das normas paternalistas do Direito Penal não tem como objetivo prevenir danos ao sujeito, mas sim evitar condutas que lhe criam o risco de dano.⁴⁹⁷ Tal risco a ser prevenido deve ser substancial e concreto, ligando-se efetivamente com o dano que se quer evitar, de modo que a norma penal tenha condições de realmente reduzir a ocorrência das possíveis lesões aos bens jurídicos. Igualmente, apenas se legitima a proibição da conduta arriscada contra si mesmo, caso também seja prevista a proibição da ocorrência direta e deliberada do próprio dano ao bem jurídico. Em outras palavras, caso não seja ilícita a produção direta da lesão, deixa de haver justificação para que a colocação em risco seja também considerada ilícita. Somente com a contrariedade ao direito resultante do dano há razões para se sancionar a criação do risco que leva àquela mesma lesão.⁴⁹⁸

Ressalta-se também a interessante relação entre a intervenção paternalista e a sanção penal. Mais precisamente, a sanção pelo desrespeito à norma penal paternalista – especialmente no caso do paternalismo direto – deve ser aplicada em favor dos interesses do sujeito protegido, não para utilizá-lo de exemplo aos demais que pretendem infringir a norma. Conceitualmente, não se pode falar em norma paternalista aplicada em contrariedade aos interesses do indivíduo tutelado. Todavia, não se pode ignorar que a pena é imposta contra a vontade do indivíduo e, sem deixar de lado seu fim retributivista, para lhe causar um mal. Deste modo, resta difícil conceber a aplicação da pena contra o sujeito e, ao mesmo tempo, em favor de seu próprio interesse, dada a motivação paternalista. Além disso, se a sanção não é capaz de dissuadir o sujeito a realizar condutas contra si proibidas pela norma paternalista, não se pode afirmar que a pena realmente seria aplicada para proteger os seus interesses. Não se alcançaria, portanto, o fim paternalista da norma, pois o indivíduo não se beneficia ao submeter-se à sanção penal.

⁴⁹⁴ HUSAK, Douglas. Penal paternalism, cit., p. 49.

⁴⁹⁵ HUSAK, Douglas. Penal paternalism, cit., p. 41.

⁴⁹⁶ DWORKIN, Gerald. Paternalism, cit., p. 84.

⁴⁹⁷ HUSAK, Douglas. Penal paternalism, cit., p. 43.

⁴⁹⁸ HUSAK, Douglas. Penal paternalism, cit., p. 44.

Por outro lado, esvaziado o objetivo paternalista e restante apenas a sanção em termos retributivos, não se justifica a imposição da pena, porquanto ela passa a causar aos sujeitos mais danos do que a própria conduta que proíbe. A alegada cura não pode ser pior do que doença e a sanção penal inflige ao sujeito um mal sem lhe proporcionar o benefício paternalista, que é evitar o dano resultante da conduta arriscada.⁴⁹⁹

Em suma, a imposição da sanção ao sujeito pela conduta lesiva lhe traz mais danos do que benefícios e a criminalização da conduta não seria adequada, pois não é capaz de dissuadir o sujeito.⁵⁰⁰ Em outras palavras, não se pode falar que a lei efetivamente pretende proteger o indivíduo nos casos em que, para punir uma conduta de autolesão, impõe pena que se traduz em dano maior do que aquele infligido pela conduta proibida. Em tais hipóteses, há antes de tudo uma manifestação moralista, e não uma preocupação real com o sujeito. JOEL FEINBERG exemplifica este raciocínio com a punição penal pelo uso de drogas.⁵⁰¹ Por essas razões, as intervenções do paternalismo direto se mostram tendencialmente ineficazes,⁵⁰² tornando-se difícil sua justificação.⁵⁰³

3.2. Autonomia no Direito Penal

Debruça-se neste tópico sobre alguns questionamentos acerca da ação autônoma no Direito Penal. Não se desconhecem as dificuldades do tema. A liberdade não é um produto de laboratório ou um objeto cuja existência possa ser conhecida de modo empírico e descritivo, como em outros campos do conhecimento.⁵⁰⁴ Todavia, não cabe ao jurista que se ocupa com o Direito Penal responder de modo exaustivo à questão acerca

⁴⁹⁹ HUSAK, Douglas. Penal paternalism, cit., p. 50-51. Além disso, no que tange especificamente à crítica do paternalismo penal a partir das funções da pena, ressalta Ana Elisa Liberatore Silva BECHARA que “o argumento definitivo contra o emprego do Direito Penal nessas hipóteses relaciona-se à inevitável função de censura da pena. Com efeito, se a pena contém um julgamento ético-social de valor negativo a desaprovar o ato, não parece ser este o fundamento para justificar a intervenção penal no caso das autolesões, mais voltadas em dar ao indivíduo tempo para uma nova avaliação e reflexão de suas escolhas. A questão não deve se vincular, portanto, à censura do comportamento passado” (Bem jurídico-penal, cit., p. 188)

⁵⁰⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. Die Kritik am strafrechtlichen Paternalismus, cit., p. 232-233.

⁵⁰¹ FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of Criminal Law*, cit., p. 17-18.

⁵⁰² BIRNBACHER, Dieter. Paternalismus im Strafrecht, cit., p. 25.

⁵⁰³ HUSAK, Douglas. Penal paternalism, cit., p. 50-51.

⁵⁰⁴ MOHR, Georg. Welche Freiheit braucht das Strafrecht? In: LAMPE, Ernst-Joachim; PAUEN, Michael; ROTH, Gerhard (Org.). *Willensfreiheit und rechtliche Ordnung*. Frankfurt: Suhrkamp, 2008, p. 92.

da existência liberdade humana, mas tão somente investigar sua relevância para seu campo de estudo.⁵⁰⁵

Como se verá, a ausência de autonomia do sujeito é um dos elementos autorizadores da intervenção paternalista do Estado em situações nas quais o sujeito consente com a lesão que lhe é causada.⁵⁰⁶ Cabe, no entanto, delinear com maior precisão o conceito jurídico de autonomia, sobretudo com base no pensamento de JOEL FEINBERG.

3.2.1. Traços gerais

Acima de tudo, a autonomia individual é o domínio inviolável do sujeito. Conforme FEINBERG, a autonomia se reflete como capacidade de autogoverno, como condição para o autogoverno e para as virtudes, como um ideal que deriva da própria concepção e como autoridade soberana do sujeito para autogovernar-se.⁵⁰⁷

A autonomia como capacidade significa que não é possível se falar em um direito à autonomia sem antes pressupor a capacidade para ser autônomo.⁵⁰⁸ Esta capacidade se verifica de diversos modos. Na medida em que o indivíduo se mostra capaz, ainda que em níveis consideravelmente baixos, ele já é autônomo. Basta que ele ultrapasse um grau mínimo de capacidade para ser qualificado como juridicamente apto para se autogovernar. Com isso, ainda que suas decisões possam ser entendidas pelos demais como ruins para si, pouco sensatas, imprudentes ou tolas, ele mantém a completa soberania sobre si mesmo. Em verdade, a pessoa que está abaixo do nível mínimo de capacidade sequer pode ter condutas insensatas, descuidadas ou perversas. Apenas o sujeito minimamente capaz – e, portanto, juridicamente autônomo – pode, aos olhos dos demais, agir estupidamente.⁵⁰⁹

A autonomia como condição traduz-se como pressuposto para a autodeterminação e todas as consequentes virtudes humanas a ela ligadas. Destacam-se, entre tais virtudes, o autopertencimento do sujeito, sua individualidade, sua autenticidade, integridade, autocontrole e iniciativa de criação. Além disso, a autonomia é condição para a

⁵⁰⁵ LAMPE, Ernst-Joachim. Die Bedeutung der menschlichen Freiheit in der neueren Lehre vom Strafrecht. In: LAMPE, Ernst-Joachim; PAUEN, Michael; ROTH, Gerhard (Org.). *Willensfreiheit und rechtliche Ordnung*. Frankfurt: Suhrkamp, 2008, p. 304.

⁵⁰⁶ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 139.

⁵⁰⁷ FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of Criminal Law*, cit., p. 27-28.

⁵⁰⁸ FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of Criminal Law*, cit., p. 28.

⁵⁰⁹ FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of Criminal Law*, cit., p. 30.

responsabilidade por si. A conduta autônoma do sujeito possibilita o juízo de responsabilidade e sobre ele devem recair as consequências do ato, sejam elas positivas ou negativas. Ao mesmo tempo, esta é uma relação de mão dupla, porquanto o desenvolvimento da autonomia do sujeito é estimulado e reforçado por meio da responsabilidade por sua conduta.⁵¹⁰

Já a autonomia como ideal deve ser abordada com atenção, por ser conceito necessariamente vago, incerto e flexível. Ainda que sejam possíveis refinamentos, trata-se de algo incompleto e parcial. Em razão disso, o conceito de autonomia não pode ter como objetivo alcançar plenamente padrões morais de excelência. Pode-se apenas pretender, enquanto autonomia ideal, que o sujeito seja um indivíduo autêntico e autodeterminado, sem ignorar sua qualidade enquanto membro de uma comunidade. Como defende FEINBERG, o sujeito governa por completo a si mesmo, sendo autônomo, ainda que o faça mal, agindo por princípios contrários à moral e contra outros sujeitos autônomos. Deste modo, ainda que o indivíduo seja em tais casos moralmente deficiente, não lhe falta autonomia.⁵¹¹

A autonomia como direito relaciona-se à ideia de soberania pessoal, em analogia à soberania atribuída aos Estados-nacionais. A autonomia do indivíduo seria um território no qual ele é o exclusivo soberano, embora suas fronteiras sejam incertas. O centro da autonomia é o direito de fazer escolhas e tomar decisões sobre a própria vida, incluindo-se especialmente as decisões de maior importância no curso da vida do sujeito. A partir do uso analógico ideia de soberania, afirma-se que a autonomia é um conceito que não permite certas relativizações: ou há ofensa, ou há respeito à autonomia. Assim como a soberania de um Estado é violada ou não, ainda que a ação contrária seja trivial, como a permanência não autorizada de navios pesqueiros estrangeiros em águas territoriais. Portanto, não existem termos médios entre a ofensa e o respeito da autonomia.⁵¹²

Neste ponto, vê-se uma importante diferença entre a noção kantiana de autonomia e a noção ofertada por FEINBERG. Para KANT, é indiferente que o sujeito concorde ou não com os princípios racionais. Se o indivíduo prefere reger-se por outros princípios que não aqueles advindos da razão, ele não agiria autonomamente. Logo, quem mente, engana ou furta não se conduziria, segundo tal argumentação, de modo autônomo. FEINBERG aponta

⁵¹⁰ FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of Criminal Law*, cit., p. 31-44.

⁵¹¹ FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of Criminal Law*, cit., p. 44-47.

⁵¹² FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of Criminal Law*, cit., p. 47-55.

que, ao raciocinar deste modo, não se identifica o sujeito em conformidade com seus reais valores, mas sim, incorretamente, com uma razão impessoal.⁵¹³ Desta forma, a noção de autonomia jurídica defendida por FEINBERG difere da autonomia kantiana, notadamente por ser esta última notadamente marcada pela abstração e impessoalidade. Afirma FEINBERG que KANT não respeita exatamente o sujeito, mas sim um algo exterior presente no sujeito, que por vezes pode mesmo ser seu inimigo e lhe fazer oposição. O sujeito de KANT não é a pessoa que controla sua própria vida, mas sim um mero repositório de qualidades abstratas, entre elas a dignidade, as quais têm de ser protegidas, quando necessário, às custas do próprio sujeito.⁵¹⁴

Pela concepção de FEINBERG, a autonomia liga-se diretamente à voluntariedade, ou seja, para afirmar a autonomia do indivíduo importa que sua conduta possa ser qualificada como voluntária, representando seus valores e preferências,⁵¹⁵ não se aplicando critérios como racionalidade, razoabilidade ou prudência da conduta. Isso porque, sob a ótica do paternalismo moderado, seria legítimo apenas prevenir as assunções de risco não voluntárias, enquanto o paternalismo rígido proibiria todo e qualquer risco não razoável assumido pelo sujeito.⁵¹⁶

É necessário advertir em relação à indevidas exigências de requisitos ilusórios para a afirmação da autonomia. A complexidade das estruturas sociais torna a decisão livre e totalmente informada mais complexa, a ponto de se sustentar que é impossível o preenchimento de todas as condições fáticas ideais para que se alcance uma vontade que compreende todos os fatores ao redor. Contudo, essa inegável dificuldade não pode obstar por completo toda e qualquer forma de autonomia, que justificaria uma intervenção ilimitada do Estado.⁵¹⁷ Portanto, o único fator relevante para se determinar o respeito à decisão do sujeito é a voluntariedade. Pouca diferença há no fato de a pessoa encontrar-se, por exemplo, em estágio terminal de uma dada doença, em dor e sofrimento. Também aqueles que não se encontram em tal difícil cenário possuem a mesma medida de autonomia, que merece igual respeito, e seus atos podem ser na mesma medida voluntários.⁵¹⁸

⁵¹³ FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of Criminal Law*, cit., p. 35-36.

⁵¹⁴ FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of Criminal Law*, cit., p. 94-97.

⁵¹⁵ FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of Criminal Law*, cit., p. 112-113.

⁵¹⁶ FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of Criminal Law*, cit., p. 106.

⁵¹⁷ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 151.

⁵¹⁸ FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of Criminal Law*, cit., p. 351.

Ainda que não se possa falar em critérios rígidos e inflexíveis para se quantificar a voluntariedade de uma conduta, é possível identificar algumas balizas e regras de experiência para determinar se a escolha do sujeito é suficientemente voluntária e, portanto, autônoma.⁵¹⁹

Um primeiro critério para determinar a voluntariedade de uma escolha liga-se ao risco da conduta. Quanto maior é o risco ao sujeito, também mais rigorosos devem ser os meios para verificar a voluntariedade da escolha. Atente-se novamente que nesse raciocínio não entra em jogo qualquer questionamento acerca da razoabilidade da escolha. Deste modo, por exemplo, não há a suficiente voluntariedade se houver à disposição um meio menos arriscado para alcançar o fim do sujeito, mas ele não souber da possibilidade de escolher tal meio. Por não saber da existência de um meio menos arriscado, sua escolha não é suficientemente voluntária. É importante sublinhar que o paternalismo moderado tem como preocupação proteger o sujeito de riscos e danos que não foram objeto de sua real vontade. Assim, constatando-se a voluntariedade do ato, ele deve ser respeitado, embora a conduta importe riscos ao indivíduo.⁵²⁰

Outro parâmetro é a irreversibilidade do dano. Caso o dano ligado à conduta arriscada seja irreversível, os critérios de apuração da voluntariedade também são mais rigorosos. O juízo errôneo do sujeito sobre um determinado risco, cujo dano a si é irreversível, jamais poderá ser corrigido. Por isso, os critérios para determinar a voluntariedade do ato devem ser rigorosos, o que não impede a sua adequação caso a caso. Não se pode, afinal, aplicar os mesmos critérios para pacientes idosos em estágio terminal e para jovens depressivos, ainda que em ambos os casos o resultado final seja a irreversível morte.⁵²¹ A escolha do sujeito por não mais ser mantido vivo por aparelhos, acarretando sua morte, deve ser respeitada, desde que seja possível qualificá-la como voluntária considerando parâmetros rigorosos em razão da irreversibilidade da morte. Não se pode respeitar, a princípio, a decisão de um incapaz para abandonar um tratamento. Por outro lado, uma retratação do sujeito em relação a um voluntário pedido de suspensão de tratamento, por implicar na manutenção da vida, deve ter a análise de sua voluntariedade mais flexível e menos rígida, porquanto não irreversível.⁵²²

⁵¹⁹ FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of Criminal Law*, cit., p. 117.

⁵²⁰ FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of Criminal Law*, cit., p. 118-120.

⁵²¹ FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of Criminal Law*, cit., p. 118-121.

⁵²² FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of Criminal Law*, cit., p. 363-364.

Além disso, há casos em que se pode falar em uma certa presunção de não voluntariedade. É preciso certa cautela ao lidar com tal hipótese. Existem atos que, em regra, raramente são voluntários e por isso exigem uma análise prévia acerca da sua voluntariedade. Somente após constatada a suficiente voluntariedade do ato, permite-se sua realização pelo sujeito. Esta presunção não se relaciona com o grande risco ligado à conduta ou a uma eventual irreversibilidade do dano que poderá ser causado. A única razão para tal presunção de não voluntariedade repousa na experiência, que aponta pela não voluntariedade de certas condutas na maioria dos casos. Com isso, há uma intervenção na conduta do agente, com o simples fim de verificar sua voluntariedade e fazer com que ele evite ações lesivas contrárias à sua vontade.⁵²³

Todavia, reafirma-se que neste procedimento de verificação da voluntariedade de um ato não devem ser utilizados juízos acerca de uma possível correção ou valor da escolha. O único objetivo é determinar se a decisão do sujeito realmente corresponde à sua vontade. A única razão possível para que o Estado atue para prevenir uma conduta que lesa ou coloca em risco seu próprio autor é sua não voluntariedade. Por isso, havendo dúvidas sobre a voluntariedade do ato, cabe a intervenção temporária para determiná-la.⁵²⁴

3.2.2. *Autonomia: riscos e bens jurídicos*

Merece especial cuidado a relação entre autonomia e risco. Sabe-se que, caso se parta de uma noção demasiadamente racionalista de autonomia, que deixa de lado os traços inerentes ao sujeito concretamente considerado, tende-se a negar o caráter autônomo a condutas marcadas pelo risco. Deste modo, as ações e omissões que se mostram arriscadas ou mesmo lesivas ao sujeito seriam, por aquele ponto de vista, não autônomas, dado que contrárias aos mandamentos *abstratos* da razão. Contudo, como já exposto, não se deve adotar tal conceito de autonomia, negando o caráter autônomo de inúmeras condutas que não corresponderiam à “melhor decisão” racional.

Todas as atividades humanas envolvem riscos e, no mais das vezes, cabe às pessoas escolher entre condutas com maior ou menor de risco. Contudo, nessa escolha não se pode confundir prudência e razoabilidade. A escolha de certas condutas menos

⁵²³ FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of Criminal Law*, cit., p. 124.

⁵²⁴ FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of Criminal Law*, cit., p. 126.

arriscadas, ainda que mais prudentes, pode não ser a decisão mais razoável. Há casos em que a assunção de riscos é a escolha mais apontada pela razoabilidade. Não existe uma fórmula exata que relaciona riscos e razoabilidade da decisão.⁵²⁵ Muitas escolhas supostamente não razoáveis são feitas por pessoas que estão no pleno comando de suas faculdades racionais. O caráter irrazoável da decisão geralmente reside no fato de que aquele que julga exteriormente a escolha alheia não teria tomado a mesma decisão. Parte-se de um prisma próprio e pessoal para formar um juízo sobre a conduta alheia. Assim, a simples discordância com a escolha do outro muitas vezes é o fundamento para desqualificá-la e rotulá-la como não razoável. Em verdade, pessoas perfeitamente racionais podem ter suas decisões entendidas por outros indivíduos, também perfeitamente racionais, como irrazoáveis. Dessa maneira, tal falta de razoabilidade não pode ser utilizada como indício de irracionalidade dos sujeitos.⁵²⁶ Dificilmente se pode afirmar qual seria a conduta correta de um indivíduo racional, notadamente em áreas relativas à liberdade pessoal e, por isso, em tais discussões podem aflorar disfarçadas como racionalidade somente pontos de vista valorativos e normativos de terceiros.⁵²⁷

Ao afirmar-se a não razoabilidade de uma conduta de outrem, subjaz um posicionamento desfavorável e uma rejeição à escolha alheia. Todavia, deve-se atentar para o fato de que a razoabilidade de uma conduta se liga antes de tudo aos fins eleitos pelo próprio agente. A conduta só deixa de ser razoável, caso ela não se preste aos fins que seu próprio autor elegeu. Contudo, existe a tendência de valoração das condutas alheias sob a ótica dos fins do próprio julgador, não com os objetivos do responsável pela escolha. Em outras palavras, a conduta do indivíduo é apontada como não razoável, porém em relação a fins e objetivos de outras pessoas. Consequentemente, há a rejeição das escolhas alheias com base em convenções e julgamentos que não fazem parte dos fins escolhidos pelo autor da conduta arriscada. Em verdade, deve-se concluir que a não razoabilidade da escolha, quando baseada nos fins alheios, nenhuma relação tem com a real voluntariedade e liberdade da conduta e, portanto, não legitima qualquer interferência coercitiva.⁵²⁸ Mesmo uma decisão não razoável ou supostamente errada do sujeito que importa em sua morte deve ser respeitada somente por ser sua decisão e sua vida, portanto,

⁵²⁵ FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of Criminal Law*, cit., p. 101-102.

⁵²⁶ FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of Criminal Law*, cit., p. 106.

⁵²⁷ DWORKIN, Gerald. *Paternalism*, cit., p. 78.

⁵²⁸ FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of Criminal Law*, cit., p. 111-112.

dentro do espectro de sua moralmente inviolável soberania pessoal, isto é, sua autonomia.⁵²⁹

Além disso, o eventual caráter irrazoável de uma conduta não é indício de qualquer perturbação que possa *a priori* negar a voluntariedade da escolha. É preciso sempre verificar a voluntariedade do ato, ainda que inicialmente os indícios apontem em sentido contrário. Nesta tarefa, é de se evitar argumentos circulares em desfavor da voluntariedade, notadamente nas hipóteses de deficiências de ordem intelectual e mental: jamais se pode utilizar o caráter não razoável de uma escolha como sintoma de certa limitação da vontade que, por sua vez, transformaria a decisão não razoável em não voluntária. A circularidade do argumento demonstra sua natureza falaciosa, a transformar a qualificação não razoável da conduta em não voluntária, pelo simples fato de ela ser não razoável. Portanto, outros elementos são necessários para verificar a voluntariedade, não bastando em hipótese alguma a mera não razoabilidade.⁵³⁰ Portanto, o exercício da autonomia por meio de condutas arriscadas é possível e deve ser respeitado, cuidando-se para que sejam evitados juízos negativos acerca da assunção do risco com base em uma suposta falta de razoabilidade da decisão.

Outro importante ponto em que o exercício da autonomia encontra obstáculos é o alegado caráter indisponível de certos bens jurídicos. Deve-se buscar a proteção dos bens jurídicos fundamentais ao desenvolvimento humano e à convivência pacífica entre os indivíduos. Desta afirmação pode-se extrair que a vida autônoma, sem influências externas e apenas restringida pelos direitos alheios é a imagem que se constrói do sujeito. A autonomia não é um bem jurídico, ainda que se relacione proximamente com ele. A autonomia é antes um atributo do ser humano, que possibilita que ele faça uso dos bens jurídicos. Deste modo, a autonomia permite que os bens jurídicos sejam usufruídos de modo pleno por seu titular, encontrando barreira apenas na autonomia dos demais sujeitos. Afirma-se que a autonomia restringe a si mesma, uma vez que a lesão a certos bens jurídicos, ainda que por conduta autônoma do sujeito, pode impedir o exercício da autonomia no futuro. Tais bens jurídicos seriam então indisponíveis, pois sua extinção levaria à impossibilidade do exercício máximo da liberdade do sujeito.⁵³¹

⁵²⁹ FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of Criminal Law*, cit., p. 361.

⁵³⁰ FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of Criminal Law*, cit., p. 132-133.

⁵³¹ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 199.

A proteção paternalista, por sua vez, incidiria nos casos em que o bem jurídico é indisponível, ainda que seu titular não seja pessoa vulnerável ou incapaz. No caso dos bens jurídicos disponíveis, a intervenção penal justificar-se-ia apenas se o agente não possuir a necessária autonomia para dispor do bem jurídico, caracterizando-se a sua vulnerabilidade. Todavia, ressalta-se que o bem jurídico tem função instrumental em relação à autonomia, sendo sua finalidade a manutenção da autonomia do sujeito. Assim, a indisponibilidade de certo bem jurídico não decorre da norma. Classificam-se como indisponíveis os bens que são condições para a vida com dignidade.⁵³² Somente nos casos em que a ausência do bem jurídico implica a impossibilidade do exercício da autonomia ele poderia ser entendido então como indisponível. Igualmente, os bens jurídicos difusos também são indisponíveis, dado que eles não são titularizados apenas por um sujeito determinado, mas sim pela coletividade. Em tais casos, sendo os bens jurídicos indisponíveis, torna-se irrelevante o consentimento.⁵³³

Todavia, é de se evitar uma interpretação que leve à ampliação da indisponibilidade de bens jurídicos. Deve-se acolher, antes, uma interpretação restritiva acerca de sua indisponibilidade, o que impõe um detalhamento da relação entre bem jurídico e autonomia. O caráter indisponível do bem jurídico é afirmado somente nos casos em que sua lesão leva diretamente à limitação futura da autonomia. Deste modo, não se aceita a restrição da autonomia enquanto um efeito remoto para justificar a intervenção penal. Por outro lado, bens jurídicos disponíveis não são necessários para o exercício futuro da autonomia do sujeito e, portanto, o indivíduo capaz pode deles abrir mão sem a intervenção estatal. Neste contexto, ressalta-se que o Direito Penal se preocupa com os resultados imediatos e mais graves de uma conduta, não com consequências remotas. Com esta premissa deve-se analisar a possibilidade de exercício da autonomia pelo sujeito em um momento posterior. Portanto, não há bem jurídico que deve ser protegido *per se* e de modo absoluto. Sequer a vida ou a integridade física merecem proteção incondicional e, por isso, sua tutela deve ser relativizada. Somente após a análise do estrito e direto liame do bem jurídico com o exercício da autonomia, cuja limitação decorria diretamente da lesão ao bem jurídico, pode-se cogitar de caráter indisponível.⁵³⁴

⁵³² MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 208-209.

⁵³³ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 211.

⁵³⁴ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 212-213.

3.2.3. Fatores contrários à autonomia

Se, por um lado, é importante procurar as características principais da ação autônoma, por outro não se deve deixar de abordar seu aspecto negativo, isto é, os fatores que afastam o caráter autônomo da conduta e que indicam a possibilidade de intervenção paternalista. FEINBERG defende que a autonomia individual deve ser protegida, desde que a vontade do sujeito não se encontre viciada. Consistiriam em vícios da vontade, por sua vez, a compulsão, a coerção, distúrbios psicológicos e o erro. Em outras palavras, quando o indivíduo tem uma compreensão dos fatos que o cercam e das consequências de seus atos, sua vontade deve ser respeitada. Caso contrário, impõe-se a intervenção estatal, a fim de evitar-se um prejuízo, e justificar-se-ia o paternalismo moderado.⁵³⁵

Em primeiro lugar, o sujeito deve ter discernimento, entendido como a capacidade de lidar com informações e utilizá-las em seu contexto.⁵³⁶ Liga-se, portanto, à ideia de consciência dos atos e competência para uma dada tarefa.⁵³⁷ Por isso, são obstáculos ao discernimento as falsas percepções da realidade, uma vez que elas acarretam uma incompleta ponderação dos fatos, permitindo-se a atuação estatal para proteger a pessoa em tais hipóteses. Nestes casos a pessoa não é apta a fazer uso de sua liberdade por completo e pode causar dano a si mesma.⁵³⁸

Igualmente, a ignorância e a falsa crença acerca de certos fatos, desde referentes a circunstâncias relevantes, reduzem a voluntariedade de uma conduta. Para ser voluntária, a decisão do sujeito deve compreender todos os fatos relevantes e a magnitude dos riscos assumidos. Portanto, caso o indivíduo decida por certa conduta arriscada, desconhecendo a possibilidade de outra ação igualmente efetiva para seus fins, porém menos arriscada, não se pode afirmar que a escolha teria sido suficientemente voluntária. Por certo, há situações em que se desconhece muitos dos fatos e circunstâncias. Porém, nem sempre a ignorância leva à diminuição da voluntariedade. Em tais hipóteses, o agente deve ter ciência de todas as circunstâncias possíveis de serem conhecidas no momento da decisão. Ainda que restem fatos que ignora, caso seu conhecimento seja impossível de ser alcançado, tal ignorância não é capaz de viciar sua voluntariedade. Além disso, não se pode deixar de lado que um certo grau de inevitável ignorância é inerente a qualquer assunção de risco, sendo relevante para afirmar-se a voluntariedade do ato a consciência

⁵³⁵ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 121.

⁵³⁶ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 139.

⁵³⁷ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 140.

⁵³⁸ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 141-142.

do sujeito de que existem fatores desconhecidos. Deve-se saber qual é o risco que se assume para que haja uma decisão responsável.⁵³⁹

Existem também limitações à voluntariedade que se originam no interior do próprio sujeito, tais como obsessões e compulsões, nas quais ele é dominado por forças internas contra as quais muitas vezes sequer procura resistir, pois nega tal fato a si mesmo, pensando que age livremente. Tal força, ainda que interna, é tão irresistível quanto outras de natureza externa. É importante sublinhar que, no caso das neuroses, a par das possíveis limitações na atuação do sujeito, deve-se afirmar a voluntariedade de seus atos. Não existem métodos seguros para se determinar, em um espaço de tempo adequado, casos severos de neuroses. Ao mais, o indivíduo neurótico sustentará com sinceridade que age de modo livre e voluntário, assumindo riscos conscientemente. A impossibilidade de um juízo de certeza acerca das limitações da neurose impede a intervenção na liberdade do sujeito neurótico e obstá-lo de prosseguir em sua conduta. É necessário entender o sujeito com neuroses tal como ele é e, deste modo, julgá-lo como autor de seus atos, ainda que estes últimos lhe acarretem riscos e danos. A par de seus problemas, não se pode ignorar que as eventuais limitações originadas pela neurose têm causa, ao fim, no próprio sujeito e são impostas a ele por ele mesmo, embora comumente não tenha plena consciência disto.⁵⁴⁰

Entretanto, não basta que o sujeito tenha discernimento acerca da situação que lhe cerca. A autonomia, e a conseqüente responsabilidade, exige mais do que isso. O sujeito deve ser também capaz de efetivamente agir conforme sua vontade. Portanto, nos casos em que há coação não se observa uma interferência na capacidade de discernimento do indivíduo, porém a autonomia de sua conduta resta afastada e, por conseguinte, também a sua responsabilidade. Em suma, há autonomia somente se possível ao sujeito pensar, decidir e agir.⁵⁴¹

Outra importante chave para se compreender os casos em que o sujeito não se mostra suficientemente autônomo é a vulnerabilidade. São vários os fatores que podem justificar a situação de vulnerabilidade da pessoa e não há um número fechado de suas possíveis causas. De todo modo, destacam-se como fatores de vulnerabilidade o

⁵³⁹ FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of Criminal Law*, cit., p. 159-161.

⁵⁴⁰ FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of Criminal Law*, cit., p. 162-171.

⁵⁴¹ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 154.

desenvolvimento intelectual, cultural e emocional do sujeito, além do baixo nível socioeconômico em que se encontra.⁵⁴²

As crianças e os adolescentes constituem um importante grupo de pessoas vulneráveis. Eles, em razão de seu estágio de desenvolvimento, não podem compreender de modo completo certas condutas e os danos que delas advêm. Portanto, sua situação impede-lhes de consentir em muitos casos. Por isso, o Estado procura protegê-las de modo especial. É evidente que existem grandes diferenças dentro deste grupo, as quais acabam por exigir também diferente tratamento. Não se pode esperar o mesmo grau de vulnerabilidade de crianças em comparação com adolescentes.⁵⁴³ Ainda que não se possa afirmar qual é o exato grau em que as crianças têm uma concepção adequada de seus interesses, é certo que elas manifestam relevantes deficiências em seu discernimento. Deste modo, elas podem não ter uma apreensão suficiente dos riscos que as circundam, legitimando-se então a intervenção em sua liberdade.⁵⁴⁴

Pessoas com deficiência também são um importante grupo de vulneráveis. O art. 26 do Código Penal exclui a culpabilidade daquele que age sem a capacidade de entender o caráter ilícito de sua ação ou de determinar-se conforme tal compreensão, e aos casos em que esta incapacidade é apenas incompleta prevê-se causa de diminuição de pena. Estas consequências jurídicas fundamentam-se no reduzido discernimento do sujeito e, portanto, na ausência ou redução do exercício de sua autonomia. Também são considerados vulneráveis pessoas adultas temporariamente perturbadas por circunstâncias especiais, em que há passageira falta de real consciência dos atos por precariedade extrema das circunstâncias que cercam o indivíduo. Em tais casos, a vontade do indivíduo poderia ser deixada em segundo plano, a fim de protegê-lo de si mesmo.⁵⁴⁵

Por óbvio, não existe um número determinado de hipóteses de vulnerabilidade. Novos grupos passam a ser reconhecidos como tal pela sociedade. Assim, argumenta-se que também se encontram em situação de vulnerabilidade certos grupos de indivíduos, como os idosos, as mulheres, os indígenas e os consumidores.⁵⁴⁶

Ligado à noção de vulnerabilidade estão as ações afirmativas. Ação afirmativa, ainda que reconheça a vulnerabilidade de certas pessoas, não se confunde com o

⁵⁴² MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 175-176.

⁵⁴³ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 176-177.

⁵⁴⁴ DWORKIN, Gerald. *Paternalism*, cit., p. 76.

⁵⁴⁵ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 182-185.

⁵⁴⁶ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 185.

paternalismo. Diferentemente do paternalismo, nas ações afirmativas há a concordância do sujeito, não se observando um conflito entre a vontade individual e a ação estatal, tal como ocorre no paternalismo.⁵⁴⁷

A intervenção paternalista ao proteger o vulnerável procura impedir sua exploração pelos demais, que se encontram em posição de superioridade frente ao sujeito tutelado. Afirma-se a exploração do indivíduo vulnerável ao se constatar uma relação desigual, em que o sujeito se encontra inferiorizado em relação ao agente, resultando-lhe uma vantagem injusta em razão do prejuízo indevido sofrido pelo indivíduo vulnerável. Neste contexto, é necessário que o agente tenha conhecimento da condição vulnerável do outro, embora ao vulnerável não se exija ter consciência da exploração a que se submete.⁵⁴⁸

Entretanto, não há uma automática ligação entre vulnerabilidade e utilização do Direito Penal. O reconhecimento da vulnerabilidade de certos sujeitos não implica necessariamente no dever do Estado em adotar medidas paternalistas.⁵⁴⁹ Neste ponto, é importante alertar para o risco de expansão excessiva do campo de atuação do Direito Penal pela noção de vulnerabilidade. Em primeiro lugar, a vulnerabilidade não pode ser afirmada meramente por critérios subjetivos. Devem-se adotar preferencialmente critérios objetivos e, sendo necessários critérios subjetivos, estes últimos devem ser evidentes e fora de dúvida. É preciso haver certeza sobre a situação frágil e precária do sujeito para atestar sua vulnerabilidade e permitir a atuação penal. Em razão disto, deve-se presumir que a pessoa adulta e capaz age de acordo com sua vontade, e não o contrário. Presumir a vulnerabilidade abre a porta para a intervenção excessiva do Estado em aspectos da vida privada de cada um. É preciso ter em mente que ao Estado não cabe decidir o que é o melhor para a vida de cada um dos cidadãos.⁵⁵⁰

3.2.4. Normais penais como critérios de autonomia

Não se pode deixar de lado ao se detalhar a conduta autônoma o conteúdo das normas penais sobre o tema, embora voltadas aos autores de crimes e à verificação de sua responsabilidade. Assim, é também possível extrair das próprias leis penais as regras

⁵⁴⁷ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 189.

⁵⁴⁸ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 192-194.

⁵⁴⁹ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 185.

⁵⁵⁰ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 196.

pelas quais se afirma a autonomia do indivíduo, aplicando-as analogicamente aos casos em que o sujeito se dirige contra seus bens jurídicos.

Nesta tarefa, é preciso prestigiar o caráter autônomo das ações voltadas contra si mesmo, negando seu exercício apenas nas hipóteses em que o sujeito efetivamente não age com a suficiente voluntariedade. Tal interpretação a favor da autonomia é necessária, dado que o sujeito não está a lesar ou colocar em perigo bens jurídicos alheios, mas sim seus próprios. Se o Direito Penal sustenta certo *standard* normativo de autonomia jurídica para aferir a responsabilidade penal dos agentes que atuam contra bens jurídicos alheios, invadindo a esfera de liberdade de terceiros, não se lhe afigura permitido aplicar parâmetros de autonomia de igual ou maior rigor àqueles que em nada afetam direitos e liberdades alheios, restringindo-se a lesar ou periclitare seus próprios bens jurídicos, sem danos sociais relevantes ao Direito Penal.

Colocando o mesmo raciocínio em outros termos, as normas penais existentes e dirigidas à verificação da responsabilidade penal daqueles que lesam ou colocam em perigo bem jurídico alheio não são obstáculos à afirmação da autonomia dos sujeitos cujas condutas são contrárias aos bens jurídicos próprios, mas antes simples indicações acerca da compreensão normativa jurídico-penal sobre autonomia e liberdade necessários para fundamentar a responsabilidade.

Portanto, como já afirmado, o sujeito, para se tornar responsável, deve ter a capacidade de deliberar e agir. Não por outro motivo, também a responsabilidade penal pressupõe que o sujeito possa entender as razões pelas quais certo dever é imposto, consistente no caráter da proteção da norma penal, permitindo-lhe compreender a eventual ilicitude de sua conduta.⁵⁵¹ Aborda-se aqui algumas das categorias que fundamentam a responsabilidade penal e trazem elementos ligados à autonomia.

Inicialmente, elementos da autonomia são encontrados na figura do dolo, entendido enquanto consciência do sujeito acerca de sua conduta e da lesão ao bem jurídico, bem como a vontade de agir conforme tal consciência.⁵⁵² Transpondo-se essa figura à ação do titular do bem jurídico dirigida contra si, ressalta-se a necessidade de verificar a existência dos elementos cognitivos e volitivos do ato do sujeito. Pode-se então pensar em uma ação autônoma do sujeito nos casos em que age conscientemente querendo

⁵⁵¹ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 154.

⁵⁵² MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 158.

certo resultado lesivo contra seu próprio bem jurídico ou assumindo o risco de sua ocorrência. Tal argumentação pode se estender à figura da culpa. Constatando-se a ação voluntária dirigida a uma violação de dever objetivo que culmina em uma não desejada lesão ao próprio bem jurídico, porém previsível, inexistem, a princípio, razões para se negar o caráter autônomo da conduta.

Neste ponto, interessa também a categoria do erro. Nega-se a autonomia da conduta contra bens jurídicos alheios nas hipóteses em que o indivíduo não tem a necessária compreensão acerca dos fatos ou da legalidade da conduta, levando ao erro de tipo e ao erro de proibição.⁵⁵³ Se as informações de que dispõe o sujeito sobre os fatos foram insuficientes ou falsas, ele não possui a completa capacidade de reflexão.⁵⁵⁴ Ao cuidar do sujeito que age contra si, observa-se que igualmente não há autonomia na conduta baseada na falsa consciência acerca de um fato relevante. Entretanto, não parece correto falar-se propriamente em um “erro de tipo” em tais situações, pois a ação do sujeito contra si não se refere a uma conduta tipificada, assim como não se mostra acertado o “erro de proibição” em relação a estas mesmas condutas, dado que a ação dirigida a si mesmo não se reveste de caráter ilícito.

De igual maneira, encontram-se elementos da autonomia no campo da culpabilidade, além do já tratado erro de proibição. Inicialmente, não se pode falar de modo absoluto que os menores de dezoito anos não são sujeitos autônomos e que, por isso, podem dispor de seus bens jurídicos, desde que mostrem suficiente voluntariedade em seus atos. Para isso, deve-se verificar concretamente se o sujeito tem condições suficientes para tomar certas decisões e agir em conformidade a elas.

De igual modo, é possível a transposição da ideia de inimputabilidade para determinar a autonomia das condutas dirigidas contra si mesmo. Há obstáculo à autonomia, caso a deficiência ou desenvolvimento mental incompleto do agente impeça-lhe o entendimento dos fatos relevantes. Além disso a deficiência ou desenvolvimento mental incompleto não pode tornar impossível ao sujeito que sua ação esteja em conformidade com sua compreensão dos fatos. O mesmo raciocínio aplica-se à embriaguez, voluntária ou culposa. Entretanto, para impedir o exercício da autonomia

⁵⁵³ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 158.

⁵⁵⁴ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 173.

seus efeitos sobre o sujeito devem ser suficientes para impossibilitar a compreensão dos fatos relevantes ou a determinação da conduta, de modo concreto e efetivo.

A categoria mais inflexível a uma interpretação favorável à autonomia talvez seja a coação irresistível. Em tais casos, permanece intocado o campo do conhecimento das circunstâncias, porém a conduta do agente alinha-se, de modo irresistível, à vontade do coator, não à sua própria. Com o descolamento da conduta em relação à real vontade do sujeito, não é possível afirmar a voluntariedade e, portanto, a autonomia de sua conduta. Em tais casos, o sujeito necessita de proteção frente ao terceiro que o coage e que desrespeita sua autonomia.

A emoção, a par do tratamento dedicado pelo Código Penal, também pode afetar a responsabilidade do sujeito que age lesionando ou colocando em perigo seus bens jurídicos, uma vez que a própria compreensão de certos bens jurídicos pelo indivíduo liga-se a seus valores e sentimentos, influenciando na consideração do sujeito acerca de sua relevância jurídica.⁵⁵⁵ Há casos em que as decisões devem ser tomadas circunstâncias marcadas pelo nervosismo. Isto, no entanto, não exclui a voluntariedade da conduta. Pode-se cogitar que, em certas hipóteses, a ausência de elementos ligados à emoção pode ser tão prejudicial quanto seu excesso, pois há casos em que o suficiente estado de alerta do sujeito é indispensável para que ele tome sua decisão.⁵⁵⁶

Outra importante categoria na compreensão da responsabilidade do sujeito por atos contra si mesmo diz respeito à possibilidade de comportamento diverso. Em regra, a responsabilidade penal, ao fundamentar-se na autonomia, relaciona-se de modo especial com a ideia de possibilidade de comportamento diverso do sujeito. Em princípio, afirma-se a responsabilidade somente se o indivíduo, ao realizar certa conduta, poderia ter agido de modo diverso. Entende-se que o sujeito, para ser reprovado, deve agir de modo que lhe seria possível o cumprimento da norma, ou seja, ele poderia ter decidido de outro modo e agido em conformidade com tal decisão. Disto extrai-se que deve haver um conhecimento e compreensão da norma, conhecimento da situação e das consequências, bem como a liberdade da ação.⁵⁵⁷ Nesta tarefa, porém, alerta-se para a dificuldade em colocar-se no lugar do indivíduo a fim de realizar o juízo acerca da possibilidade de conduta diversa. Por isso, a autonomia se mostra importante instrumento para a

⁵⁵⁵ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 155.

⁵⁵⁶ FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of Criminal Law*, cit., p. 117.

⁵⁵⁷ MOHR, Georg. *Welche Freiheit braucht das Strafrecht?*, cit., p. 72-73.

compreensão do problema. Ao olhar-se o sujeito de modo concreto, com o conhecimento sobre sua realidade e formação, pode-se afirmar ou não o caráter autônomo de sua conduta e, conseqüentemente, sua possível liberdade para agir de maneira diversa.⁵⁵⁸

Em um primeiro momento, assim, pode-se identificar a ação livre com a possibilidade de conduta diversa. Ou seja, é livre a ação sempre que o agente possa agir de modo diferente ou mesmo se omitir. Contudo, observa-se que esta fórmula é condição necessária, porém não suficiente para a afirmação da liberdade. A simples possibilidade de conduta diversa não basta para se valorar como livre a ação ou omissão do sujeito. Uma conduta somente será considerada livre, se o agente a realiza ou a omite por sua própria vontade e suas próprias razões, ou seja, sem que a conduta seja simples resultado de mero processo causal.⁵⁵⁹

Importa, contudo, sublinhar que a ideia de liberdade no Direito Penal vai além do simples objetivo de reprovar condutas contrárias às normas. É possível compreender a liberdade no Direito Penal enquanto uma exigência jurídico-política. É a liberdade o que o Direito Penal procura possibilitar ao assegurar a cada um dos sujeitos suas próprias esferas de ação, sendo a coerção o modo pelo qual se afastam os obstáculos ao exercício legítimo da liberdade. Garantir a liberdade dos indivíduos é o objetivo do Direito Penal, não um mero pressuposto da responsabilização daqueles que atuam contra a norma. Assegura-se então a liberdade aos indivíduos não somente quanto às suas condutas externas, mas também para a formação da vontade livre com as conseqüentes ações ligadas a ela e que, portanto, são o exercício da própria autodeterminação.⁵⁶⁰ Em verdade, a liberdade do Direito Penal não difere daquela que é objeto do próprio Direito como um todo, que também se aplica em todas as comunicações e relações entre os indivíduos.⁵⁶¹

Ao se considerar a manutenção da liberdade como objetivo das normas penais, e não apenas como pressuposto da responsabilidade penal, observam-se reflexos na compreensão das condutas contrárias aos bens jurídicos dos próprios agentes. Procura-se, assim, verificar se tais sujeitos estão no exercício de sua autonomia e liberdade, garantindo-lhes o exercício de seus direitos, não propriamente uma responsabilização

⁵⁵⁸ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 155-156.

⁵⁵⁹ MERKEL, Reinhard. Handlungsfreiheit, Willensfreiheit und strafrechtliche Schuld. In: LAMPE, Ernst-Joachim; PAUEN, Michael; ROTH, Gerhard (Org.). *Willensfreiheit und rechtliche Ordnung*. Frankfurt: Suhrkamp, 2008, p. 332.

⁵⁶⁰ MOHR, Georg. Welche Freiheit braucht das Strafrecht?, cit., p. 88-89.

⁵⁶¹ MOHR, Georg. Welche Freiheit braucht das Strafrecht?, cit., p. 92.

penal pelos seus próprios atos. Ainda que se fale, com razão, em uma autorresponsabilidade por seus atos contrários aos próprios bens jurídicos, há diferenças em relação à responsabilidade penal que implica na imposição de sanção ao sujeito. Portanto, como não se pretende infligir pena aos indivíduos, mas sim tutelar sua autonomia – permitindo-a ou restringindo-a em determinados casos – não se mostra adequado ater-se de modo intransigente às regras jurídico-penais que se destinam a afirmar a ação autônoma com o fim de verificar a responsabilidade penal e permitir a imposição de pena, dado que tais regras não se preocupam em definir o conteúdo da ação autônoma com o fim de resguardá-la.

Pode-se então dizer que as regras penais que cuidam da liberdade como pressuposto da responsabilização penal são o conteúdo mínimo da autonomia, sendo que, nas hipóteses em que se quer garantir o exercício da autonomia para lidar com nossos próprios bens jurídicos deve-se ir além e expandir o espectro das condutas autônomas.

3.2.5. *Consequências da autonomia*

Junto à autonomia caminha a responsabilidade. Entende-se por responsabilidade a obrigação de responder por seus atos, ou seja, tomar para si suas consequências. No Direito Penal, tem maior espaço a responsabilidade retrospectiva, isto é, aquela que se liga a fatos e condutas anteriores. Mas também podem ser observados elementos da responsabilidade prospectiva, ou seja, voltada a fatos futuros nos crimes omissivos impróprios.⁵⁶²

Somente a liberdade é capaz de fundamentar a responsabilidade pessoal do sujeito por seus atos, com a imposição de pena às condutas contrárias ao Direito.⁵⁶³ Ao se ligar a responsabilidade à autodeterminação, garante-se que os sujeitos só respondam pelas condutas que lhes possam ser atribuídas.⁵⁶⁴ O controle sobre a ação passa a ser o pressuposto para a responsabilização e, por isso, quanto menor o controle do sujeito sobre sua ação, também menor é seu grau de responsabilidade.⁵⁶⁵ Note-se, todavia, que autonomia e responsabilidade são conceitos diversos. Enquanto a autonomia é elemento

⁵⁶² MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 151-152.

⁵⁶³ LAMPE, Ernst-Joachim. Die Bedeutung der menschlichen Freiheit in der neueren Lehre vom Strafrecht, cit., p. 308.

⁵⁶⁴ PAUEN, Michael. Freiheit, Schuld und Strafe. In: LAMPE, Ernst-Joachim; PAUEN, Michael; ROTH, Gerhard (Org.). *Willensfreiheit und rechtliche Ordnung*. Frankfurt: Suhrkamp, 2008, p. 46.

⁵⁶⁵ PAUEN, Michael. Freiheit, Schuld und Strafe, cit., p. 51.

da natureza humana, a responsabilidade é um fenômeno jurídico.⁵⁶⁶ Igualmente, a responsabilidade jurídica, diferentemente da responsabilidade moral, decorre do próprio ordenamento jurídico e de suas regras. Deste modo, não basta a simples reprovação social para determinar a responsabilidade jurídica do sujeito. É da norma jurídica que se extrai a obrigação jurídica do indivíduo de se submeter às consequências de seus atos, ou seja, sua responsabilidade.⁵⁶⁷

A consequência da afirmação da responsabilidade do sujeito pelos atos que lhe dizem respeito, como decorrência de sua autonomia, implica no dever do Estado de assegurar ao indivíduo o máximo de exercício da liberdade, a fim de que possa realizar suas atividades e manifestar seu pensamento. A interferência estatal nas escolhas individuais deve ser mínima, restringindo-se a evitar a lesão de interesses de terceiros e proteger os indivíduos que não podem exercer sua autonomia de modo satisfatório.⁵⁶⁸ Como já analisado, há infração à autonomia do sujeito, sempre que ele é obrigado a certas condutas sob o argumento de que ele deve ser protegido das decisões que toma sobre si próprio, ainda que tais escolhas não representem risco algum a qualquer outra pessoa.⁵⁶⁹

Por outro lado, a ausência de autonomia passa também a fundamentar a responsabilidade por parte do Estado em realizar a intervenção paternalista. Em tais casos há de prevalecer a preservação do bem que o sujeito pretende abrir mão, pois sua escolha não é exercício da autonomia. Somente se sua vontade for livre e esclarecida deve o Estado respeitá-la.⁵⁷⁰ A intervenção paternalista ocorre nos casos em que o sujeito não dispõe da necessária consciência e autonomia para sobre a lesão ou risco a seu bem jurídico.⁵⁷¹ O sujeito, ao não ter autonomia para decidir sobre a lesão que recai sobre si, também deixa de ter, ao mesmo tempo, autonomia para negar a proteção estatal assegurada pela norma paternalista.⁵⁷²

O principal elemento que permite a intervenção paternalista é a vulnerabilidade do sujeito, uma vez que, por sua condição, necessita de proteção do Estado. Só é legítima a atuação paternalista do Estado nas hipóteses em que o indivíduo se encontra fragilizado e vulnerável. Com isso, o traço fundamental da vulnerabilidade é a relação de

⁵⁶⁶ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 157.

⁵⁶⁷ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 157.

⁵⁶⁸ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 149.

⁵⁶⁹ FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of Criminal Law*, cit., p. 68.

⁵⁷⁰ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 150.

⁵⁷¹ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 173.

⁵⁷² MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 151.

desigualdade entre os indivíduos.⁵⁷³ A atuação paternalista do Estado em prol dos indivíduos vulneráveis pressupõe que o sujeito, se pudesse fazer uso de sua autonomia, decidiria de modo diverso e reclamaria a proteção estatal. Com isso, pretende-se preservar a liberdade da pessoa, a fim de que futuramente ela possa exercê-la de modo pleno, dado que a lesão que sofreria no momento de vulnerabilidade a impediria de ser livre posteriormente.⁵⁷⁴ Com a intervenção paternalista moderada há também a promoção da autonomia do sujeito, tal qual nas hipóteses em que o Estado deve se abster para respeitar a decisão verdadeiramente autônoma do indivíduo.

Sustentando-se a necessidade de respeito pelas decisões e atos autônomos daqueles que querem lesar ou colocar em perigo seus próprios bens jurídicos, deve-se questionar acerca da responsabilidade do terceiro cuja conduta se insere de algum modo na ação do titular do bem jurídico.

Em termos genéricos, a concordância do sujeito com a conduta do terceiro, sendo real fruto do exercício de sua autonomia, impõe ao Estado abster-se de interferências paternalistas frente ao sujeito e ao terceiro. Ao respeitar-se a decisão e a conduta autônoma do titular do bem jurídico, em regra deve-se afastar eventual responsabilidade do terceiro. Mostra-se difícil a argumentação que afirma o respeito completo pela conduta autônoma e, ao mesmo tempo, impede que um terceiro se insira na execução da vontade do titular do bem jurídico. A inclusão de demais sujeitos é parte integrante da decisão autônoma e, portanto, deve ser respeitada. Não se desqualifica, a princípio, a voluntariedade e a autonomia de um ato pelo simples fato de incluir outro sujeito em sua execução. O terceiro, ao atuar sob o espectro da autonomia da alheia, faz-se seu representante e, portanto, se inclui no campo de abstenção das intervenções paternalistas estatais dedicadas ao sujeito titular do bem jurídico. O papel do terceiro no ato do titular do bem jurídico, contudo, é problema mais complexo, que será analisado nos capítulos posteriores.

⁵⁷³ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 174.

⁵⁷⁴ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*, cit., p. 189-190.

PARTE II

OFENDIDO, TERCEIRO E RISCO: AUTOCOLOCAÇÃO EM RISCO E HETEROCOLOCAÇÃO EM RISCO CONSENTIDA.

QUARTO CAPÍTULO – AUTOCOLOCAÇÃO EM RISCO E HETEROCOLOCAÇÃO EM RISCO CONSENTIDA: DELIMITAÇÕES

Realizado o exame de alguns traços importantes da autonomia do indivíduo no Direito Penal, ressaltando-se ainda o respeito que o Estado deve dedicar às decisões autônomas dos cidadãos, as atenções se voltam à análise dogmática da colocação em risco pelo ofendido, o que se dá essencialmente por meio da autocolocação em risco e da heterocolocação em risco consentida.

No que toca ao desenvolvimento deste capítulo, o exame da matéria inicia-se pela construção do conceito de colocação em risco, pressuposto para a compreensão da autocolocação em risco e heterocolocação em risco consentida. Em seguida, parte-se para o estudo dos critérios de diferenciação entre a autocolocação em risco e a heterocolocação em risco consentida, iniciando-se com a teoria do domínio do fato, entendida como domínio da colocação em risco (*Gefährdungsherrschaft*) e, após, abordando-se o critério da origem da colocação em risco.

Determinado o critério de diferenciação, examina-se de modo profundo a autocolocação em risco e a colaboração em autocolocação em risco em seus aspectos subjetivos e objetivos, sustentando-se que a autocolocação em risco caracteriza-se como a conduta do ofendido que dá origem ao risco com o necessário conhecimento dos fatos e vontade de arriscar-se, bem como a colaboração em autocolocação em risco como a contribuição do terceiro à conduta do ofendido.

O último tópico deste quarto capítulo dedica-se à definição da heterocolocação em risco consentida, com a análise das condutas do ofendido e do terceiro em seus campos objetivo e subjetivo. Defende-se que a heterocolocação em risco ocorre nos casos em que a colocação em risco tem origem na conduta do terceiro, e será consentido se o ofendido, conhecendo os aspectos essenciais do risco e com vontade de arriscar-se, se expõe a este risco de modo a simplesmente tolerá-lo.

Por fim, é de se ressaltar que este capítulo tem como objetivo apenas a qualificação das condutas como autocolocação em risco, colaboração em autocolocação em risco e heterocolocação em risco consentida. Não se abordarão as possíveis consequências jurídicas ao terceiro, nem se afirmará ou negará a sua responsabilidade penal pelo resultado lesivo ao bem jurídico, relegando-se a análise destas problemáticas ao quinto e último capítulo.

4.1. Colocação em risco e lesão: conceitos

Antes de se definir autocolocação em risco, a colaboração em autocolocação em risco e heterocolocação em risco consentida, pressupõe-se a existência do conceito de colocação em risco, em oposição ao conceito de lesão. Em outras palavras, para se entender o que é a autocolocação e a heterocolocação em risco deve-se antes compreender o que significa a colocação em risco e, conseqüentemente, diferenciá-la de lesão.

Embora esta tarefa possa parecer simples em um primeiro momento, a diferenciação entre colocação em risco e lesão encontra alguns obstáculos. Em primeiro lugar, no momento de sua realização, toda conduta é, antes de tudo, a criação de um determinado risco. Igualmente, verifica-se nas condutas a existência de um potencial de lesão, que poderá realizar-se ou não. Portanto, o aspecto do risco está presente ao se empreender a conduta e o aspecto da lesão, como potencial, também decorre da mesma conduta. Em outras palavras, uma vez que se qualifica a conduta como criadora de risco, necessariamente se vislumbra nela a possibilidade de ocorrência da lesão, ao mesmo tempo em que a lesão pressupõe a anterior existência do risco. Constata-se, assim, que o risco e a lesão são conceitos que não existem de modo apartado. As condutas, objetivamente consideradas, manifestam tanto o aspecto do risco como o da lesão, ainda que potencialmente.⁵⁷⁵ A depender do momento em que se considera a conduta humana, sobressai-se o aspecto do risco – na realização da conduta – ou da lesão – com o desenvolvimento dos processos causais da conduta. É a escolha do momento então que determina o caráter arriscado ou lesivo da conduta.

Uma vez que o Direito Penal, com o fim de proteger bens jurídicos, regula condutas humanas, na sua realização encontra-se o marco temporal para a aplicação da norma, conforme exposto no art. 4º do Código Penal. Por isso, é no momento da conduta

⁵⁷⁵ MURMANN, Uwe. *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, cit., p. 379.

humana que se estabelece se ela pode ser como qualificada como colocação em risco ou como conduta lesiva, o que dependerá das características que manifesta. Tais características das condutas, por sua vez, ligam-se à certeza ou incerteza da ocorrência do dano, entendido a partir do regular desenvolvimento do risco. Neste contexto, entende-se por desenvolvimento adequado o desenrolar fático do perigo que objetivamente pode ser esperado conforme as regras de experiência.⁵⁷⁶

Defende-se a diferenciação das situações de colocação em risco e lesão a partir de uma perspectiva objetiva. Uma vez que o sujeito figura em cenário de perigo cujo adequado desenvolvimento levará a uma lesão, fala-se em situação lesiva. Nestas hipóteses, a não ocorrência do desfecho lesivo decorrente do risco é excepcional. Por outro lado, tem-se colocação em risco nas hipóteses em que o resultado lesivo, embora seja possível ou mesmo provável, ainda é incerto no adequado desenrolar do risco. Ou seja, nos cenários de colocação em risco o desenvolvimento adequado do risco não traz a certeza da ocorrência do dano, embora a lesão continue a ser possível ou mesmo provável. Portanto, nas situações de colocação em risco o dano é somente provável e não pode ser tomado como certo, enquanto nos cenários lesivos a ocorrência do dano pode ser entendida como certa dentro do desenvolvimento adequado do perigo. Verifica-se, assim, um caráter residual das situações de colocação em risco, pois sempre que o dano não for certo, em uma expectativa adequada do desenvolvimento do risco, ele é – por óbvio – incerto e qualifica-se como colocação em risco. O caráter incerto da ocorrência do dano em si leva à colocação em risco. De acordo com este raciocínio, as situações em que o desenvolvimento do risco é objetivamente desconhecido, impedindo um juízo sobre a certeza ou incerteza do dano, implicam em colocação em risco, uma vez que o desconhecimento se traduz em incerteza.

A título de ilustração, imagine-se um sujeito que mira contra si mesmo um revólver, no qual há espaço para seis balas em seu tambor, porém efetivamente apenas um projétil municiado. Ao puxar o gatilho uma única vez, existe a probabilidade de lesão, mas ela não é, em termos adequados, certa. Por outro lado, ao acionar a arma seis vezes, também em termos adequados, é certo que haverá o disparo e ocorrerá a lesão. Neste

⁵⁷⁶ Ressalta-se que neste ponto a análise é objetiva, dispensando-se o conhecimento por parte do sujeito acerca do desenvolvimento do risco. O estudo do elemento subjetivo é realizado em outro momento deste trabalho, quando se procurará definir a autocolocação em risco e a heterocolocação em risco consentida. Por ora, a preocupação consiste apenas em definir as situações colocação em risco e diferenciá-las das situações de lesão.

último caso, eventual não disparo é excepcional e não se enquadra no desenvolvimento adequado dos fatos. Portanto, se na primeira hipótese há colocação em risco, na segunda tem-se uma conduta lesiva.

O aspecto volitivo, isto é, se o sujeito quer a lesão ou apenas quer a colocação em risco, fica em segundo plano nesta análise. Não é, a princípio, a vontade dos sujeitos que influenciará no juízo sobre a situação de colocação em risco. Tal objetivização mostra-se necessária, por sua vez, a fim de que se alcance uma definição precisa da situação de colocação em risco, mas que seja ao mesmo tempo ampla suficiente para abranger os diversos sujeitos atuantes – ofendidos, terceiros colaboradores e ofensores – em tal cenário. Isso porque, dada a pluralidade de sujeitos, pode existir igualmente uma pluralidade de elementos subjetivos em jogo, que podem ser contraditórios. A relevância de cada um destes elementos volitivos deve ser apreciada em momento posterior, no estudo das espécies de autocolocação em risco, colaboração em autocolocação em risco e heterocolocação em risco consentida, cada uma com as suas particularidades. Por ora, objetiva-se apenas a construção de um conceito único de conduta de colocação em risco e de conduta de lesão e, para tanto, entende-se que os elementos objetivos bastam.

Partindo-se deste conceito objetivo de colocação em risco e lesão, mostra-se irrelevante o aspecto volitivo dos sujeitos envolvidos, na medida em que ele em nada altera os possíveis cenários. A título de exemplo, atirar-se do alto de um prédio é ato arriscado em si, do qual surgem lesões à integridade física ou mesmo à vida do sujeito. A perspectiva do dano é certa e, caso o indivíduo saia incólume, há um desenvolvimento atípico e objetivamente não esperado daquele risco. Lançar-se de um prédio é conduta lesiva, ainda que o indivíduo queira apenas arriscar-se. Por outro lado, dirigir veículo automotor com leve excesso de velocidade é ato marcado pelo risco, pois, embora o dano seja provável, não é de modo algum certo, mesmo que o indivíduo deseje a lesão. Vê-se que o elemento volitivo do sujeito, seja o ofendido, sejam terceiros, em nada altera o cenário de lesão ou colocação em risco.

O caráter incerto da realização do dano, segundo o raciocínio aqui desenvolvido, decorre diretamente da incontrollabilidade do risco. É em razão da falta de possibilidade de controle total do desenvolvimento do risco que a ocorrência de lesão se torna incerta. Por outro lado, o eventual caráter controlável do desenvolvimento do risco é capaz de tornar certa a lesão ou a preservação do bem jurídico. Portanto, as situações de colocação

em risco, dada a incerteza do dano, são necessariamente marcadas pela incontrolabilidade do desenvolvimento do risco.

Em suma, pode-se conceituar as condutas de colocação em risco como aquelas em que é criado um risco cujo desenvolvimento adequado permite apenas um juízo de incerteza sobre a ocorrência do dano, sendo que esta incerteza é decorrência necessária da incontrolabilidade do desenvolvimento do risco. Já as situações de lesão são aquelas em que é igualmente criado um risco, mas cujo desenvolvimento adequado permite um juízo de certeza sobre a ocorrência do dano.

Feitas estas considerações, torna-se possível ingressar especificamente nos estudos acerca da autocolocação em risco, colaboração em autocolocação em risco e heterocolocação em risco consentida, tarefa esta que será levada a cabo a partir da análise dos critérios utilizados para diferenciar estes institutos.

4.2. Critério de diferenciação: a origem da colocação em risco

Uma primeira aproximação às delimitações entre autocolocação em risco, colaboração em uma autocolocação em risco e heterocolocação em risco consentida se dá pela dogmática da autoria de participação, com a adoção da teoria do domínio do fato, tal como aceita pela doutrina e jurisprudência alemãs. Não consiste em um objetivo deste tópico uma análise profunda e exaustiva da teoria do domínio do fato, cuja complexidade transborda os limites deste trabalho. Pretende-se aqui tão somente abordar os elementos desta teoria considerados essenciais para a compreensão das discussões acerca da distinção entre as categorias em estudo.

A seguir, serão expostas as críticas e razões pelas quais a teoria do domínio do fato se mostra inadequada para a diferenciação entre a autocolocação e a heterocolocação em risco. Finalmente, aborda-se o critério diferenciador da origem do risco e seus detalhes.

4.2.1. Elementos principais da teoria do domínio do fato

A teoria do domínio do fato, com seus atuais contornos, é obra de CLAUS ROXIN, que em 1963 a sustentou em seu escrito de habilitação denominado “*Täterschaft und Tatherrschaft*”. O seu objetivo principal é trazer critérios de distinção entre autoria e

participação em virtude da regulamentação específica trazida pelo Código Penal alemão acerca das figuras da autoria, da cumplicidade e da instigação (§§ 25 a 27 StGB). Em linhas gerais, segundo a teoria do domínio do fato, o autor é “figura central do acontecer típico”, ao passo que o partícipe apenas “contribui para um acontecer típico em caráter meramente secundário”. Deste modo, é possível concluir que a teoria tem como ideia principal a determinação da figura central do acontecer típico.⁵⁷⁷ Percebe-se, no mais, uma correspondência entre os conceitos da teoria do domínio do fato e as normas do Direito Penal alemão, diretamente influenciada por aquelas ideias.⁵⁷⁸ Afirma CLAUS ROXIN que o caráter de figura central corresponde ao domínio do fato pelo sujeito. É a figura central, assim, “quem domina o fato que leva à realização do delito, enquanto o partícipe influencia o fato, porém não lhe dá forma de modo substancial”.⁵⁷⁹ Em outras palavras, a ideia de autoria ganha importância quando o injusto penal é compreendido em seu aspecto pessoal. Deste modo, torna-se necessária a referência ao autor como centro pessoal da ação injusta, ao qual se atribuirá a responsabilidade pelo resultado típico.⁵⁸⁰

Em uma rápida menção aos conceitos centrais da teoria em enfoque, afirma-se que a referida figura central do acontecer típico recai sobre a ideia de domínio do fato, sendo que esta última pode se dar pelo domínio da ação, pelo domínio da vontade e pelo domínio funcional do fato. O domínio da ação ocorre nos casos em que o próprio agente realiza todos os elementos do tipo penal, tornando-se assim, autor imediato. Já o domínio da vontade implica no controle da vontade de um terceiro, que se torna simples instrumento do autor mediato, sendo que este controle se dá em regra por coação, erro ou aparato organizado de poder. Por fim, o domínio funcional do fato traz as hipóteses de coautoria, pois está-se diante de uma atuação coordenada de agentes por meio da divisão de tarefas, permitindo a imputação recíproca dos atos de um ao outro e responsabilizando cada um deles pelo fato como um todo.⁵⁸¹

Por outro lado, a participação traz condutas que a princípio não são típicas, mas que passam a sê-lo por força de normas de extensão de punibilidade e configuram uma

⁵⁷⁷ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato: Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. In: GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto (Org.). *Autoria como domínio do fato*: Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 21–25.

⁵⁷⁸ GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. *Autoria como realização do tipo*, cit., p. 67.

⁵⁷⁹ ROXIN, Claus. *Strafrecht*: Allgemeiner Teil. München: C. H. Beck, v. 2, 2003, p. 9–10.

⁵⁸⁰ DUTTGE, Gunnar. *Erfolgszurechnung und Opferverhalten: Zum Anwendungsbereich der einverständlichen Gefährdung. Festschrift für Harro Otto: Zum 70. Geburtstag am 1. April 2007*. Köln, München: Heymanns, 2007, p. 242.

⁵⁸¹ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato, cit., p. 25–31.

agressão indireta ou acessória ao bem jurídico protegido. Em razão disso, a participação é marcada pela ideia de acessoriedade, isto é, seu caráter injusto passa a depender diretamente do injusto da ação principal. Só se fala em participação se o fato principal foi ao menos tentado pelo autor.⁵⁸² Esta acessoriedade também se verifica enquanto razão da punibilidade da participação, uma vez que o caráter de injusto penal presente na conduta do partícipe é deduzido do injusto da conduta principal realizada pelo autor.⁵⁸³

Segundo o pensamento desenvolvido por CLAUS ROXIN, a delimitação entre autoria e participação pelo conceito restritivo e diferenciado de concurso de agentes está na realização do tipo, e não na causação do resultado. Considerando-se, assim, o autor como a figura central da ação que executa a realização do tipo, o partícipe é apenas uma figura lateral, que determina ou auxilia o autor em sua ação delituosa. É importante ressaltar que o autor, enquanto figura central da ação que realiza o tipo, consiste, acima de tudo, em uma medida de diferenciação valorativa, não um conceito que permite a dedução de delimitações concretas entre a autoria e a participação.⁵⁸⁴ Além disso, a participação é entendida como um conceito secundário, pois apenas se verifica caso a conduta do sujeito não possa se qualificar como autoria.⁵⁸⁵

O Direito Penal alemão contempla, como espécies de participação, a incitação e a instigação (*Anstiftung*) e o auxílio (*Beihilfe*). A incitação e instigação consistem, conforme o § 26 StGB, no ato de determinar dolosamente o autor a cometer conduta dolosa e antijurídica. O partícipe exorta o autor e, com isso, determina-o ao ato, sendo que no partícipe deve estar presente o dolo quanto à determinação do autor ao ato e também o dolo relativo ao cometimento do ato pelo autor.⁵⁸⁶ Por sua vez, dá-se o auxílio, nos termos do § 27 StGB, pela assistência oferecida dolosamente ao agente para o cometimento de um ato também doloso e antijurídico. Note-se que esta assistência é compreendida como um incremento de risco juridicamente reprovado e que guarda

⁵⁸² GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como fundamento da autoria no direito penal brasileiro. In: GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto (Org.). *Autoria como domínio do fato: Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 47.

⁵⁸³ ROXIN, Claus. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 4ª ed. München: C. H. Beck, v. 1, 2006, p. 130–131.

⁵⁸⁴ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, v. 2, cit., p. 6–9.

⁵⁸⁵ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, v. 1, cit., p. 130.

⁵⁸⁶ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, v. 1, cit., p. 148–150.

relação de causalidade com o resultado típico.⁵⁸⁷ Tal incremento de risco ocorre se o partícipe possibilita, facilita, intensifica ou assegura o ato do autor.⁵⁸⁸

Já no Direito Penal brasileiro a dogmática da autoria e da participação encontra algumas dificuldades. De início, cabe lembrar o alerta de NILO BATISTA, que qualifica a tarefa de “reconstruir as formas típicas de autoria e participação no delito” como um “íngrato legado de um código penal que teria pretendido exterminá-las, oferecendo como preço uma posição teórica inaceitável (a panaceia do princípio causal)”.⁵⁸⁹ Isso ocorre porque, diferentemente do Direito Penal alemão, não há no ordenamento brasileiro uma clara correspondência entre os conceitos da teoria do domínio do fato e a legislação penal vigente, ainda que seja possível interpretar as normas nacionais sob tal prisma. O art. 29 do CP, ao tratar do concurso de pessoas, indica a adoção de um conceito extensivo e unitário de autoria ao determinar que todo aquele que concorre para o crime incide nas penas cominadas, na medida de sua culpabilidade. As diferenças entre aquele que realiza o tipo e quem colabora têm reflexos na quantificação de suas penas. Mesmo assim, defende-se na doutrina uma interpretação alternativa a sustentar a possibilidade de uma diferenciação entre autor e partícipe a partir da leitura do art. 29 do CP. Esse argumento sustenta-se, entre outras razões, pela norma do art. 31, que traz a ideia de acessoriedade e, portanto, aponta para o modelo restritivo e diferenciador de autoria por fazer referência explícita às figuras da instigação, auxílio e cumplicidade, todas elas espécies de participação. A isso se acrescenta que a rejeição do conceito unitário e extensivo de autoria em favor dos argumentos diferenciadores e restritivos informa uma interpretação dos tipos penais mais conforme à legalidade e de cunho mais restritivo.⁵⁹⁰ A respeito dos referidos critérios, afirma CLAUS ROXIN criticamente que o critério restritivo e diferenciador de autoria e participação melhor se coaduna com as exigências do Estado de Direito, pois liga a punibilidade do sujeito ao preenchimento dos elementos do tipo, enquanto o critério extensivo e unitário relaciona a autoria à causalidade do resultado típico, ampliando demasiadamente o campo da punibilidade.⁵⁹¹ Tal concepção extensiva de autoria torna o tipo demasiadamente aberto e coloca em risco o princípio da reserva

⁵⁸⁷ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, v. 1, cit., p. 192.

⁵⁸⁸ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, v. 1, cit., p. 203.

⁵⁸⁹ BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no Direito Penal brasileiro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 54–55.

⁵⁹⁰ GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. *Autoria como realização do tipo*, cit., p. 68–79.

⁵⁹¹ ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., p. 5–6.

legal.⁵⁹² Para além destas considerações doutrinárias, corrobora a rejeição do critério extensivo o art. 29, § 1º, do CP, ao prever expressamente a figura da participação, determinando causa de diminuição de pena, o que seria incompatível com a teoria extensiva.⁵⁹³

Como critério diferenciador entre autoria e participação no Direito Penal brasileiro argumenta-se pela adoção da teoria do domínio do fato quanto aos crimes comissivos dolosos. Segundo NILO BATISTA, o domínio do fato se verifica de modo objetivo, por meio do controle do agente quanto à consumação ou à desistência do crime, ou seja, determinando o “se” e o “como” do ato. Este domínio somente é possível, de seu turno, caso o agente tenha a necessária consciência e a vontade referente ao ato e, portanto, apenas se admite o domínio quando há dolo. Esta limitação demonstra, assim, que a teoria do domínio do fato não pretende determinar o que é autoria para todo e qualquer espécie de delito e mesmo determinações mais concretas acerca do que é efetivamente autoria e participação conforme domínio do fato passam a depender diretamente dos tipos penais.⁵⁹⁴

Por sua vez, a participação no Direito Penal brasileiro pode ser brevemente conceituada como colaboração no delito de outrem e se dá por meio da instigação e da cumplicidade. Todas as espécies de participação exigem o dolo, enquanto conhecimento e vontade de colaborar para um ato ilícito doloso de outrem. Entre a participação e o ato principal há relação de acessoriedade, isto é, o injusto da participação subordina-se ao injusto do ato principal, justificando-se a previsão do art. 31 do CP.⁵⁹⁵ Quanto às espécies de participação, afirma-se que a instigação consiste na determinação do autor ao cometimento do crime, fazendo nele surgir a resolução quanto ao ato, bem como no ato de reforçar e desenvolver no autor sua decisão quanto ao cometimento do crime, desde que ele já não tenha se decidido de modo definitivo.⁵⁹⁶ A cumplicidade consubstancia-se, por fim, na ideia de auxílio ou cooperação para o ato ilícito do autor, tanto material como intelectual.⁵⁹⁷

⁵⁹² BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*, cit., p. 35.

⁵⁹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: Parte geral*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 575–576.

⁵⁹⁴ BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*, cit., p. 69–74.

⁵⁹⁵ BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*, cit., p. 157–164.

⁵⁹⁶ BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*, cit., p. 182.

⁵⁹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*, cit., p. 599–600.

Com base nesses traços gerais acerca da teoria do domínio do fato seria possível diferenciar a autocolocação e a heterocolocação em risco, como defende grande parte da doutrina e da jurisprudência alemã e será exposto detalhadamente no tópico a seguir.

4.2.2. A Teoria do Domínio do Fato como critério de diferenciação

A teoria do domínio do fato é acolhida pela maioria doutrina e jurisprudência alemãs como critério diferenciador entre a autocolocação em risco e a heterocolocação em risco consentida.

De certo modo, a ideia de domínio como traço diferenciador da autocolocação e da heterocolocação em risco já estava presente no momento em que tais conceitos foram forjados. Deste modo, é possível afirmar que o domínio de certos fatos pelo ofendido ou pelo terceiro relaciona-se à própria gênese dos conceitos de autocolocação e heterocolocação em risco.

Atribui-se a CLAUS ROXIN a introdução, em 1973, do conceito de heterocolocação em risco consentida em seu texto “*Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten*”,⁵⁹⁸ no qual trata de aspectos do fim de proteção da norma em relação aos crimes culposos. Nesta obra, o referido autor justifica a necessidade de um tratamento jurídico autônomo aos casos que denominou heterocolocação em risco consentida, figura que até aquele momento não se diferenciava das hipóteses de autocolocação em risco. Esta justificação, em sua opinião, se encontra no direito positivo alemão, que expressamente proíbe o homicídio a pedido (§ 216 StGB) e afasta a possibilidade de consentimento em lesões corporais contrárias aos bons costumes (§ 228 StGB). Em razão destas normas, haveria uma diferença nas consequências jurídicas de uma mera autolesão (ou autocolocação em risco) e uma heterolesão consentida, a qual se estenderia com mais razão às hipóteses de colocação em risco.⁵⁹⁹

Contudo, é preciso atentar para os motivos que, segundo ROXIN, são o sentido profundo da diferenciação entre a autocolocação em risco e a heterocolocação em risco consentida. Sustenta o autor a necessidade da distinção entre as figuras, pois em uma autocolocação em risco a exposição do sujeito ao perigo por suas próprias condutas

⁵⁹⁸ ROXIN, Claus. Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten. *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*. Berlin: de Gruyter, 1973, p. 241-259.

⁵⁹⁹ ROXIN, Claus. Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, cit., p. 250.

depende sempre de seu domínio, ou seja, o sujeito controla o risco a que se expõe por meio de suas condutas, sendo que tal controle está sob seu próprio domínio. Por outro lado, na heterocolocação em risco tem-se antes de tudo a mera tolerância pelo ofendido de um risco que provém de um terceiro, sendo que o sujeito acaba exposto ao desenrolar dos fatos, em relação aos quais não detém a possibilidade de interferência ou interrupção a fim de controlá-los, o que ocorreria caso se tratasse de uma autocolocação em risco. Além disso, nas hipóteses de heterocolocação em risco consentida o ofendido geralmente não tem ciência das capacidades do terceiro em dominar a situação perigosa na mesma extensão e limites em que conhece suas próprias habilidades.⁶⁰⁰

Sobressai-se de modo claro, assim, a ideia de domínio como elemento caracterizador da autocolocação em risco e da heterocolocação em risco consentida. A depender sobre qual sujeito recai este domínio ou controle, afirma-se então a configuração de uma das figuras, com exclusão da outra. Contudo, depreende-se também do pensamento de CLAUS ROXIN que – ainda que fale em domínio – não se diz em momento algum que a diferenciação da autocolocação e da heterocolocação encontraria respaldo especificamente na teoria do domínio do fato ou em qualquer outra construção dogmática ligada ao concurso de pessoas. Portanto, ao se falar em domínio não se pode, sem maiores considerações, concluir que se está diante de um domínio tal qual aquele exercido pelo autor de um delito em relação ao fato típico.

A par destas considerações, acabou consagrada pela jurisprudência do BGH (*Bundesgerichtshof*) a ideia de que a diferenciação entre a autocolocação e a heterocolocação em risco se dá por meio da teoria do domínio do fato, enquanto instrumento dogmático do concurso de pessoas.

Neste contexto, merece atenção o ainda caso do “teste de aceleração” (*Autorenner-Fall* - BGHSt 53, 55), de 20 de novembro de 2008. Nele, esta corte alemã fala expressamente que a dogmática da autoria e da participação deve ser utilizada para diferenciar entre a participação em uma autocolocação em risco e a heterocolocação em

⁶⁰⁰ ROXIN, Claus. Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, cit., p. 250. Dada a importância do trecho, transcreve-se o excerto no original: “Der tiefere Sinn einer solcher Differenzierung liegt darin, daß es jederzeit der eigenen Herrschaft untersteht, wie weit man sich der Gefährdung durch eigene Handlungen aussetzen will, daß aber die bloße Tolerierung der von einem anderen ausgehenden Gefährdung das Opfer einer unübersehbaren Entwicklung ausliefert, in die steuernd einzugreifen oder die abubrechen oft keine Möglichkeit mehr besteht, wo der sich selbst Gefährdende dies noch könnte; auch kann ja, wer sich einer Fremdgefährdung aussetzt, die Fähigkeit des anderen zur Meisterung riskanter Situationen normalerweise nicht in demselben Grade überblicken wie Ausmaß und Grenzen der eignen Geschicklichkeit”.

risco consentida, sendo decisivo determinar se o domínio do fato da ação perigosa recai exclusivamente sobre o próprio ofendido ou se o terceiro também domina o fato. Afirmar também que, na análise do domínio do fato arriscado, deve-se dar especial importância ao fato que diretamente leva ao evento danoso.⁶⁰¹

É de se ressaltar, contudo, que tal argumentação relacionando risco e domínio já se encontrava, de certa forma, presente na jurisprudência alemã, mesmo antes da publicação do referido texto introdutório de CLAUS ROXIN acerca da heterocolocação em risco consentida.

De fato, no chamado caso Gisela (*Gisela-Fall* – BGHSt 19, 135), de 14 de agosto de 1963, em que se discutiu a participação em suicídio, é possível constatar o debate acerca dos critérios dogmáticos do concurso de pessoas. Nesta ocasião, o BGH, ao cuidar de caso de homicídio a pedido (*Tötung auf Verlangen* – § 216 StGB) de um casal que optou conjuntamente pelo suicídio, decidiu pela punibilidade do sujeito sobrevivente, uma vez que ele seria autor do crime ao dominar os acontecimentos que levaram à morte sua namorada, além de manifestar o aspecto subjetivo da autoria. Além disso, neste último julgado afirmou-se que, nos casos em que não se verifica a autoria, haveria apenas uma participação não punível em um suicídio.⁶⁰²

O mesmo critério é novamente utilizado em 20 de maio de 2003 na decisão *Zivildienst-Fall* (BGH 5 StR 66/03 – NJW 2003, 2326). Neste julgado, tratou-se do caso de um jovem que, durante o seu *serviço cívico* – alternativa destinada àqueles que se eximem do serviço militar obrigatório – auxiliava nos cuidados de pessoa acometida de distrofia muscular progressiva de Duchenne, severa deficiência física que lhe impedia qualquer movimento, com exceção dos movimentos da boca. Após certo tempo, o sujeito enfermo, que já expressara ideias suicidas, convenceu o jovem que dele cuidava a realizar-lhe um desejo: envolvê-lo em sacos plásticos e deixá-lo em um container destinado ao recolhimento de lixo, fazendo crer que ele certamente seria recolhido de lá posteriormente. Tal ato foi realizado pelo jovem e o enfermo foi encontrado morto. O BGH reafirmou então que a linha divisória entre a participação e a autoria serve de critério para diferenciar a autocolocação em risco impunível e o homicídio a pedido (§ 216 StGB), mesmo nos casos em que todo o risco provenha do terceiro e não do próprio ofendido, tal como na presente hipótese. Logo, o domínio do fato restava sobre o jovem que, apesar de

⁶⁰¹ BGHSt 53, 55 ss.

⁶⁰² BGHSt 19, 135 ss.

ser enredado pelo paciente, não estava em erro a ponto de desconhecer os fatores de risco da situação.⁶⁰³

Logo após, em 11 de dezembro de 2003, no julgamento do caso BGHSt 49, 34, o Tribunal posicionou-se especificamente acerca da diferenciação entre a autocolocação e a heterocolocação em risco e adotou os critérios da autoria e da participação para tal fim, sendo o domínio do fato sobre a conduta perigosa o elemento central para a diferenciação. Entendeu a Corte que, na medida em que o referido domínio não recai exclusivamente sobre o ofendido, mas também no terceiro, afasta-se a figura da autocolocação em risco, afirmando-se a heterocolocação em risco consentida.⁶⁰⁴

Na doutrina dominante alemã afirma-se também o critério adotado pelo BGH. Repete-se que a diferenciação entre autocolocação em risco e heterocolocação em risco consentida se orienta pelo domínio do fato arriscado, notadamente aquele que leva de modo direto à lesão do bem jurídico.⁶⁰⁵ Ou seja, enxerga-se novamente a adoção da dogmática do concurso de pessoas, diferenciando-se a autocolocação em risco e a heterocolocação em risco consentida com base nas regras destinadas à definição da autoria e da participação.⁶⁰⁶ Defende-se, portanto, que a cooperação entre o ofendido e terceiros pode ser tratada à semelhança dos casos de participação de outras pessoas em um delito.⁶⁰⁷

Tal como sustentado pela jurisprudência alemã, a doutrina também repisa que o fundamento para tal critério de diferenciação decorre das previsões legais dos §§ 216 e 228 StGB.⁶⁰⁸ Isto significa dizer que, por se punir expressamente o homicídio a pedido (*Tötung auf Verlangen*) e se impedir o consentimento em lesões corporais contrárias aos bons costumes, extrai-se que o legislador alemão determinou a punição dos atos em que terceiro é o autor de lesões à vida e à integridade física do ofendido, ainda que a conduta seja por ele anuída. Diferentemente, permaneceriam impuníveis as condutas do terceiro

⁶⁰³ BGH 5 StR 66/03

⁶⁰⁴ BGHSt 49, 34 ss.

⁶⁰⁵ RENGIER, Rudolf. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 2ª ed. München: Beck, 2010, p. 94. Em igual sentido: KREY, Volker; ESSER, Robert. *Deutsches Strafrecht, allgemeiner Teil*: Studienbuch in systematischer-induktiver Darstellung. 4ª ed. Stuttgart: Kohlhammer, 2011, p. 148; WEBER, Klaus. Suchtmittelsubstitution. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich. (Org.). *Handbuch des Medizinstrafrechts*. 4ª ed. Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden: Boorberg, 2010, p. 764; DERKSEN, Roland. *Handeln auf eigene Gefahr*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992, p. 34; KÜHL, Kristian. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 6ª ed. München: Franz Vahlen, 2008, p. 60; MURMANN, Uwe. *Grundkurs Strafrecht*. 1ª ed. München: C. H. Beck, 2011, p. 174.

⁶⁰⁶ KREY, Volker; ESSER, Robert. *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., p. 148.

⁶⁰⁷ MURMANN, Uwe. *Grundkurs Strafrecht*, cit., p. 174.

⁶⁰⁸ DERKSEN, Roland. *Handeln auf eigene Gefahr*, cit., p. 37.

que não se qualificam como autoria do crime. É, portanto, o fato de o terceiro ser autor que caracteriza a sua punibilidade. A partir deste vetor interpretativo, baseando-se nas diferenças entre autor e partícipe, confere-se relevo às regras dos concursos de pessoas para diferenciar as situações de autocolocação em risco e heterocolocação em risco consentida. Neste contexto é que se sublinha a teoria do domínio do fato e os conceitos a ela ligados. Com efeito, a ideia de domínio do fato perigoso liga-se à teoria do domínio do fato que, por sua vez, é o instrumental escolhido para a determinação dos papéis de autor e partícipe.

Contudo, alerta-se que os critérios de diferenciação entre a autocolocação em risco e a heterocolocação em risco consentida segundo a teoria do domínio do fato não podem ser determinados em termos temporais. É possível que o ato que leva à lesão, se considerado exclusivamente, não seja decisivo para a afirmação sobre quem é o autor. Isto porque, da perspectiva dos participantes, a lesão não ocorreria e, por isso, o último ato não representaria o caráter de disposição sobre o bem jurídico.⁶⁰⁹ Em razão disso, as ações de ambos devem ser olhadas conjuntamente na realização do perigo.⁶¹⁰ Ao se analisar a situação como um todo, verifica-se que são encontradas as maiores dificuldades nos casos em que o ofendido e o terceiro têm contribuições de igual valor nos acontecimentos e assim controlam o acontecimento arriscado de modo conjunto.⁶¹¹

Igualmente, defende-se que as exigências sobre o domínio em uma heterocolocação em risco consentida, quando em comparação com a autocolocação em risco, não deveriam ser tratadas do mesmo modo. Em uma autocolocação em risco o nexo entre ação e resultado é produzido pelo próprio ofendido, enquanto nos casos de heterocolocação em risco o ofendido simplesmente se expõe ao perigo.⁶¹²

Portanto, a partir da teoria do domínio do fato afirma-se que o critério diferenciador entre a autocolocação e a heterocolocação em risco encontra-se no juízo sobre qual dos sujeitos envolvidos tem o domínio do fato arriscado que terá como

⁶⁰⁹ OTTO, Harro. Eigenverantwortliche Selbstschädigung und -gefährdung sowie einverständliche Fremdschädigung und -gefährdung. In: JESCHECK, Hans-Heinrich; VOGLER, Theo (ed.). Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989. Berlin: de Gruyter, 1989, p. 170.

⁶¹⁰ PUPPE, Ingeborg. Mitverantwortung des Fahrlässigkeitstäters bei Selbstgefährdung des Verletzten: Zugleich Besprechung von BGH, Urteil vom 20.11.2008. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2009, p. 492.

⁶¹¹ HELLMANN, Uwe. Einverständliche Fremdgefährdung und objektive Zurechnung. *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*. Berlin: De Gruyter, 2001, p. 273.

⁶¹² ZACZYK, Rainer. Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten. Heidelberg: Müller, 1993, p. 61.

consequência direta a lesão ao bem jurídico do ofendido. Esta posição, contudo, não é imune a críticas, como se exporá a seguir.

4.2.3. Críticas à Teoria do Domínio do Fato como critério de diferenciação

A diferenciação da autocolocação em risco e a heterocolocação em risco pelos critérios do domínio do fato, inseridos na dogmática do concurso de pessoas, recebe críticas por parte da doutrina alemã.

A principal crítica diz respeito à dogmática do concurso de pessoas e sua aplicação nos delitos de natureza culposa, inserindo-se nesta categoria os casos de autocolocação em risco e heterocolocação em risco. Conforme já ressaltado, na Alemanha, doutrina e a jurisprudência dominantes utilizam-se o critério do domínio do fato, afirmando que a diferença entre a autocolocação e a heterocolocação em risco situa-se na linha divisória entre a autoria e a participação.

Entretanto, como afirma CLAUS ROXIN, o Direito Penal alemão emprega o critério unitário de autor para os delitos culposos. Logo, em relação a tais crimes não é possível diferenciar entre autor e partícipe. Todo aquele que contribui culposamente para o resultado é entendido como autor ou coautor, caso haja mais de um agente.⁶¹³ A razão pela qual se adota tal entendimento pode ser encontrada na própria legislação alemã. Nesse sentido, os §§ 26 e 27 do StGB, ao conceituarem as espécies de participação de induzimento e auxílio, pressupõem o cometimento de um ato principal doloso. É por conta dessas previsões legais que não se fala em participação em delitos culposos naquele ordenamento. Contudo, como expressamente assevera ROXIN, tal limitação legal prova apenas que “não há participação culposa, mas sim que ela não é punível”.⁶¹⁴

⁶¹³ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, v. 2, cit., p. 8.

⁶¹⁴ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, v. 2, cit., p. 8-9. Acrescente-se, neste ponto, a interessante abordagem histórica do concurso de pessoas no direito alemão realizada por JUAREZ TAVARES: “É interessante observar, para se obter uma correta interpretação do art. 29, como se foram processando as teorias que fundamentam a participação punível no direito penal. No direito alemão, vários foram os argumentos a favor da disciplina contida, hoje, nos §§ 26 e 27 do Código Penal. Inicialmente, como não havia essa limitação de que a participação só se poderia dar nos delitos dolosos, a jurisprudência dos tribunais daquele país, impregnada pela estrutura causal-naturalista do delito, se manifestava no sentido de admiti-la igualmente nos delitos culposos. Isto decorria de dois fundamentos: primeiro, para haver participação bastava que os partícipes tivessem realizado ato típico e antijurídico, quer dizer, adotava-se a teoria da acessoriedade limitada, pela qual a culpabilidade não integra a relação de concurso; segundo, como o dolo e a culpa estavam situados na culpabilidade, era perfeitamente possível a participação tanto em fatos dolosos quanto culposos. Mais tarde, com a alteração que se propôs, na estrutura do delito, pela teoria final da ação, de modo a situar o dolo no próprio tipo e não mais na culpabilidade, a participação não poderia ser inferida da

Note-se que o obstáculo à diferenciação entre autor e partícipe em crimes culposos vai além destas previsões legais. Com efeito, tal distinção não é possível em crimes culposos, dado que é necessário o conhecimento – elemento do dolo – para se afirmar o domínio sobre a realização do fato e não há controle da ação e de suas consequências se o sujeito não sabe o que está a fazer ou as decorrências de sua ação. Logo, o tipo culposos tem como autores todos os sujeitos que criam o risco não permitido posteriormente concretizado no resultado, sem diferenciação entre autor e partícipe, partindo de um conceito unitário de autoria.⁶¹⁵

Sob outro aspecto, INGEBORG PUPPE posiciona-se criticamente em relação à distinção entre autoria e participação em delitos culposos. Segundo esta autora, embora se possa falar em autoria e participação em delitos dolosos, isso não se aplicaria aos crimes culposos, uma vez que o sujeito não quer o resultado lesivo e, com menos razão o quereria “como próprio”. Por isso, não se aplicaria a tais casos a teoria do domínio do fato, dado que o domínio do fato se refere à realização do tipo, porém em delitos culposos nenhum dos agentes não tem o necessário domínio.⁶¹⁶ De modo ainda mais direto, afirma GÜNTER STRATENWERTH que os delitos culposos, por definição, se referem a processos que não são controlados pelos sujeitos. Consequentemente, eventual controle demonstraria o dolo dos agentes, que descaracterizaria o caráter culposos da conduta.⁶¹⁷

Na doutrina brasileira, encontram-se igualmente argumentos pela impossibilidade de diferenciação entre autor e partícipe nos delitos culposos, com consideração especial às normas do concurso de pessoas do Código Penal brasileiro.

Destaca-se, em primeiro lugar, que o art. 29 do CP, diferentemente dos §§ 26 e 27 StGB, não traz limitação expressa da participação em relação a crimes dolosos. Todavia, como adverte JUAREZ TAVARES, a norma do art. 29 do CP deve ser interpretada conforme a estrutura e as características dos próprios delitos individualmente considerados. A

simples causalidade, mas deveria ajustar-se à espécie de delito de que se tratava, qual seja, se doloso ou culposos. Em busca de uma solução que disciplinasse de modo racional a participação punível em face das inúmeras dificuldades decorrentes da elaboração de uma regra que atendesse às particularidades dos delitos dolosos e culposos, o legislador alemão optou por restringir o âmbito da participação punível aos delitos dolosos, tanto na forma da instigação quanto da cumplicidade.” (TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. 4ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 480).

⁶¹⁵ GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. *Autoria como realização do tipo*, cit., p. 63–64.

⁶¹⁶ PUPPE, Ingeborg. *Strafrecht Allgemeiner Teil*: im Spiegel der Rechtsprechung. 2ª ed. Baden-Baden: Nomos, 2011, p. 83.

⁶¹⁷ STRATENWERTH, Günter. Einverständliche Fremdgefährdung bei fahrlässigem Verhalten. In: PAEFFGEN, Hans-Ullrich; BÖSE, Martin *et al.* *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion*: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker & Humblot, 2011, p. 1019.

despeito da ausência de previsão expressa legal, como se vê no Direito alemão, afirma-se a impossibilidade lógica da participação em crimes culposos. De fato, entendendo-se os crimes culposos como delitos de dever, como faz JUAREZ TAVARES, a autoria recai sobre o sujeito que lesa o dever, tornando-o o centro da realização do crime. Mais detalhadamente, afirma-se que o autor dos delitos culposos é o sujeito que realiza uma conduta perigosa, a qual se coloca em confronto com uma norma de cuidado que objetiva a regulação da atividade empreendida pelo sujeito, sendo que, ao fim, aquela conduta se exaure no resultado proibido. Portanto, a autoria em crimes culposos exige uma especial relação entre o agente e a específica norma de cuidado à qual ele se vincula. Neste ponto, os delitos culposos diferenciam-se dos chamados delitos de domínio, categoria em que se incluem os crimes dolosos e na qual a autoria traduz-se pelo domínio do fato. Aponta-se a diferença estrutural entre os crimes dolosos – em que se proíbe ou determina uma conduta – e os crimes culposos, cuja proibição refere-se ao descumprimento de um dever. Na medida em que os crimes culposos não se qualificam como delitos de domínio, deixa de haver importância na determinação do controle que o agente tem sobre a realização do crime, mas torna-se relevante definir a forma e o modo pelos quais o sujeito relaciona-se com a proibição que se origina da norma de cuidado. Além destes fatores, também se acrescenta que nos crimes culposos não há uma resolução comum entre os agentes, a unificar suas condutas ou mesmo uma causalidade conjunta. Por fim, conclui JUAREZ TAVARES pela impossibilidade de coautoria nos crimes culposos, admitindo tão somente a configuração da autoria colateral.⁶¹⁸

Também sustenta posição semelhante NILO BATISTA ao defender que a teoria do domínio do fato se aplica somente aos crimes comissivos dolosos, dado que nos delitos culposos, toda a contribuição causal leva à autoria do fato.⁶¹⁹ O conceito extensivo de autor nos delitos culposos no Direito Penal brasileiro seria decorrência do próprio art. 18, inciso II, do CP, segundo o qual é agente aquele que deu causa ao resultado. Igualmente, não é possível fracionar a violação do dever objetivo de cuidado que leva ao resultado lesivo. Em razão destas considerações, não existiriam diferenças entre autoria e

⁶¹⁸ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*, cit., p. 469-485. Para um estudo do concurso de pessoas no Direito Penal brasileiro: CAMARGO, Beatriz Corrêa. *O tipo objetivo da instigação no sistema brasileiro do concurso de pessoas*. 314 páginas. 2015. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

⁶¹⁹ BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*, cit., p. 71-72.

participação nos crimes culposos, sendo que somente a autoria seria possível em tais delitos.⁶²⁰

Também asseveram EUGENIO RAÚL ZAFFARONI e JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI que, nos delitos culposos, a autoria tem como fundamento a causação do resultado e não o domínio do fato, tal como ocorre nos crimes dolosos. Em razão disso, não seria possível a figura da participação em delitos culposos, dado que, por basearem-se estes crimes na mera causação do resultado, todos aqueles cujas condutas são causa do resultado são autores do fato. Portanto, somente nos crimes dolosos – cuja autoria se pauta pelo domínio do fato – se fala em participação. Por igual motivo, não aceita a participação culposa ou dolosa em crime culposos.⁶²¹ Também reconhecem estes autores a impossibilidade de participação culposa em razão do art. 29, § 2º, do CP. Isso porque tal norma faz referência ao querer do partícipe em relação ao ato realizado, aplicando-lhe, em regra, a pena do delito de que quis participar. Portanto, a previsão legal nega a participação sem a vontade do agente e, por consequência, apenas prevê a possibilidade de participação dolosa, ou seja, querendo a realização do tipo pelo autor.⁶²²

Dada a impossibilidade de diferenciação entre autor e partícipe nos delitos culposos, colocam-se também dificuldades em determinar as fronteiras entre autocolocação em risco e heterocolocação em risco com base nos critérios do concurso de pessoas.

Mais precisamente, na medida em que se parte de um conceito extensivo e unitário de autoria em crimes culposos, como defendido pela doutrina majoritária, torna-se impossível a diferenciação entre autocolocação em risco e heterocolocação em risco consentida. Afirma-se que, no campo dos delitos culposos, todas as condutas que acarretam um risco não permitido são igualmente valoradas, como decorrência da causalidade baseada na equivalência das condições. Logo, questiona-se somente a contrariedade da conduta em relação ao dever objetivo de cuidado. Aponta criticamente JOACHIM RENZIKOWSKI que, ao se defender a possibilidade de diferenciação entre

⁶²⁰ BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*, cit., p. 79–84.

⁶²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*, cit., p. 582–583.

⁶²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*, cit., p. 595–596. Em tais casos, afirmam os autores que o partícipe deveria ser punido pelo crime de que quis participar e eventualmente como coautor do crime com resultado mais grave, enquanto crime culposos, em concurso formal.

autocolocação em risco e heterocolocação em risco, passa-se a pressupor a aplicação do critério restritivo de autoria e participação também nos crimes culposos.⁶²³

A par das dificuldades inerentes ao concurso de pessoas nos delitos culposos, verifica-se que a própria teoria do domínio do fato traz em si obstáculos à sua aplicação como critério diferenciador da autocolocação e da heterocolocação em risco. Critica-se a teoria do domínio do fato como critério diferenciador, pois o fato cujo domínio se discute apenas recebe efetivo significado a depender da prévia determinação da conduta típica que se liga a ideia de domínio. Em outras palavras, o fato cujo domínio se discute somente é compreendido, caso se delimite qual é a conduta típica de que se está tratando. Porém, em um dado contexto fático, não se tem diante de si apenas um único e inequívoco fato, cujo domínio é discutido. Em regra, a realidade traz inúmeros fatos que se interligam e se relacionam entre si, constituindo o cenário no qual se dá a lesão a um bem jurídico. Não são todos os fatos, entretanto, que se mostram relevantes e sobre os quais o domínio traz consequências jurídico-penais. Por isso, é necessário realizar-se um corte no conjunto de fatos, a fim de determinar quais deles merecem a devida atenção para se afirmar qual sujeito é a figura central no acontecimento que acarretou a lesão ou a colocação em perigo do bem jurídico. Este critério para a escolha dos fatos juridicamente relevantes, por sua vez, é extraído normativamente a partir da definição da conduta típica. Somente após a definição da conduta típica pode-se então determinar quais são os fatos relevantes e, portanto, sobre os quais o domínio se faz necessário para o juízo de autoria ou participação. Deste modo, depreende-se a existência de um domínio do fato depois determinada a conduta típica cuja realização se discutirá.⁶²⁴

Entretanto, há dificuldades em transpor tal raciocínio para se afirmar o domínio do fato em uma situação de colocação em risco. Nestes casos, a bem da verdade, não se tem exatamente um fato a ser dominado, mas sim apenas um risco que provavelmente pode levar a um dano. Falar-se-ia, portanto, em um domínio do risco. Contudo, essa qualificação não pode ser aceita sem críticas. Isso porque, tal como nos casos de crimes dolosos, seria necessário determinar previamente qual seria a conduta típica que se está a verificar, a fim de se definir qual fato o agente deve ter domínio. Ocorre que, ao se tratar de colocações em risco, inserindo-as no âmbito dos delitos culposos, a ideia de risco

⁶²³ RENZIKOWSKI, Joachim. Eigenverantwortliche Selbstgefährdung, einverständliche Fremdgefährdung und ihre Grenzen: Besprechung zu BGH v. 20. 11. 2008 – 4 StR 328/08 (BGH HRRS 2009 Nr. 93). *Online Zeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung im Strafrecht*, n. 9, p. 347-355, 2009, p. 348.

⁶²⁴ MURMANN, Uwe. *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, cit., p. 410.

ocupa o lugar da conduta típica. Logo, somente após se determinar qual é, no caso concreto, o risco penalmente relevante é possível perquirir-se acerca de eventual domínio sobre ele. Neste ponto surgem alguns problemas, pois os riscos, diferentemente das condutas típicas, não são determináveis com a mesma clareza. De fato, as condutas típicas podem ser extraídas do tipo penal e por isso afirma-se sua relevância penal. Todavia, os riscos não se ligam com tal proximidade a um dado tipo penal. Logo, traçar a linha divisória entre riscos penalmente irrelevantes e penalmente relevantes não é tarefa simples. Dada a dificuldade em determinar qual seria a situação de risco penalmente relevante, prejudica-se o juízo sobre eventual domínio, uma vez que não se sabe ao certo qual é a situação sobre a qual controle deve ser exercido.⁶²⁵

Contudo, a crítica mais incisiva à teoria do domínio do fato como critério de diferenciação entre a autocolocação e a heterocolocação em risco parte do próprio CLAUS ROXIN, que neste ponto aproxima a posição àquela defendida por INGEBORG PUPPE. Ressalte-se, antes de tudo, que as considerações formuladas por ROXIN partem da afirmação corrente na jurisprudência alemã de que o critério diferenciador entre autocolocação em risco e heterocolocação em risco seria justamente a medida do domínio do fato, entendida como linha divisória entre a autoria e a participação, conforme expressamente consignado pelo *Bundesgerichtshof* no caso do “teste de aceleração” (*Beschleunigungstest-Fall* - BGHSt 53, 55).⁶²⁶

Atacando a referida posição jurisprudencial, ROXIN defende a impossibilidade de diferenciação entre autor e partícipe no campo dos delitos culposos, notadamente porque o conceito de domínio do fato consiste no domínio doloso da conduta típica. Uma vez que as figuras da autocolocação em risco e heterocolocação em risco consentida seriam, na opinião de ROXIN, categorias culposas, seria *a priori* impossível aplicar a ideia de domínio do fato. Em razão disso, afirma o autor de modo geral que a utilização da teoria da participação (*Teilnahmelehre*) para tais fins é errônea, uma vez que a diferenciação não deve repousar sobre o domínio do fato, porquanto nos casos de autocolocação em risco e heterocolocação em risco nenhum dos sujeitos envolvidos tem o verdadeiro domínio em relação ao tipo penal que se realizou concretamente.⁶²⁷

⁶²⁵ MURMANN, Uwe. *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, cit., p. 409-410.

⁶²⁶ ROXIN, Claus. Der Streit um die einverständliche Fremdgefährdung. *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2012, p. 659.

⁶²⁷ ROXIN, Claus. Der Streit um die einverständliche Fremdgefährdung, cit., p. 659. Nesse mesmo sentido: STRATENWERTH, Günter. Einverständliche Fremdgefährdung bei fahrlässigem Verhalten, cit., p. 1019.

Mesmo em relação à figura do domínio da colocação em risco (*Gefährdungsherrschaft*) ROXIN opõe-se de modo crítico, rejeitando-a por entender ser equivocada a própria ligação entre as ideias de domínio e de colocação em risco. A simples ocorrência do indesejado resultado lesivo ao bem jurídico do ofendido é demonstração suficiente da ausência de real domínio do risco pelo sujeito. É justamente a falha no domínio pretendido domínio do fato que acarreta a lesão e, portanto, não se poderia falar em domínio da colocação em risco como elemento presente nas hipóteses de autocolocação e heterocolocação em risco.⁶²⁸

Como já afirmado, também INGEBORG PUPPE critica a posição adotada pela jurisprudência para a diferenciação entre autocolocação em risco e heterocolocação em risco. Ao comentar o julgado do caso do teste de aceleração (*Beschleunigungstest-Fall - BGHSt 53, 55*), defende também a impossibilidade da transposição dos conceitos de autor e partícipe aos crimes culposos a partir de uma perspectiva da teoria do domínio do fato, uma vez que inexiste o domínio da realização do tipo nas hipóteses de colocação em risco. Igualmente, posiciona-se no sentido da impossibilidade de transposição sob um aspecto subjetivo, dado que nos casos de autocolocação em risco e heterocolocação em risco nenhum dos sujeitos quer ver realizado o resultado típico. Por essa razão, em nenhum momento poder-se-ia afirmar que os sujeitos compreenderiam os fatos “como próprios”.⁶²⁹

Por fim, é interessante o contraponto realizado por JOACHIM RENZIKOWSKI, para quem seria possível a adoção do domínio do fato como critério para distinguir as figuras de autor e partícipe em delitos culposos, ainda que nenhum dos sujeitos tenha o efetivo controle sobre o desenvolvimento causal dos fatos. A ideia de domínio é polissêmica e deve ser entendida como conceito que permite a atribuição da autoria a partir de uma valoração jurídica e, por essa razão, a alegada impossibilidade de aplicação aos delitos culposos seria uma *petitio principii*. Com isso, nos crimes culposos o domínio do fato passa de um domínio da realização do tipo, incluindo-se o resultado, para um domínio sobre a ação concretamente perigosa, ou seja, um domínio da colocação em risco (*Gefährdungsherrschaft*), relacionado ao fato que leva diretamente ao resultado lesivo. Neste domínio da colocação em risco, o sujeito passa a ocupar a posição central nos fatos em que se dá a conduta perigosa e não permitida. Ao fim, sustenta RENZIKOWSKI a

⁶²⁸ ROXIN, Claus. Der Streit um die einverständliche Fremdgefährdung, cit., p. 660.

⁶²⁹ PUPPE, Ingeborg. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., p. 83.

possibilidade, com base nesses critérios, da diferenciação entre autoria mediata, coautoria e participação em crimes culposos.⁶³⁰

A par das colocações doutrinárias sobre a impossibilidade da aplicação da teoria do domínio do fato às figuras de autocolocação e heterocolocação em risco consentida, especialmente por seu caráter culposo, defende-se nesta tese outra abordagem do problema, embora também conclua, ao final, pelo afastamento da teoria do domínio do fato. Isso porque a hipotética qualificação das condutas de colocação em risco como culposas ou dolosas se afigura inadequada e, em última análise, pouco relevante para a discussão acerca do eventual domínio dos fatos arriscados.

Inicialmente, ao se olhar o elemento volitivo dos ofendidos, a rigor mostra-se inapropriado falar-se *dolo* ou *culpa* na conduta voltada a si mesmo, porquanto há uma transposição de elementos voltadas à proteção de bens jurídicos alheios a situações em que as condutas são marcadas pela ausência de ofensividade.

Ao se considerar o ofendido e sua vontade em relação aos fatos, não se pode afirmar que sua conduta seja um crime culposo ou doloso, uma vez que a conduta contra si mesmo não é e não pode ser crime, por ausência de ofensividade. Deste modo, o que o ofendido faz com seus próprios bens jurídicos é juridicamente irrelevante e não há, a princípio, qualquer consequência penal que lhe possa ser imputada. Isso, em si, já impede a classificação de sua conduta como crime culposo ou doloso.

Mais profundamente, constata-se que mesmo as categorias do dolo e da culpa, em seus conceitos legais, não podem ser aplicadas ao ofendido. Segundo o art. 18, inciso I, do CP, há dolo se o “agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. No entanto, este “resultado” não é qualquer lesão ao bem jurídico, mas deve ser entendido como resultado típico. Porém, não há tipo penal em que o resultado típico seja a ofensa ao bem jurídico do ofendido como decorrência de sua própria conduta. Por isso, o conceito legal de *dolo* não se aplica às condutas do ofendido que se voltam contra si mesmo, dado que não há “resultado” a ser querido ou cuja produção é um risco assumido pelo ofendido.

O mesmo raciocínio aplica-se à culpa. Entendendo-se o conceito legal de conduta culposa como aquela que “deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou

⁶³⁰ RENZIKOWSKI, Joachim. Eigenverantwortliche Selbstgefährdung, einverständliche Fremdgefährdung und ihre Grenzen, cit., p. 350.

imperícia”,⁶³¹ tem-se que, tal como ocorre com o dolo, ou seja, o “resultado” alcançado pela imprudência, negligência ou imperícia é o resultado típico e inexistente norma penal que tipifique tais resultados lesivos do sujeito contra si mesmo. Além disso, no campo de culpa constata-se problemas adicionais nas ideias de imprudência, negligência ou imperícia, porquanto não se aceita a imposição de deveres de cuidado do ofendido em relação a si mesmo em razão de seu caráter excessivamente paternalista. Igualmente, volta-se mais uma vez à questão referente ao resultado, pois o hipotético dever de cuidado deve ligar-se à evitação de um certo resultado típico que, como já afirmado, não existe para proteger o indivíduo autônomo contra si mesmo.

Qualquer construção que procure aplicar as ideias de culpa e dolo à conduta do ofendido encontra estes obstáculos. Com efeito, é possível cogitar-se apenas que o ofendido possui internamente uma alguma intenção em sua conduta – o que não se pode confundir com o dolo e a culpa – o que, como se verá, não permite necessariamente a aplicação da teoria do domínio do fato na diferenciação da autocolocação e da heterocolocação em risco.

Ao mesmo tempo, perquirir acerca do elemento volitivo de terceiros envolvidos nos fatos – colaboradores ou ofensores – para qualificar como culposa ou dolosa sua conduta não se mostra relevante para a aplicação da teoria do domínio do fato. Isso porque, seja qual for o conteúdo do elemento volitivo do terceiro, ele não possibilitará ao sujeito ter o controle da colocação em risco, pressuposto para a teoria do domínio do fato. Deste modo, querer o resultado lesivo ao bem jurídico alheio não torna necessariamente possível o controle do risco, assim como querer a manutenção do bem jurídico intacto também em nada altera a objetiva possibilidade de controle do risco pelo sujeito. Em verdade, é o desfecho indesejado do risco – a lesão ou mesmo sua manutenção do bem jurídico – que indica a falta de controle sobre o perigo.

Por outro lado, deve-se lembrar que se adota neste trabalho o conceito eminentemente objetivo de colocação em risco como a criação de um risco cujo desenvolvimento adequado permite apenas um juízo de incerteza sobre a ocorrência do dano, sendo que esta incerteza é decorrência necessária da incontornabilidade do desenvolvimento do risco. Em outras palavras, é da própria essência da colocação em risco o caráter incontornável de seu desenvolvimento e isto decorre da incerteza sobre a

⁶³¹ Art. 18, inciso II, do Código Penal.

ocorrência do dano. Uma vez que a colocação em risco é por definição incontrollável, mostra-se falha qualquer tentativa de aplicação da teoria do domínio do fato.

Conclui-se, portanto, que o critério do domínio como elemento diferenciador da autocolocação e da heterocolocação em risco traz consigo grandes dificuldades, especialmente ao pretender transpor uma construção aplicável ao concurso de agentes em crimes dolosos aos delitos culposos, nos quais os questionamentos acerca da figura do autor e do partícipe podem se mostrar inadequados. Do mesmo modo, não se mostram aplicáveis as ideias de domínio do fato nos cenários de colocação em risco, uma vez que também se revela inadequado utilizar as categorias de crime culposos e dolosos às condutas do ofendido contra si mesmo, além de ser irrelevante a vontade dos terceiros para determinar eventual controle da colocação em risco. Vê-se ainda que o próprio conceito de colocação em risco pressupõe o fato de incontrollabilidade do risco, o que acaba por afastar argumentos que se apoiam na ideia de domínio do fato arriscado. É necessária, portanto, a adoção de critério diferenciador que seja apropriado às figuras da autocolocação e heterocolocação em risco, levando-se em consideração os traços que lhe são característicos.

4.2.4. Critério de diferenciação: A origem da colocação em risco como expressão da autonomia

As dificuldades encontradas na utilização da teoria do domínio do fato não significam a impossibilidade de diferenciação e nem impedem a adoção de outros critérios capazes de traçar a linha fronteira entre a autocolocação e a heterocolocação em risco.

Em primeiro lugar, antes de se adentrar nesta problemática, é preciso afirmar a necessidade da diferenciação entre a autocolocação e a heterocolocação em risco. Neste ponto, concorda-se com CLAUS ROXIN quando afirma a existência de uma diferença estrutural entre a autocolocação e a heterocolocação em risco a justificar sua distinção. Essa diferença consiste precisamente nos diferentes graus de poder de evitação (*Vermeidemacht*) do resultado pelo ofendido. Sustenta ROXIN que, em regra, nos casos em que o sujeito se expõe a um risco advindo de um terceiro há um menor poder de evitação do resultado pelo ofendido. Em razão deste menor poder de evitação, afirma-se a possibilidade de existência de déficits de controle e de conhecimento pelo ofendido, os

quais não podem ser ignorados e, conseqüentemente, devem ser analisados no caso concreto.⁶³²

Tem-se então que a causa da distinção entre a autocolocação e a heterocolocação em risco está nos diferentes graus de poder de evitação do resultado. Isso porque, no ato de exposição do ofendido ao risco, ele se submete a situações nas quais sua possibilidade de evitar a ocorrência do resultado lesivo se mostra nos mais diversos graus e modos, a depender do contexto fático em que ele se insere, o que se reflete possivelmente no controle e no conhecimento do sujeito em relação ao perigo. Em razão de tal particularidade, não se mostraria adequado inserir numa mesma categoria jurídica fatos com distintas características.⁶³³

Partindo-se da ideia de diferentes graus de poder de evitação do resultado como causa para a diferenciação das figuras, ROXIN propõe que a distinção tem como finalidade permitir uma análise mais apurada de possíveis déficits de controle e conhecimento do risco pelo ofendido, com reflexos nas possíveis consequências acerca da punibilidade de terceiros.⁶³⁴

Ressalta-se que tais ideias já estavam presentes no escrito “*Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten*”, primeira obra a tratar da heterocolocação em risco. Nesta ocasião, afirmou ROXIN que a diferenciação entre autocolocação e heterocolocação em risco reside na ideia do domínio do grau de colocação em risco. Se, por um lado, há casos em que está sob o domínio do sujeito, a qualquer tempo, o grau de colocação em risco ao qual ele quer se expor por meio de suas condutas e lhe é possível intervir ou mesmo interromper o desenvolvimento fático, por outro lado, existem cenários em que ao ofendido resta apenas tolerar ser colocado em um risco que parte de outro sujeito, cujo desenvolvimento, por isso, lhe é imprevisível e em relação ao qual não há a possibilidade de intervenção ou interrupção. Além disso, asseverou que o sujeito compreende melhor sua própria capacidade de controlar riscos do que a capacidade de terceiros em fazê-lo.⁶³⁵

Justificada a necessidade de diferenciação entre a autocolocação e heterocolocação em risco, cabe então questionar acerca dos critérios que permitem a distinção entre as figuras. Como já visto, CLAUS ROXIN rejeita a aplicação da teoria do

⁶³² ROXIN, Claus. Der Streit um die einverständliche Fremdgefährdung, cit., p. 658.

⁶³³ ROXIN, Claus. Der Streit um die einverständliche Fremdgefährdung, cit., p. 658.

⁶³⁴ ROXIN, Claus. Der Streit um die einverständliche Fremdgefährdung, cit., p. 658.

⁶³⁵ ROXIN, Claus. Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, cit., p. 250.

domínio do fato como critério diferenciador, tendo em vista que nas situações de autocolocação e heterocolocação em risco não se pode falar que existe efetivamente um domínio dos fatos pelos sujeitos, mesmo entendido como domínio da colocação em risco.⁶³⁶

No lugar da ideia de domínio, CLAUS ROXIN sugere como critério diferenciador entre a autocolocação e a heterocolocação em risco a origem do risco que leva diretamente à lesão do bem jurídico, sob um ponto de vista subjetivo, ou seja, a partir de qual dos sujeitos emana o risco que é causa direta à ofensa ao bem jurídico. Deve-se então perquirir, dentro do cenário em que o ofendido está exposto ao risco, de qual dos indivíduos envolvidos – o ofendido ou terceiros – surge o risco. Note-se que não é todo e qualquer risco que se mostra relevante para a definição da autocolocação ou heterocolocação em risco. Dentre os vários riscos que podem se apresentar em um quadro fático, apenas aquele que acarreta diretamente a lesão ao bem jurídico deve ter sua origem analisada. Acrescenta-se ainda que a origem da colocação em risco tem um caráter subjetivo, dado que se liga às condutas dos sujeitos envolvidos na colocação em risco. Deste modo, procura-se aferir a qual das condutas é possível reconduzir o risco que levou diretamente ao resultado lesivo dos bens jurídicos do ofendido.⁶³⁷

ROXIN traz exemplos de aplicação deste critério. Em sua opinião, verifica-se na conduta do próprio ofendido a origem da colocação em risco nos casos em que ele injeta em si mesmo heroína em dose fatal ou mesmo quando o sujeito participa de corrida de motocicletas, dirigindo seu próprio veículo, e acaba por lesionar-se. Nestes casos, é possível afirmar que a indesejada lesão ao bem jurídico tem como antecedente direto a colocação em um risco originado imediatamente da conduta do próprio ofendido. Por outro lado, se a ofensa ao bem jurídico tem origem em risco advindo da conduta de um terceiro, e não do próprio ofendido, está-se diante de outro quadro. Para ROXIN, é hipótese de autocolocação em risco o primeiro cenário, pois a origem do risco que diretamente levou à lesão é a conduta do ofendido, ao passo que a heterocolocação em risco se verifica

⁶³⁶ ROXIN, Claus. Der Streit um die einverständliche Fremdgefährdung, cit., p. 659-660.

⁶³⁷ ROXIN, Claus. Der Streit um die einverständliche Fremdgefährdung, cit., p. 659. Dada a importância do trecho, transcreve-se o original: „In der Tat ist der Rückgriff auf die Teilnahmelehre verfehlt. Denn es geht nicht darum, wer die Tatherrschaft hat – die hat im Hinblick auf den verwirklichten Tatbestand keiner der Beteiligten –, sondern von wem die Gefährdung ausgeht, die unmittelbar in den Erfolg einmündet.“

nos casos em que o risco que acarreta diretamente a lesão origina-se da conduta do terceiro.⁶³⁸

A partir destes apontamentos, é possível construir um critério diferenciador entre a autocolocação e a heterocolocação em risco, explorando-se a noção de origem da colocação em risco forjada por CLAUS ROXIN. Tal critério deve ser interpretado sob o prisma da autonomia dos sujeitos envolvidos. Com efeito, somente a partir da ótica da autonomia afigura-se possível desenvolver instrumentos adequados a lidar com as hipóteses de autocolocação e heterocolocação em risco, sendo este o vetor axiológico que se encontra na base de tais categorias jurídicas. Antes, contudo, de tratar diretamente de relação da origem da colocação em risco com a autonomia, é necessário maior aprofundamento na ideia de origem da colocação em risco.

O primeiro elemento que vem à tona ao se discutir a origem da colocação em risco é a conduta humana. Mais precisamente, ao se procurar a origem de uma colocação em risco objetiva-se saber qual foi a conduta que originou um determinado perigo ao bem jurídico. Consequentemente, do ponto de vista normativo, a origem da colocação em risco não é todo e qualquer fator da natureza. Afinal, o Direito Penal regula condutas humanas e apenas delas se ocupa. Por isso, há relevância jurídica apenas nas origens da colocação em risco que se consubstanciam em condutas humanas. Havendo uma colocação em risco que se revela em um primeiro momento como meramente natural, deve-se então perquirir acerca da conduta humana que lhe deu início. Assim, é relevante somente a origem da colocação em risco dentro do espectro das condutas humanas. Em outras palavras, é a conduta humana, enquanto origem da colocação em risco, que deve ser investigada. É preciso então identificar qual é a conduta humana que iniciou uma certa colocação em risco, cujo desenvolvimento acabou por criar ou majorar o perigo ao bem jurídico, posteriormente lesado de modo direto em razão daquele mesmo risco.

Nesta tarefa, o exame dos fatos deve se dar de modo retroativo, partindo-se do dano ao bem jurídico. Isso porque nos cenários em que se desenvolve a colocação em risco é possível que haja diversas fontes de perigo, porém o dano é único e a finalidade do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos. Determinado o dano ao bem jurídico, analisa-se a criação ou majoração de risco que acarretou de modo imediato a lesão. Questiona-se então qual é a conduta humana que originou aquele risco que levou ao dano.

⁶³⁸ ROXIN, Claus. Der Streit um die einverständliche Fremdgefährdung, cit., p. 659

Individualizada a conduta humana, cabe aferir se ela foi realizada pelo próprio ofendido ou por um terceiro, sendo que a partir deste momento é possível distinguir se os fatos se caracterizam como autocolocação em risco ou heterocolocação em risco.

Destaca-se ainda outro fator atinente à conduta humana como origem da colocação em risco, aproximando-se o critério de diferenciação à ideia de autonomia, como já enunciado. A conduta humana é conceito com sentido próprio no Direito Penal e assim também deve ser entendida nos casos de autocolocação em risco e heterocolocação em risco consentida. Ainda que sejam muitas as posições existentes acerca do conceito de conduta no Direito Penal, uma vez que se cuida aqui do conceito de CLAUS ROXIN acerca da origem da colocação em risco, adota-se o seu conceito de conduta. Para ROXIN, a conduta deve ser entendida como exteriorização da personalidade (*Persönlichkeitsäußerung*) e, portanto, é tudo que pode ser atribuído à pessoa como centro anímico e mental da ação. Estão excluídos deste conceito, portanto, atos que remontam exclusivamente à esfera corporal do sujeito e nos quais a ação não está submetida à instância de controle intelectual da própria pessoa. Existem meras exteriorizações realizadas pelo indivíduo que, por não serem controladas ou controláveis por sua vontade ou consciência, não lhe podem ser atribuídas e por isso não são consideradas exteriorização da personalidade. Em tais casos, há o fator exteriorização, mas lhe falta o traço da personalidade. Igualmente, há hipóteses em que se afirma a manifestação da personalidade, tal como em pensamentos e vontades, porém, enquanto ela não se desenvolve em aspectos externos e permanece apenas dentro do sujeito, não há uma exteriorização da personalidade e, por isso, também não há conduta em sentido jurídico-penal.⁶³⁹ Acrescenta ainda ROXIN que seu conceito de conduta não é propriamente uma definição da qual se pode deduzir logicamente o que é uma conduta, mas sim um conceito que, ao designar todas as “objetificações da personalidade”, informa um critério a ser concretizado na realidade fática.⁶⁴⁰ Dado o caráter abrangente desta concepção de conduta humana, sublinha ROXIN que ela se aplica a qualquer espécie de delito, ou seja, os atos dolosos, culposos e mesmo as omissões podem ser exteriorizações da personalidade.⁶⁴¹ Especialmente no tocante às condutas omissivas, sua caracterização como exteriorização da personalidade penalmente relevante depende da análise de expectativa de ação (*Handlungserwartung*), entendida como um especial elemento normativo. Por este

⁶³⁹ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, v. 1., cit., p. 256.

⁶⁴⁰ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, v. 1., cit., p. 270.

⁶⁴¹ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, v. 1., cit., p. 259.

prisma, é conduta a omissão do sujeito que é contrária a uma expectativa de ação, considerando-se concretamente as circunstâncias presentes na situação.⁶⁴²

É importante a identificação de qual das condutas encontra-se a origem da colocação em risco, na medida em que dela podem ser extraídos elementos que indicam seu caráter autônomo. Mais precisamente, uma vez que a conduta humana é entendida juridicamente como exteriorização da personalidade, pode-se então afirmar que ela é expressão da autonomia do sujeito. Não é possível falar-se em exteriorização da personalidade sem pressupor a existência de autonomia do sujeito naquele ato. Em outras palavras, não pode haver atribuição ao sujeito de atos e omissões que não têm em seu cerne elevado nível de autonomia.

Esta ligação entre a conduta que origina a colocação em risco e a autonomia do ofendido ganha especial relevo se analisada pelo prisma da razão pela qual se justifica a diferenciação entre autocolocação e heterocolocação em risco. Como sustenta CLAUS ROXIN, a diferença estrutural entre ambas as figuras está no poder de evitação do resultado (*Vermeidemacht*) pelo próprio ofendido. Isso porque nas hipóteses em que a origem da colocação em risco é a conduta do terceiro, o ofendido tem um menor poder de evitação da lesão contra si, com déficits de controle e de conhecimento em relação ao perigo.⁶⁴³

Neste ponto a autonomia do sujeito novamente mostra-se como vetor interpretativo. Ao se afirmar a existência um diferente grau de poder de evitação do resultado pelo ofendido, entende-se que há com isso indícios de diferentes graus de exercício da autonomia pelo ofendido. Na medida em que a origem da colocação em risco reside na conduta do próprio ofendido, tem ele um maior poder de evitação do resultado. Deste modo, é possível ao ofendido no momento de sua conduta que origina o perigo criar, aumentar, diminuir ou cessar o risco a que se exporá. É a exteriorização da personalidade do ofendido que influi diretamente no grau do risco que levará ao dano. Dada a relação imediata existente entre a conduta do ofendido – entendida como exteriorização da personalidade – e a criação do risco, pode-se concluir que em tais hipóteses tem o ofendido um alto grau de poder de evitação do resultado, porquanto igualmente detém nestes casos o poder de evitar a criação ou majoração do risco que levará diretamente ao dano. Tanto o eventual resultado quanto a colocação em risco criado ou aumentado remontam diretamente à própria conduta do ofendido.

⁶⁴² ROXIN, Claus. *Strafrecht*, v. 1., cit., p. 261.

⁶⁴³ ROXIN, Claus. *Der Streit um die einverständliche Fremdgefährdung*, cit., p. 658.

Consequentemente, deduz-se que na matriz de toda a criação do risco que leva concretamente à realização do dano há a autonomia da vontade do ofendido, e que a colocação em risco e a lesão são, portanto, produtos da própria autonomia. Existe, assim, uma ligação entre o dano e a autonomia do sujeito. Reformulando este mesmo raciocínio sob uma perspectiva negativa, tem-se que, caso se verifique de plano que não há autonomia na conduta do sujeito, a criação do risco e o dano não lhe podem ser atribuídos, dado que sequer conduta humana havia em sua origem.

O mesmo raciocínio aplica-se aos casos em que a origem da colocação em risco reside na conduta do terceiro. O dano ao ofendido refere-se de modo direto e imediato à colocação em risco que, por sua vez, origina-se da conduta de um terceiro. É a partir da conduta do terceiro que se dá a efetiva criação de um perigo ou sua majoração. Cabe lembrar que, para o fim de distinguir-se entre autocolocação e heterocolocação em risco, é preciso restringir a análise especificamente à colocação em risco que diretamente levou ao resultado lesivo. Deste modo, embora possa haver também atos do próprio ofendido relacionados ao risco, mostra-se relevante apenas a colocação em risco que acarretou diretamente o dano indesejado. Uma vez que a origem da colocação em risco recai sobre a conduta de terceiro, reduz-se o grau de poder de evitação do resultado pelo ofendido. A decisão e a conduta que concretamente cria ou aumenta o risco que levará ao resultado lesivo são do terceiro. Ainda que seja possível vislumbrar a existência de poder de evitação do resultado por parte do ofendido, conclui-se que ele é tendencialmente menor, pois se submete em última análise ao terceiro. Mesmo que o ofendido possa influir na conduta do terceiro, é certo que não pode fazê-lo com a mesma efetividade que teria em relação à própria conduta. É o terceiro que exclusivamente e apenas conforme sua vontade tem o poder de criar, aumentar ou mesmo manter a existência do risco. Portanto, percebe-se que nestes casos não há uma relação imediata entre o dano e a conduta do ofendido, mas sim uma relação mediata por força do ato do terceiro. Por conseguinte, verifica-se também um distanciamento entre a autonomia do ofendido e a lesão ao seu bem jurídico. Note-se que, a depender do quadro fático, é possível uma aproximação do dano com a autonomia do ofendido, ainda que a colocação em risco se origine da conduta do terceiro. Com estas considerações pretende-se tão somente afirmar que, se há, por um lado, hipóteses em que existe uma relação imediata entre o dano e a autonomia dos sujeitos, existem, de outro lado, casos em que esta relação é mediatizada pela conduta de um terceiro. Estes dois cenários, por sua vez, devem ser tratados juridicamente de modo

diverso, eis que também diversas são as situações quanto ao respeito da autonomia do sujeito que tem seus bens jurídicos posteriormente lesados.

Ressalta-se, entretanto, que esta relação da origem da colocação em risco com a autonomia deve ser entendida com especial cautela. Não se podem extrair conclusões sobre as consequências jurídico-penais dos sujeitos envolvidos pelo mero fato de a origem da colocação em risco recair sobre a conduta do terceiro ou do ofendido. Igualmente, a relação imediata ou mediata da autonomia do ofendido com o dano não permite, por si só, juízos acerca da punibilidade da conduta de quaisquer dos indivíduos. Em verdade, é o exame detalhado do caráter autônomo da conduta do ofendido que trará estas respostas, o que será abordado com os devidos detalhamentos posteriormente. Neste momento, objetiva-se apenas a construção de um critério adequado de diferenciação entre a autocolocação e a heterocolocação em risco, sendo que sua ligação com a autonomia do ofendido traz acima de tudo um caráter indiciário. Logo, originando-se a colocação em risco pela conduta do ofendido, há indícios de que o dano é manifestação do exercício de autonomia em elevado grau dado o caráter imediato da relação, enquanto existem indícios de que a autonomia do ofendido se refletiu em menor grau nos casos em que a conduta do terceiro é a origem da colocação em risco que levou ao dano.

Deste modo, como afirma CLAUS ROXIN, as diferenças entre as hipóteses fáticas impõem justamente o estudo apurado de eventuais déficits de controle e conhecimento pelo ofendido.⁶⁴⁴ Isto pode ser lido como traços de sua autonomia, ou seja, deve haver uma verificação especialmente cuidadosa do caráter autônomo da conduta do ofendido nos casos em que a colocação em risco advém da conduta do terceiro, sem deixar de lado a necessidade de analisar a natureza autônoma da conduta do próprio ofendido que origina a colocação em risco.

Contudo, o critério da origem do risco pode ser objeto de crítica por não oferecer respostas aos casos em que a colocação em risco resulta de múltiplas condutas realizadas por diversos indivíduos. Aqui, traça-se um paralelo com os casos em que, pela teoria do domínio do fato, haveria um suposto domínio conjunto da colocação em risco pelo ofendido e pelo terceiro. Neste debate, tende-se a se considerar como hipótese de heterocolocação em risco os casos em que tanto o terceiro como o ofendido dominam o

⁶⁴⁴ ROXIN, Claus. Der Streit um die einverständliche Fremdgefährdung, cit., p. 658.

risco.⁶⁴⁵ Aceitando-se como critério diferenciador a origem do risco, o problema recebe outro enfoque. Embora seja possível que em um dado cenário se realizem inúmeras condutas por diferentes indivíduos – cada uma delas criando novos riscos ou aumentando a intensidade dos riscos existentes – somente a conduta que cria ou majora o risco que acarreta direta e imediatamente a lesão define a autocolocação ou heterocolocação em risco. Em outras palavras, mesmo que ao fim o risco e sua intensidade sejam obra conjunta da soma das condutas do ofendido e do terceiro, somente uma das condutas é aquela que efetivamente deu origem à colocação em risco que diretamente causou a lesão ao bem jurídico e as condutas anteriores apenas possibilitaram ou facilitaram a conduta posterior.

O critério proposto, todavia, oferece dificuldades em razão da necessidade de apontar qual risco ou mesmo parcela do risco realizou direta e imediatamente na lesão, uma vez que a complexidade dos fatos pode impedir que se determine este dado com precisão. Uma das possíveis soluções para este problema consiste na adoção do critério da temporalidade das condutas, o qual autoriza a presunção de que a última conduta realizada é a responsável pela origem do risco ou pela majoração que levou diretamente ao resultado, tendo em vista que os riscos então existentes não foram capazes de causar a lesão. Contudo, o critério temporal não deve ser aplicado sem maiores considerações, consubstanciando-se apenas em diretriz que, a depender do cenário concreto, pode ter pouca importância, tal como nas hipóteses em que os riscos já eram altos e a nova conduta tem baixa relevância em sua majoração.

Em conclusão, pode-se afirmar que se justifica a distinção entre autocolocação e heterocolocação em risco devido a suas diferenças estruturais, consistentes na disparidade do poder de evitação do resultado pelo ofendido. Deste modo, rejeitando-se a teoria do domínio do fato como critério diferenciador, defende-se que a diferenciação entre as duas figuras em estudo deve se dar a partir da origem da colocação em risco, entendida como a conduta humana da qual advém o risco. Tal critério se mostra adequado para indicar o grau de autonomia do ofendido e sua relação com o dano por ele suportado em razão do perigo, apontando para a necessidade de um exame mais profundo do caráter autônomo da colocação em risco nos casos em que o dano e a autonomia do ofendido são mediatizados pela conduta de um terceiro.

⁶⁴⁵ HELLMANN, Uwe. Einverständliche Fremdgefährdung und objektive Zurechnung, cit., p. 273; KREY, Volker; ESSER, Robert. Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, cit., p. 148.

4.3. Autocolocação em risco e colaboração com autocolocação em risco: conceitos

Realizado o estudo dos critérios aplicáveis para a diferenciação entre a autocolocação e a heterocolocação em risco, neste momento analisa-se no que consistem especificamente estas duas figuras jurídicas. Neste tópico debruça-se sobre os conceitos de autocolocação em risco e de colaboração em uma autocolocação em risco.

4.3.1. Autocolocação em risco

Em primeiro lugar, cuida-se da autocolocação em risco, dado que, como se verá adiante, sua compreensão é pressuposto para se compreender a colaboração em autocolocação em risco e a heterocolocação em risco.

De modo simples, pode-se afirmar que, na autocolocação em risco, o ofendido decide de modo livre e consciente realizar condutas arriscadas.⁶⁴⁶ Contudo, do próprio termo autocolocação em risco extraem-se vetores que auxiliam na compreensão do instituto. Em especial, identificam-se dois elementos que, reunidos, completam a conceituação proposta. Em um primeiro plano, destaca-se o elemento “auto”, como referência dirigida a si mesmo. Em segundo lugar, tem-se o aspecto do risco. Neste ponto, a periclitação faz referência a um evento futuro que compreende uma proibição, um “não-dever-ser” (*Nichtsein-sollen*). Unindo-se estes dois pontos – o “auto” e o “risco” – surge então um nexo entre ambos que acaba por inserir o sujeito que se arrisca no centro do problema. Esta especial importância conferida ao sujeito traduz-se, em termos normativos, pela ideia de responsabilidade.⁶⁴⁷ Acrescenta-se que a autocolocação em risco é conceito que pode ser analisado em seus aspectos descritivo e normativo. Descritivamente, a autocolocação em risco pode ser entendida como uma criação do risco pelo próprio sujeito ou então como o ato do sujeito de expor-se ao perigo. Em sua faceta normativa, o conceito desenvolve-se enquanto responsabilidade pela conduta, decorrente do conhecimento e da vontade do ofendido quanto aos elementos fáticos do risco, bem como de sua capacidade de responsabilizar-se pela conduta. Assim, ainda no campo normativo, fala-se em uma atribuição do resultado ao âmbito normativo de

⁶⁴⁶ KÜHL, Kristian. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 6ª ed. München: Franz Vahlen, 2008, p. 57.

⁶⁴⁷ DUTTGE, Gunnar. *Erfolgszurechnung und Opferverhalten*, cit., p. 238.

responsabilidade do titular do bem jurídico.⁶⁴⁸ Há, portanto, a posição central do sujeito titular do bem jurídico nos fatos marcados pelo risco. Esses fatos, bem como a posição do sujeito, devem ser apreciados sob a ótica do perigo.

4.3.1.1. Aspecto objetivo: conduta e o risco

Embora se defenda a inadequação da ideia de domínio da colocação em risco como critério para a diferenciação entre as figuras da autocolocação e a heterocolocação em risco, é importante trabalhar brevemente com o conceito de autocolocação em risco a partir deste prisma, uma vez que grande parte da doutrina e da jurisprudência alemãs o adotam.

Pela ideia de domínio do fato, há a autocolocação em risco sempre que o ofendido tem o domínio sobre sua exposição ao risco.⁶⁴⁹ Deste modo, a autocolocação em risco se verifica nos casos em que o próprio ofendido posiciona-se como autor do risco que é dirigido contra si próprio, dominando o fato causador do risco.⁶⁵⁰ Pela perspectiva do domínio do fato, atesta-se a autocolocação em risco caso o próprio ofendido tenha o controle do fato que levou diretamente ao resultado lesivo, analisando-se tal quadro a partir de um ponto de vista retrospectivo, ou seja, após a ocorrência da lesão ao bem jurídico.⁶⁵¹

Como já analisado, esta definição de autocolocação não deve ser acolhida, pois não se pode falar em *domínio* em relação a tais fatos, conforme exposto no tópico 4.1.3.

Por isso, adota-se como critério de diferenciação a origem da colocação em risco. Partindo deste critério, CLAUS ROXIN afirma que há autocolocação em risco nas hipóteses em que a colocação em risco parte da conduta do próprio ofendido.⁶⁵² Com base nos elementos expostos no tópico 4.1.4., é chegado o momento de aprofundar este conceito.

⁶⁴⁸ WALTHER, Susanne. *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung*: Zur Abgrenzung der Verantwortungsbereiche von Täter und "Opfer" bei riskantem Zusammenwirken. Freiburg i. Br: Eigenverl. Max-Planck-Inst. für ausländisches und internat. Strafrecht, 1991, p. 5-6.

⁶⁴⁹ KREY, Volker; ESSER, Robert. *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., p. 147.

⁶⁵⁰ SCHMIDT, Rolf. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 9ª ed. Grasberg bei Bremen: Schmidt, 2010, p. 68; BEULKE, Werner. Opferautonomie im Strafrecht: Zum Einfluss der Einwilligung auf die Beurteilung der einverständlichen Fremdgefährdung. In: DANNECKER, Gerhard *et al.* (Orgs.). *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007*. Köln: Heymanns, 2007, p. 49.

⁶⁵¹ CHRISTMANN, Hagen. Eigenverantwortliche Selbstgefährdung und Selbstschädigung. *Juristische Ausbildung*, n. 10, 2002, p. 680.

⁶⁵² ROXIN, Claus. Der Streit um die einverständliche Fremdgefährdung, cit., p. 659.

Segundo CLAUS ROXIN, a autocolocação em risco configura-se nos casos em que a colocação em risco que leva diretamente ao dano tem como origem a conduta do próprio ofendido. É o ofendido quem realiza a conduta da qual advém o risco contra si mesmo e que de modo imediato também traz lesão a seus bens jurídicos. Retomando-se o mencionado no tópico que trata dos critérios de diferenciação, é necessário ressaltar que a conduta humana, para fins jurídico-penais, deve ser entendida como exteriorização da personalidade. Deste modo, o dano sofrido pelo ofendido tem origem diretamente na colocação em risco que advém de sua própria exteriorização da personalidade.

Da afirmação de que a conduta do ofendido é a origem da colocação em risco, a qual, por sua vez, levará de modo direto e imediato ao dano ao bem jurídico, decorrem diversos desdobramentos. É possível que a conduta do ofendido crie o risco a que ele mesmo se expõe, ou seja, o perigo era inexistente antes de sua conduta. Todavia, constitui igualmente hipótese de autocolocação em risco aquela em que a conduta do ofendido majora o grau da colocação ao risco já existente e a lesão ao bem jurídico decorre diretamente do aumento da exposição ao perigo, originada pela conduta do próprio ofendido.

Além disso, pode-se qualificar como autocolocação em risco determinados casos em que a conduta do ofendido é omissiva. Todavia, não é toda e qualquer omissão por parte do ofendido que se qualifica como uma autocolocação em risco. Uma vez que a conduta humana consiste em exteriorização da personalidade, a omissão assim pode ser entendida desde que deixe de atender a uma certa expectativa de ação, dadas as circunstâncias concretas do fato.⁶⁵³ Deste modo, é possível que a omissão do ofendido seja entendida como conduta da qual se origina o risco, caso exista uma expectativa de ação que não foi realizada. Esta expectativa de conduta, por sua vez, deve ser interpretada dentro do contexto da colocação em risco. Espera-se que os indivíduos procurem a proteção de seus bens jurídicos, opondo-se aos atos que os coloquem em risco ou mesmo lhes causem lesão. Portanto, em circunstâncias arriscadas, a expectativa é de que os sujeitos procurem fazer cessar os riscos e os possíveis danos a seus bens jurídicos. A frustração de tal expectativa de ação imprime à omissão o caráter de exteriorização da personalidade e, portanto, de conduta humana em sentido jurídico-penal. Em consequência, a conduta omissiva caracteriza-se como origem da colocação em risco

⁶⁵³ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, v. 1., cit., p. 261.

sempre que o ofendido deixa de cumprir a expectativa de ação tendente a afastar-se do perigo. Em termos mais concretos, pode-se afirmar que há conduta como origem da colocação do risco nos casos em que o ofendido deixa de agir para cessar a colocação do risco em relação a si. O indivíduo, com sua omissão, permanece em situação arriscada, sem afastar de si o perigo ao seu bem jurídico. Igualmente, tem-se o mesmo cenário nas hipóteses em que o ofendido não realiza atos para diminuir o grau do perigo.

Ressalta-se, entretanto, que tal análise deve sempre levar em consideração as circunstâncias concretas nas quais o sujeito está inserido. Assim, apenas há conduta omissiva que origina o risco, desde que seja concretamente possível ao ofendido realizar conduta ativa que o afaste do risco. Não se pode cogitar em quebra de expectativa de ação nos casos em que é impossível ao sujeito realizá-la. Portanto, a omissão do sujeito que, em dado contexto fático, nada pode fazer para proteger seus bens jurídicos, não é conduta apta a dar origem à colocação em risco. Deste modo, deve-se atentar para a efetiva possibilidade de cessação ou diminuição do grau de intensidade da colocação em risco diante das circunstâncias concretas. Não se afigurando possível fazer cessar a risco, não há omissão relevante. Quanto à possibilidade de diminuição do grau da colocação em risco, é necessária a análise cuidadosa da situação em concreto. Caso seja possível ao ofendido apenas reduzir o grau do risco de modo ínfimo, sem que traga concreta e relevante diminuição da probabilidade de ocorrência do dano, não se pode falar em omissão que dá origem ao risco. Isso porque em tais hipóteses seus possíveis atos não tem o condão de influir de modo relevante no desenvolvimento do risco e na possível ocorrência da lesão e, conseqüentemente, eventual dano decorre da parcela da colocação em risco que não era possível ao ofendido minorar.

Ainda a respeito da omissão como conduta que dá origem à colocação em risco, deve-se ressaltar que o risco que importa para a análise da possibilidade concreta de cessação ou redução é aquele que posteriormente resultou em lesão ao bem jurídico. Portanto, afirma-se a autocolocação em risco por omissão somente nos casos em que ao ofendido era possível cessar sua colocação em risco que levou diretamente ao resultado lesivo ou diminuir o grau de colocação em risco justamente quanto ao perigo que se realizou em dano ao bem jurídico.

Portanto, explorando-se o conceito de CLAUS ROXIN, conceitua-se a autocolocação em risco em seu aspecto objetivo como ação ou omissão do ofendido que

origina – pela criação, majoração, não cessação ou não redução – sua própria colocação em risco que acarreta direta e imediatamente o resultado lesivo.

4.3.1.2. Aspecto subjetivo: Conhecimento do risco e vontade de colocar-se em risco

No tocante ao aspecto subjetivo da autocolocação em risco, há importantes considerações a serem feitas quanto ao conhecimento e à vontade que o ofendido possui ao agir ou omitir-se em relação ao risco. De modo singelo, pode-se afirmar que o ofendido, ao realizar a conduta que origina o risco, deve ter conhecimento sobre o perigo que surge de sua ação ou mantém-se com sua omissão. Por outro lado, no campo da vontade, deve o sujeito *querer* colocar seus bens jurídico frente ao risco conhecido.

Neste ponto da exposição, é importante traçar-se um paralelo com os crimes culposos – embora não se possa falar em delito culposos contra si mesmo – a fim de afastar a possível aplicação analógica de alguns de seus elementos. Primeiramente, reconhece-se a dificuldade em se falar de elementos subjetivos em situações análogas a delitos culposos. Nos crimes culposos, a tipicidade da conduta do agente não exige dele o conhecimento dos elementos fáticos ligados ao risco, mas apenas a previsibilidade objetiva do resultado ligada ao descumprimento do dever de cuidado. É da violação do dever de cuidado que se extrai a previsibilidade objetiva de certo resultado típico. Ocorre que na autocolocação em risco não há um dever de cuidado a ser respeitado pelo ofendido. Os deveres de cuidado são penalmente impostos aos indivíduos como decorrência de normas jurídicas que tipificam lesões a bens jurídicos. Não há dever penal de cuidado que não se ligue a determinado tipo e, por sua vez, não se concebe crime que vise à proteção de bens jurídicos de sujeitos autônomos contra si mesmo. Portanto, não se pode falar na existência no campo penal de dever de cuidado do sujeito em relação a si mesmo. O sujeito autônomo não tem a obrigação de ser prudente em relação a si mesmo. Deste modo, não há dever jurídico-penal de abster-se de condutas negligentes, imprudentes ou imperitas que se relacionem exclusivamente aos bens jurídicos do sujeito que age autonomamente.

Entretanto, nas hipóteses de autocolocação em risco encontra-se outro elemento que acaba por substituir a ideia de dever de cuidado. Enquanto nos crimes culposos tem-se o dever de cuidado, na autocolocação em risco há o direito de exercer a autonomia. Deste modo, o ofendido tem o direito de fazer uso de sua autonomia, inclusive com a

realização de conduta que coloque em risco seus bens jurídicos. É o exercício da autonomia o vetor axiológico da autocolocação em risco. Por sua vez, a possibilidade concreta de exercício do direito à realização de conduta autônoma pelo ofendido condiciona-se à verificação de determinados elementos de natureza subjetiva. Estes condicionantes subjetivos encontram-se no conhecimento dos fatores de risco e na vontade de arriscar-se pelo ofendido, os quais conferem à conduta os elementos mínimos para sua caracterização como autônoma. Verificando-se estes elementos, afirma-se então a possibilidade de exercício do direito de agir ou omitir-se autonomamente.

Especificamente quanto ao conhecimento do risco pelo ofendido ao realizar sua conduta, é de se ressaltar que o sujeito deve ter consciência ao menos dos aspectos essenciais do risco para que se configure a situação de autocolocação em risco.⁶⁵⁴ Apenas sabendo do risco e de sua extensão é possível qualificar-se como autônoma a conduta do ofendido.⁶⁵⁵ Caso tal risco não seja de conhecimento do indivíduo, não se pode afirmar que há uma autocolocação em risco.⁶⁵⁶ Tais aspectos essenciais podem ser traduzidos como o conhecimento os elementos fáticos que demonstram a existência do risco e o provável desenvolvimento do risco, entendido como a majoração, diminuição ou a manutenção de sua intensidade, ou mesmo seu caráter imprevisível. Estes elementos cognitivos são adequados para se qualificar a conduta do ofendido como minimamente autônoma, a ponto de entendê-la como origem da colocação em risco e permitir, em momento lógico posterior, que dela se possam extrair consequências jurídicas. Não é possível afirmar-se que o sujeito está com sua conduta a dar origem a uma colocação em risco de seus bens jurídicos, caso ele não tenha o conhecimento de que o risco a que se expõe existe e que poderá provavelmente desenvolver-se em determinado sentido. Especialmente no que diz respeito ao conhecimento sobre o provável desenvolvimento do risco, deve-se entendê-lo como o adequado desenrolar fático do perigo ligado à conduta arriscada, conforme as regras de experiência. Em outras palavras, as repercussões fáticas da conduta arriscada, caso guardem uma relação de adequação com o fato original, devem fazer parte do conhecimento apto a caracterizar a autocolocação em risco.

É importante, contudo, debruçar-se especificamente sobre este conhecimento do risco e de seu provável desenvolvimento. Tão relevante quanto determinar que o sujeito

⁶⁵⁴ CHRISTMANN, Hagen. *Eigenverantwortliche Selbstgefährdung und Selbstschädigung*, cit., p. 680.

⁶⁵⁵ PUPPE, Ingeborg. *Vorbemerkungen zu §§ 13 ff.* In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ullrich (Orgs.). *Strafgesetzbuch*. 3ª ed. Baden-Baden: Nomos, v. 1, 2010, p. 503.

⁶⁵⁶ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, cit., v. I, p. 409.

deve conhecer tais aspectos essenciais é afirmar em que profundidade e quais os limites em que isto deve se realizar. Como afirmado, deve o sujeito ter consciência do risco em seus aspectos essenciais e este é o grau mínimo de conhecimento que o ofendido deve possuir ao realizar sua conduta. Em outras palavras, o conhecimento deste patamar mínimo de circunstâncias fáticas é condição suficiente para a autocolocação em risco, em seu aspecto subjetivo.

Em razão disso, eventuais desconhecimentos de fatos que vão além deste grau mínimo não afetam a qualificação da conduta como autocolocação em risco. No caso concreto, inúmeros fatores podem se relacionar com o risco, porém não precisam ser conhecidos pelo ofendido. Neste ponto, é necessário atentar para o fato de que, em regra, nas situações de autocolocação em risco lida-se com situações em que o desconhecimento de algumas circunstâncias é inerente à situação. É da natureza da própria situação de risco que os sujeitos não conheçam por completo todos os dados fáticos e nem tenham a certeza quanto ao desenvolvimento do risco. Em outras palavras, risco envolve certo grau de desconhecimento. Caso o sujeito saiba de todos os fatores relacionados ao perigo e tenha certeza a respeito do desenrolar do risco, está-se diante de situação mais próxima da lesão do que da colocação em risco. Portanto, é de se esperar sempre um certo grau de não conhecimento do risco pelo ofendido. Em verdade, ao se discutir o conhecimento do risco pelo ofendido deve-se ter em mente que nas hipóteses de autocolocação em risco, caso sobrevenha o resultado danoso não desejado, está-se sempre diante de uma possível apreciação errônea dos riscos pelo próprio ofendido, ao menos no que diz respeito à expectativa de que ele não se realizaria.⁶⁵⁷

Essa margem de desconhecimento do risco pelo ofendido mostra-se com mais clareza em relação ao provável desenvolvimento do risco. Na autocolocação em risco, gira-se em torno da assunção pelo ofendido de um risco que pode levar à ocorrência do resultado. Para isso, o ofendido deve, ao comportar-se de modo arriscado, ter conhecimento da possível extensão de seus atos perigosos. Esta consciência não se mostra como algo efetivamente declarado pelo ofendido de modo explícito e concludentemente, mas sim enquanto uma fundamentada expectativa. Logo, se o ofendido se expõe de modo consciente e voluntário a um risco, cuja possível amplitude lhe é conhecida, espera-se que ele suporte o perigo da realização da lesão.

⁶⁵⁷ CHRISTMANN, Hagen. *Eigenverantwortliche Selbstgefährdung und Selbstschädigung*, cit., p. 680.

Alerta-se, contudo, que no espectro de tal conhecimento é necessário considerar que o ofendido possa ter compreensões incorretas dos fatos. Para isso, tem-se de levar em conta as circunstâncias concretas em que o sujeito se insere para delas extrair o leque de possibilidades a que o risco se liga e, com isso, adotar-se a ideia de certos riscos típicos relacionados à situação.⁶⁵⁸

Relacionado ao que foi dito *supra* estão as hipóteses de erro do ofendido acerca do risco a que se expõe. Uma vez que se trata aqui da ideia de risco, deve-se analisar o erro sob esta ótica. Como afirmado, é inerente à colocação em risco certo grau de desconhecimento das circunstâncias a ele relacionadas. Todavia, não deixa de ser autônoma a conduta do sujeito – em seu grau mínimo e suficiente para qualificar-se como a autocolocação em risco – que se pauta em algumas percepções fáticas equivocadas acerca do risco. Afasta-se este mínimo de autonomia da conduta se o erro do ofendido se refere aos aspectos essenciais da colocação em risco, ou seja, à existência do risco e ao provável desenvolvimento do risco.

Deste modo, a falsa percepção do risco quanto à sua existência ou intensidade pode influir no caráter autônomo da conduta. Não deve o sujeito agir em erro quanto à existência do risco, ou seja, ter uma falsa apreciação dos fatos pela qual ele conclua que o risco simplesmente não existe. Tampouco se admite que o ofendido realize sua conduta com erro quanto à intensidade deste risco existente, isto é, ele deve saber ao menos – em linhas gerais e sem necessidade de detalhamentos – o grau do perigo que está a se expor, ressaltando-se mais uma vez que alguma parcela de desconhecimento é inerente às situações arriscadas.

Igualmente, o ofendido deve agir ou omitir-se sem erro quanto ao provável desenvolvimento do risco, isto é, não pode partir de uma falsa apreciação fática a respeito da provável evolução do perigo. Deste modo, a provável majoração, diminuição, cessação ou manutenção do risco em determinado grau deve ser de conhecimento do ofendido em suas linhas gerais, sem exigir-se o conhecimento profundo acerca do prognóstico do risco. Apenas se torna relevante eventual erro do ofendido sobre o provável desenvolvimento do risco, caso a equivocada apreciação dos fatos gere nele um falso juízo futuro sobre o

⁶⁵⁸ WALTHER, Susanne. Wo beginnt die Strafbarkeit desjenigen, der irrtümlich eine „irrtümliche“ Selbstgefährdung ermöglicht?: Anmerkung zu BGH 1 StR 518/08 v. 29. April 2009 (HRRS 2009 Nr. 482); zugleich zur Reichweite von BGHSt 32, 262 und zur Einschränkung bei der Überlassung von Drogen. Onlinezeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Strafrecht, v. 12, p. 562, 2009.

desenrolar do risco, de modo que a futura intensidade do perigo – por sua majoração, diminuição, cessação ou manutenção – destoe do anterior prognóstico em alto grau, ou seja, a intensidade do risco revelou-se posteriormente muito maior do que a anterior apreciação no momento da conduta que lhe deu origem. Isso porque também neste ponto deve-se interpretar a hipótese de erro de modo a incluir a certa parcela de desconhecimento pelo ofendido, peculiar às situações de risco.

Ainda a respeito do erro, importa sublinhar que são relevantes somente algumas hipóteses de erro invencível, isto é, nas situações nas quais a correta apreciação fática não era possível ao ofendido naquelas condições concretamente consideradas. Tal cenário, no entanto, acaba por ter reduzida aplicação nos casos de colocação em risco, dada a peculiar ligação entre perigo e desconhecimento.

Sublinha-se que não é todo desconhecimento da realidade do risco que gera erro invencível, ainda que seja impossível ao sujeito ter o conhecimento daquela faceta do perigo. Em alguns casos, tal desconhecimento é apenas um aparente erro invencível. Não se pode incluir entre os casos de erro invencível relevante os cenários em que os aspectos fáticos do risco não poderiam, por suas próprias características, serem conhecidos pelo sujeito. A depender da configuração do risco, certo grau de desconhecimento lhe é inerente e a conduta do ofendido em expor-se a tal risco, ciente de que certa parcela do risco não pode ser conhecida, não desnatura a autocolocação em risco. Em verdade, a inerente parcela de desconhecimento sobre certo perigo não se caracteriza como erro, pois inexiste falsa apreciação da realidade. Isso porque é um fato inerente àquele risco o desconhecimento de todas suas facetas. Na medida em que o sujeito identifica que uma parcela do risco não pode sequer ser conhecida, ele acaba por ter conhecimento total daquele aspecto relevante do risco e passa a ter a correta apreciação da realidade. Portanto, saber acerca da efetiva impossibilidade de conhecer certos aspectos do risco afasta sua qualificação como erro, pois ele tem a real apreciação dos fatos relativos ao perigo a que se expõe.

Além disso, há hipóteses em que, a par do caráter invencível do erro, ele não é relevante para negar-se a autocolocação em risco. Existe, portanto, um erro invencível irrelevante nas situações de risco. Em toda situação de risco sempre há elementos fáticos que não podem ser conhecidos pelo sujeito. O risco pressupõe certa medida de desconhecimento dos fatos que o cercam. Logo, a falsa apreciação da realidade pelo sujeito, desconhecendo elementos ligados ao risco que simplesmente não podem ser

conhecidos, a par de ser erro invencível é irrelevante. Fala-se em erro nestas hipóteses, pois o sujeito sequer sabe que existem parcelas desconhecidas do risco. Ele pode crer equivocadamente que tem conhecimento de todos os elementos fáticos ligados ao risco e nisto reside propriamente seu erro. Todavia, em toda situação de risco há um campo de desconhecimento que não pode ser ignorado. Por isso, ainda que o sujeito não tenha efetiva consciência acerca da inerente limitação de conhecimento sobre alguns fatos que envolvem o risco, entende-se que ele deve saber que não pode alcançar o conhecimento total sobre de fatos do risco, pois lhe é impossível saber em razão do próprio caráter arriscado da conduta. Este dever saber sobre a campo desconhecido do risco afasta a relevância de eventual erro do ofendido acerca do risco que origina com sua conduta.

No que toca aos casos de erro vencível, entende-se que ele não desqualifica a autocolocação em risco. Nesta hipótese, o ofendido, embora possa adquirir uma adequada apreciação dos fatos, opta por não fazê-lo. É importante notar que não se pode afirmar que há qualquer dever do ofendido em agir de modo cauteloso em relação a si, incluindo-se em tal dever a obrigação de melhor informar-se sobre o risco a que se expõe com sua conduta. O fundamento da irrelevância do erro vencível não é a desídia do ofendido consigo mesmo. Em verdade, o erro vencível torna-se irrelevante, porquanto não afasta o caráter autônomo da conduta. Ao realizar conduta que dá origem a um risco sem a prévia verificação acerca de seus aspectos essenciais – sendo-lhe possível fazê-lo – o ofendido acaba por incluir em sua decisão de colocar-se em risco o desconhecimento de elementos fáticos do risco. Deste modo, passa a ser manifestação de sua autonomia a escolha por realizar a conduta sem procurar informar-se sobre os fatores ligados ao risco. Esta escolha do sujeito é exercício de sua autonomia e assim deve ser respeitada. Em outras palavras, o caráter vencível do erro é compreendido por sua autonomia e por isso não altera sua conduta como autocolocação em risco.

Outro importante elemento a integrar ao aspecto subjetivo da autocolocação em risco é a vontade do ofendido. Ou seja, além do conhecimento acerca dos elementos essenciais do risco, deve o ofendido agir com a vontade de colocar-se em risco.

Entendendo-se a autocolocação em risco como manifestação da autonomia do indivíduo, é necessário que sua conduta seja guiada pela vontade de colocar-se em risco. Não se pode afirmar que a ação ou omissão do ofendido relativa ao risco seja expressão de sua autonomia, se inexistir a vontade de expor-se ao risco, este último conhecido pelo sujeito em seus aspectos essenciais, conforme já analisado.

Neste ponto, é interessante refletir sobre as diferenças entre a vontade de colocar-se em risco e a vontade de lesionar-se. Para se determinar o conteúdo da vontade do sujeito, o cenário fático pode trazer indícios. Por um lado, em hipóteses nas quais o risco é extremamente elevado, a ponto de tornar praticamente certa a ocorrência do resultado lesivo, pode-se afirmar a vontade de lesionar-se. Em tais casos, a não ocorrência da lesão é um desfecho inesperado do desenvolvimento do risco. Por isso, ao expor-se a tal risco, há indícios de que o ofendido agiu ou omitiu-se com a vontade de lesionar-se. Por outro lado, nas hipóteses em que o dano não se mostra como provavelmente certo, extrai-se que o ofendido, ao colocar-se naquele risco, não possuía a vontade de lesionar-se, mas tão somente de se colocar em risco. É importante ressaltar, entretanto, que os aspectos objetivos do risco permitem apenas que se verifiquem indícios do conteúdo da vontade do ofendido. O completo teor, por sua vez, consiste em aspecto subjetivo cujo conhecimento definitivo muitas vezes é impossível de se alcançar. Deste modo, não se excluem hipóteses em que o sujeito tem a vontade de lesionar-se mesmo quando se coloca em situação na qual o risco dificilmente resultará em dano ao bem jurídico. Igualmente, é possível que o ofendido queira apenas colocar-se em risco, embora se exponha a perigo do qual a lesão é decorrência provavelmente certa.

É importante acrescentar que a vontade de arriscar-se do ofendido deve ser entendida como manifestação de sua autonomia jurídica, mesmo nas situações em que esta disposição subjetiva pareça aos demais sujeitos e ou à comunidade como não razoável, irracional ou demasiadamente imprudente. A autonomia jurídica do ofendido manifesta-se como voluntariedade do sujeito e não se condiciona a juízos de caráter moralizante que, em última análise, ligam-se à ideia de que o indivíduo tem deveres em relação a si mesmo. Não se pode afastar o caráter autônomo da conduta sob o argumento de que o indivíduo tomou uma decisão que, dado seu conteúdo não razoável ou imprudente, indica que ele não estaria em suas melhores faculdades e, por isso, seu ato não seria expressão de sua autonomia. A autonomia não pode ser aferida pelo conteúdo das escolhas do indivíduo. A autonomia é antes a faculdade de decidir livremente, seja qual for a decisão, tornando o sujeito responsável por suas condutas. Tanto as boas como as más escolhas podem ser objeto da vontade do ofendido e expressão de sua autonomia. Qualquer limitação da autonomia em razão do conteúdo de suas escolhas aproxima-a mais de seu conceito moral do que jurídico, que protege o indivíduo concretamente considerado, não o sujeito abstrato puramente racional. Por isso, deve-se classificar como

juridicamente autônoma a vontade do ofendido de arriscar-se desde que seja voluntária, isto é, o indivíduo após conhecer o perigo quer arriscar-se, ainda que esta vontade não seja vista como razoável ou prudente.

Resumidamente, é possível afirmar-se que a autocolocação em risco configura-se caso o ofendido, ao realizar a conduta que origina a colocação em risco, tenha a vontade de colocar-se em risco, ou seja, arriscar seus bens jurídicos.

Conclui-se, com estas considerações, o exame da autocolocação em risco, na qual se procurou conceituá-la a partir de seus aspectos objetivos e subjetivos, reafirmando-se que, de um ponto de vista objetivo, a autocolocação em risco configura-se com a conduta, enquanto ação ou omissão, do ofendido que dá origem a um determinado risco a seu bem jurídico, na medida em que cria, majora, não cessa ou mantém a intensidade do perigo. Sob a ótica subjetiva, o ofendido deve ter o conhecimento do risco e a vontade de arriscar-se. Este conhecimento do risco, por sua vez, abrange apenas os aspectos essenciais do perigo, entendidos como a consciência acerca da existência do risco e de seu provável desenvolvimento, tendo em vista que um determinado grau de desconhecimento é inerente às situações de risco e não descaracteriza a autocolocação em risco. Além disso, a vontade do ofendido ao realizar sua conduta deve ser de arriscar-se, ainda que não seja razoável ou prudente.

4.3.2. Colaboração com autocolocação em risco

Estabelecido o conceito de autocolocação em risco e os analisados os seus aspectos objetivo e subjetivo, o estudo se volta para a definição da colaboração em uma autocolocação em risco. Ressalte-se mais uma vez que as consequências jurídico-penais do instituto sob exame serão objeto de análise em capítulo posterior. Neste momento, portanto, ocupa-se a investigação exclusivamente com os traços caracterizadores da colaboração em autocolocação em risco.

A importância deste tópico mostra-se no fato de que a colaboração em uma autocolocação em risco se coloca como figura intermediária entre a autocolocação em risco e a heterocolocação em risco consentida. Além disso, é a partir da colaboração em autocolocação em risco que se incluem terceiros nas situações de colocação em risco.⁶⁵⁹

⁶⁵⁹ WALTHER, Susanne. *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung*, cit., p. 6.

Tal como no estudo da autocolocação em risco, a análise da colaboração da autocolocação em risco divide-se em seus aspectos objetivos e subjetivos referentes à conduta do terceiro.

4.3.2.1. Aspecto objetivo: a conduta do terceiro colaborador

Em primeiro lugar, ressalta-se que a colaboração em autocolocação em risco pressupõe a configuração das hipóteses de autocolocação em risco. Somente após afirmada a autocolocação em risco pelo ofendido é que se permite a análise da colaboração em uma autocolocação em risco. Ou seja, deve-se antes verificar se a situação de risco a que submetida os bens jurídicos origina-se de conduta do próprio ofendido. Constatado o quadro de autocolocação em risco, iniciam-se os questionamentos acerca da conduta do terceiro, uma vez que é possível que ele colabore com uma ação alheia, na qual os riscos envolvidos superam os patamares normais.⁶⁶⁰

Tal como realizado na conceituação da autocolocação em risco, inicia-se a análise segundos os critérios decorrentes da teoria do domínio do fato, adotada pela doutrina e jurisprudência alemãs dominantes. Segundo esta aproximação teórica, há autocolocação em risco sempre que o ofendido se qualifica como autor do risco ao dominá-lo. Por sua vez, o terceiro torna-se colaborador em autocolocação em risco ao inserir-se no cenário como partícipe do risco que é controlado pelo ofendido.⁶⁶¹ Portanto, compreende-se a situação de autocolocação em risco por meio da dogmática do concurso de pessoas, conferindo-se ao terceiro colaborador a função de partícipe na conduta alheia.

Todavia, como já afirmado, rejeita-se a aplicação da teoria do domínio do fato para diferenciar as hipóteses de colocação em risco.⁶⁶² Em seu lugar, adota-se a posição de CLAUS ROXIN, para quem o critério diferenciador entre autocolocação em risco e heterocolocação é a conduta que deu origem ao risco.⁶⁶³ Embora CLAUS ROXIN não traga

⁶⁶⁰ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, v.1, cit., p. 402.

⁶⁶¹ SCHMIDT, Rolf. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 9ª ed. Grasberg bei Bremen: Schmidt, 2010, p. 68; BEULKE, Werner. *Opferautonomie im Strafrecht*, cit., p. 211; HOFFMANN-HOLLAND, Klaus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 2ª ed. Frankfurt am Main: Verl. Recht u. Wirtschaft, 2011, p. 49; RUDOLPHI, Hans-Joachim. *Vorbemerkungen vor § 1*. In: RUDOLPHI, Hans-Joachim *et al.* (Orgs.). *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 7ª ed. München: Luchterhand. Losebl.-Ausg, p. 52-53.

⁶⁶² Vide tópico 4.2.

⁶⁶³ ROXIN, Claus. *Der Streit um die einverständliche Fremdgefährdung*, cit., p. 659 e ss.

detalhamentos sobre a aplicação deste critério à colaboração em autocolocação, é possível extrair de sua obra algumas conclusões importantes sobre o tema.

Em primeiro lugar, a colaboração em autocolocação em risco não configura uma categoria autônoma segundo o critério da origem da colocação em risco. Note-se que este critério informa tão somente a existência de hipóteses de autocolocação em risco e de heterocolocação em risco. Assim, a colaboração em uma autocolocação em risco não é uma modalidade distinta da colocação em risco, mas sim uma das formas qual a autocolocação em risco pode se manifestar, na qual a origem ao risco continua a ser a conduta do próprio ofendido. Com a colaboração, noticia-se apenas a existência de um terceiro no cenário de autocolocação em risco.

É possível extrair da ideia de origem da colocação em risco, enquanto vetor para a construção do conceito, um elemento negativo da colaboração em autocolocação em risco. Mais precisamente, na colaboração em autocolocação em risco a conduta do terceiro não dá origem ao risco que recai sobre o bem jurídico do ofendido. Em termos mais próximos da concepção original de CLAUS ROXIN, o risco ao bem jurídico do ofendido não provém da conduta do terceiro, mas sim da conduta do próprio ofendido.

Por outro lado, o papel do terceiro reside justamente na ideia de colaboração em relação à conduta do ofendido. Pode-se afirmar, inclusive, que a figura do terceiro é secundária no cenário da autocolocação em risco. É preciso, assim, investigar quais condutas do terceiro podem ser entendidas como colaboração neste contexto. De modo simples, é possível afirmar que a colaboração é toda conduta do terceiro que se relaciona de alguma maneira com a conduta do ofendido e que contribui para o risco ao bem jurídico. Portanto, a colaboração é acima de tudo uma contribuição ao risco.

Esta contribuição do terceiro ao ofendido mostra-se como a conduta que tem relação com a própria existência do risco ou com suas características, de modo a influenciar o desenvolvimento de sua intensidade. A contribuição do terceiro deve ligar-se com o bem jurídico do ofendido, ou seja, sua conduta tem como consequência última a própria colocação em risco do bem jurídico ou mesmo uma majoração de sua intensidade. Deste modo, a contribuição do terceiro deve ser relevante para a configuração do risco, considerando-se as circunstâncias concretas em que ele se desenvolve. Esta relevância da contribuição do terceiro à colocação em risco verifica-se em termos mais concretos em atos que, de algum modo, tornaram possível ao ofendido

realizar a conduta que deu origem à colocação em risco ou ao menos facilitou-a ao ofendido. Ao possibilitar ou facilitar a realização da autocolocação em risco, a conduta do terceiro acaba por se tornar relevante à própria criação do risco ou na diferente intensidade na qual ele se manifestará. Caso esse risco marcado pela colaboração do terceiro conduza de modo imediato e direto ao dano, forma-se uma ligação entre a conduta do terceiro e a lesão ao bem jurídico do ofendido.

Temporalmente, é possível que a colaboração do terceiro ocorra também depois da conduta do ofendido que deu origem ao risco. Neste cenário, a contribuição posterior do terceiro revela-se em condutas que acabam por manter o risco e seu desenvolvimento adequado. O terceiro, com sua conduta, não dá origem a um novo risco, nem majora a intensidade do perigo antes existente e que provém da conduta do ofendido. Com sua colaboração, o terceiro somente mantém o risco já existente e permite que ele se desenvolva de modo adequado em situações nas quais fatores externos – como a intervenção de outras pessoas – poderiam interferir de modo a minorar ou mesmo fazer cessar o perigo. Ao impedir tais inferências, o terceiro possibilita ou facilita a colocação em risco dos bens jurídicos do ofendido. Contudo, é importante distanciar esta colaboração posterior dos casos de heterocolocação em risco, dado que nesta última hipótese o terceiro, com sua conduta, efetivamente dá origem ao risco ou incrementa sua intensidade, de modo a alterar o desenvolvimento adequado de eventual risco pré-existente.

Além disso, esta colaboração pode se dar material ou intelectualmente. A conduta do terceiro que materialmente possibilite ou facilite a conduta arriscada do ofendido é uma colaboração relevante. Igualmente, pode-se verificar a colaboração de modo intelectual nos casos em que, por exemplo, o terceiro leva o ofendido à tomada de decisão pela conduta arriscada.

Ao se definir a colaboração em autocolocação em risco como uma contribuição relevante à conduta do ofendido que deu origem ao risco, tende-se a associá-la com as condutas próprias dos partícipes. Em outras palavras, a conduta do terceiro colaborador pode assemelhar-se às ideias de induzimento, instigação e auxílio. Primeiramente, deve-se atentar que, embora inapropriado o uso do termo participação para compreender a conduta do terceiro, nada impede que as condutas de colaboração do terceiro coincidam com as ações que são comumente entendidas como participação. Afirma-se que a colaboração do terceiro pode assumir, por exemplo, a forma de um auxílio material,

induzimento ou determinação do ofendido para que ele realize a conduta arriscada contra si. Todavia, defende-se que a colaboração não é rigorosamente uma “participação”, tal como ocorre usualmente no concurso de agentes.

Analisando-se com mais atenção as ideias de colaboração e participação, verifica-se que ambas podem ser entendidas sob enfoques descritivos e normativos. Em seu aspecto descritivo, a colaboração e a participação referem-se a uma dada configuração fática externa que se traduz em uma cooperação de diversos sujeitos. Todavia, sob o aspecto normativo deve-se realizar uma diferenciação entre os conceitos. Deste modo, em uma aproximação mais técnica e precisa, a colaboração refere-se à causação conjunta de um determinado resultado, ou seja, liga-se à uma ideia de co-causação (*Mitverursachung*). Por outro lado, a participação aponta para uma específica forma de imputação, pois entendida conjuntamente com o conceito de autoria. Em outras palavras, a participação tende a ser compreendida tecnicamente como figura inerente ao concurso de pessoas e, portanto, passa a ser regra de imputação do resultado ao sujeito.⁶⁶⁴

Por isso, sustenta-se que essa aproximação deve ser realizada com ressalvas, dado que a colaboração em autocolocação em risco não se confunde com uma suposta participação. Não se pode falar em participação nessas hipóteses porque, em primeiro lugar, não existe ao lado dela uma conduta de autoria do ofendido. A utilização da ideia de participação para qualificar a conduta do terceiro colaborador pressupõe a acessoriedade a uma conduta na qual existe a autoria por outro sujeito. Como já explorado, o ofendido não é tecnicamente autor do risco ou da lesão contra si, porquanto não tem o domínio do fato. Deste modo, é mais correto o termo colaboração para entender a conduta do terceiro, sem a aplicação de categorias do concurso de pessoas. Porém, há outro fator que corrobora a adoção da nomenclatura colaboração em detrimento de participação. Em verdade, afigura-se incorreto entender tecnicamente como participação a conduta do terceiro, uma vez que em determinados cenários fáticos ela é verdadeira autoria. Isto é possível, porquanto a conduta do terceiro em colaborar com o ofendido não implica necessariamente em sua impunidade, ou seja, o terceiro pode em certos casos ser responsabilizado penalmente pela lesão ao bem jurídico do ofendido. Como se verá em tópico específico, se ausente o caráter autorresponsável da autocolocação em risco pelo ofendido, há, em princípio, a aplicação da lei penal ao terceiro colaborador. Nos casos em

⁶⁶⁴ WALTHER, Susanne. *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung*, cit., p. 6.

que o terceiro pode ser sancionado penalmente pelo ato de colaboração, ele assume o papel de autor de um delito contra o ofendido, uma vez que o titular do bem jurídico não comete crime contra si por ausência de ofensividade. Como se vê, configurar-se-ia situação absolutamente contraditória reputar como participação uma conduta que, em momento posterior, pode tornar-se autoria, a depender da verificação do caráter autorresponsável da conduta do ofendido. Deste modo, afigura-se prematuro o manejo dos conceitos de participação e autoria para compreender condutas do terceiro antes de se perquirir acerca da autorresponsabilidade do ofendido e, conseqüentemente, concluir ou não pela responsabilização penal do terceiro.

Finalizando as observações pertinentes ao tema, conceitua-se a colaboração em autocolocação em risco em seu aspecto objetivo como a conduta do terceiro relevante para a existência do risco ou seu desenvolvimento que contribui material ou intelectualmente à realização da conduta arriscada pelo ofendido, possibilitando-a ou facilitando-a.

4.3.2.2. Aspecto subjetivo: o conhecimento e a vontade do terceiro colaborador

O aspecto subjetivo da colaboração em autocolocação em risco é de pouca relevância para sua conceituação, tendo em vista que se trata de uma figura secundária em relação à autocolocação em risco. A posição central da discussão continua a ser o ofendido e a autonomia de sua conduta é o vetor principal para a compreensão dos atos do terceiro colaborador. Assim, os elementos cognitivos e volitivos do terceiro ganham importância apenas sob a ótica da autonomia do ofendido.

No que toca ao elemento cognitivo, o terceiro pode saber que sua conduta é uma contribuição ao risco que advém do próprio ofendido, porém sua ignorância ou erro não desnaturam a colaboração em autocolocação em risco. Ou seja, uma vez verificada objetivamente a contribuição à conduta do ofendido, afirma-se a colaboração do terceiro. Tal consideração, por sua vez, permite analisar os passos lógicos posteriores que afastam punibilidade do terceiro, na medida em que sua eventual irresponsabilidade penal não decorre diretamente de sua conduta, mas emana da autonomia do ofendido.

O mesmo raciocínio se aplica ao elemento volitivo do terceiro. Sustenta-se que é indiferente a vontade do terceiro quanto à colaboração. Deste modo, é possível que o terceiro queira efetivamente contribuir para a autocolocação em risco ou mesmo deseje a

lesão do bem jurídico e sua conduta permanecerá uma colaboração em autocolocação em risco.⁶⁶⁵

Há várias as razões que conduzem à irrelevância do aspecto subjetivo. Em primeiro lugar, independentemente do conhecimento e da vontade do terceiro, sua conduta está a serviço da autonomia do ofendido e liga-se à periclitção ou à lesão do seu bem jurídico dentro de tal contexto. Uma vez que o risco a que o ofendido está exposto decorre apenas de sua própria conduta, caracteriza-se o exercício de sua autonomia, ainda que tenha sido possibilitada ou facilitada pelo terceiro. Em segundo lugar, os aspectos subjetivos da conduta do terceiro não apresentam reflexos em relação ao bem jurídico do ofendido, isto é, o conhecimento e a vontade do terceiro isoladamente considerados não implicam em maior ou menor perigo ao bem jurídico. Em terceiro lugar, a irrelevância dos aspectos subjetivos da conduta do terceiro decorre da constatação de que o instituto da colaboração na autocolocação em risco não busca configurar a responsabilidade penal do terceiro, mas sim para afastá-la na hipótese de se reputar autônoma a conduta do próprio ofendido. Conclui-se, assim, a objetivização do conceito se dá em favor da não incidência da norma penal e por essa razão sua aplicação não encontra obstáculos.

Caso se cogite a responsabilização penal do terceiro em momento posterior, a verificação dos aspectos subjetivos da sua conduta torna-se etapa essencial. Neste ponto reside, aliás, o limite da irrelevância dos aspectos subjetivos: verificando-se que não há efetivamente autocolocação em risco pelo ofendido, não se caracteriza, a bem da verdade, a colaboração na autocolocação em risco e o terceiro então torna-se autor de um crime contra o ofendido. Nesta última hipótese, o terceiro, na qualidade de autor de um delito, submete-se às etapas usuais para verificação da punibilidade da conduta, incluindo-se a verificação dos seus aspectos subjetivos. Portanto, a discussão a favor da irrelevância dos elementos cognitivo e volitivo do terceiro restringe-se exclusivamente aos casos em que se constata a autocolocação em risco do bem jurídico pelo próprio ofendido.

Interessa analisar, contudo, as relações existentes entre o aspecto subjetivo da conduta do terceiro colaborador e o conhecimento e a vontade por parte do ofendido. Afigura-se possível, afinal, que haja disparidades entre os elementos subjetivos do

⁶⁶⁵ Nesse sentido, transcreve-se exemplo dado por LUÍS GRECO acerca da autocolocação em risco: “Estes casos são denominados de contribuições a uma autocolocação em risco. Exemplificando: se A convence B a escalar o Dedo de Deus, e B vem a falecer neste empreendimento, A não será punível por homicídio, nem mesmo se secretamente quisesse a morte” (GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 71)

terceiro e do ofendido no que diz respeito ao conhecimento do risco, bem como no tocante ao conteúdo das vontades. Neste ponto, merecem especial atenção os casos em que o terceiro sabe mais sobre o risco do que o ofendido, bem como os cenários em que as vontades não apontam para o mesmo desfecho.

No primeiro quadro a se destacar, o terceiro tem um melhor conhecimento do risco e de seu desenvolvimento do que o ofendido. Em outras palavras, o terceiro torna possível ou facilita a autocolocação em risco pelo ofendido com uma superioridade de conhecimento acerca dos fatos. Em um primeiro momento, pode-se encarar tal situação de modo desfavorável ao terceiro, uma vez que ele contribui para a periclitção ou lesão de um bem jurídico cujo titular está em situação cognitiva desfavorável. Contudo, defende-se que esta possível disparidade de conhecimento do risco entre os sujeitos não é obstáculo à caracterização da colaboração em autocolocação em risco. Deve-se lembrar que o valor que informa a autocolocação em risco é a autonomia do ofendido e, com seu efetivo exercício, a conduta deve ser respeitada pelo ordenamento jurídico. Deste modo, é relevante apenas o grau de conhecimento do ofendido em relação à situação arriscada. Compará-lo com o conhecimento de que dispõe o terceiro não traz em si qualquer reflexo para o juízo sobre o exercício da autonomia pelo ofendido. O ofendido age autonomamente, porque ele mesmo sabe dos aspectos essenciais do risco e não porque sabe mais do que o terceiro. A autonomia se mede no próprio sujeito que a exerce e não pode depender de um juízo comparativo com outros indivíduos. Sendo assim, somente a relação entre o ofendido e o risco importa e a partir do momento em que se afirma o conhecimento suficiente acerca dos aspectos essenciais do risco pelo ofendido, é indiferente o grau de conhecimento do terceiro sobre o risco.⁶⁶⁶ O terceiro pode ter maior conhecimento sobre o risco e seu desenvolvimento e, mesmo assim, o ofendido realizará conduta autônoma de autocolocação em risco. Importa, acima de tudo, que o ofendido tenha o conhecimento suficiente do risco, não sendo necessário que ele saiba mais do que o terceiro para afirmar o caráter livre da conduta.⁶⁶⁷

⁶⁶⁶ Sobre o conhecimento do risco pelo ofendido, vide tópico 4.3.1.2.

⁶⁶⁷ Nesse sentido, posiciona-se INGEBORG PUPPE: “Aber für die Frage, ob das Opfer frei über die Gefährdung entscheiden kann, kommt es nicht darauf an, ob es mehr weiß als der Andere, sondern ob es genug weiß, um kompetent und zurechenbar darüber zu befinden, dass es einer generell unerlaubten Gefahr ausgesetzt werden darf”. (PUPPE, Ingeborg. Vorbemerkungen zu §§ 13 ff, cit., p. 503-504). Concordando com a opinião de INGEBORG PUPPE: GRECO, Luís. Um panorama da teoria da imputação objetiva, cit., p. 74.

Neste contexto, acentua-se a inexistência de um dever do terceiro colaborador em informar ao ofendido seu conhecimento sobre o risco. Não há uma obrigação paternalista do terceiro em proteger o ofendido de si mesmo e, portanto, descabe afirmar que ele teria o dever de levar ao seu conhecimento todas as informações que possui acerca do risco antes de contribuir para a realização da conduta arriscada. Pode-se defender a existência de um interesse do terceiro em esclarecer o ofendido a fim de que sua decisão seja verdadeiramente autônoma, uma vez que isso levaria a não responsabilização do terceiro por sua colaboração. Entretanto, não há um dever jurídico de informação que, se for desrespeitado, acarreta em si a responsabilidade penal do terceiro. Se o ofendido não conhece suficientemente o risco, pode haver consequências jurídico-penais ao terceiro decorrentes do fato de que a ação do ofendido não poderá ser considerada autônoma, mas, por outro lado, não se extraem consequências jurídicas ao terceiro pelo simples fato de não esclarecer acerca do risco.

Sublinha-se que o caráter autônomo da conduta somente resta afastado, caso o ofendido não tenha ciência dos aspectos essenciais do risco. Nessa hipótese, caso o terceiro tenha o conhecimento destes aspectos essenciais e o ofendido não o possua, nega-se a autocolocação em risco, não pelo fato de o terceiro ter um maior conhecimento, mas sim porque o ofendido não tinha conhecimento suficiente sobre os aspectos essenciais do risco. Esta falta de conhecimento pelo ofendido pode ter como causa o terceiro que, por ter melhor conhecimento, nega ao ofendido informações relevantes ou mesmo o induz a erro sobre o perigo, porém isto não desnatura a assertiva de que a descaracterização da autocolocação em risco deve-se ao *desconhecimento* de aspectos essenciais do risco pelo ofendido, e não pela superioridade de conhecimento do terceiro. Nestes casos, afastada a autocolocação em risco e encontrada eventualmente a causa da falta de informação do ofendido no terceiro com superioridade de conhecimento, esta disparidade poderá ter reflexos quando da análise da punibilidade do terceiro, que então passará a ser autor de crime contra o ofendido.

No que toca ao elemento volitivo do terceiro colaborador, constata-se igualmente que disparidades existentes com a vontade do ofendido não alteram a autocolocação em risco e sua colaboração.⁶⁶⁸ Não é necessário que exista um acordo de vontades entre os indivíduos para a configuração da colaboração em autocolocação em risco. Em verdade,

⁶⁶⁸ O estudo vontade do ofendido na conduta de autocolocação em risco encontra-se no tópico 4.3.1.2.

a discussão deve sempre ser colocada sob a ótica do exercício da autonomia do ofendido e nela as respostas devem ser procuradas. Portanto, se constatada no ofendido a vontade de arriscar-se, permite-se compreender sua conduta como autocolocação em risco e o papel do terceiro como colaboração e isso independentemente do conteúdo de vontade do terceiro. Por isso, pode o terceiro querer a lesão do bem jurídico do ofendido e nada se alterará na autocolocação em risco do ofendido, o qual almeja, por sua vez, apenas a situação de periclitación.

A desnecessidade de congruência entre as vontades dos sujeitos fundamenta-se no fato de que não se está diante da lógica do concurso de pessoas, ou seja, não se discute quem é autor ou partícipe. Na dogmática do concurso, faz-se necessária a homogeneidade das vontades dos sujeitos, na medida em que se está diante de normas com função de imputação, estendendo ao partícipe o tipo penal realizado pelo autor. Já com a autocolocação em risco busca-se afastar a responsabilidade do terceiro qualificado como colaborador. Diferentemente do concurso de pessoas, na autocolocação em risco não há a extensão do tipo penal a um terceiro, mas sim deixa-se de aplicar a norma incriminadora. Em razão disso, não é relevante eventual congruência entre as vontades, porquanto o instituto em análise limita a aplicação do tipo. Logo, é possível que o ofendido e o terceiro tenham vontades diferentes entre si ao realizarem suas condutas, sem que isso afete a autocolocação em risco e a colaboração.

Em suma, constata-se que para a caracterização da colaboração em autocolocação em risco o aspecto subjetivo do terceiro – isto é, seu conhecimento do risco e sua vontade – é de pouca relevância, uma vez que o elemento central da discussão é o caráter autônomo da conduta do ofendido, e não do terceiro. Configurada a autocolocação em risco pelo ofendido, a colaboração do terceiro se verifica de modo eminentemente objetivo. Em razão disso, eventuais disparidades de conhecimento e vontade entre terceiro colaborador e o ofendido sobre o risco não têm o condão em si de desnaturar a autocolocação em risco e sua colaboração, porquanto o elemento central é a autonomia do ofendido, mensurada apenas pelo conhecimento e pela vontade do próprio titular do bem jurídico.

4.3.3. Casos de autocolocação em risco e colaboração em autocolocação em risco

Realizada a exposição dos aspectos teóricos da autocolocação em risco e da colaboração em autocolocação em risco, analisam-se alguns casos práticos tradicionalmente mencionados na doutrina alemã, a fim de dar concretude aos elementos teóricos expostos. Não se trata propriamente de uma análise jurisprudencial, mas tão somente de uma demonstração de aplicações práticas do instituto da autocolocação em risco. Ressalta-se que, neste momento da exposição, não se pretende realizar um juízo sobre a punibilidade das condutas, mas apenas qualificá-las como casos de autocolocação em risco. As consequências jurídicas dos atos serão abordadas em capítulo próprio.

O primeiro dos casos trata de uma corrida de motocicletas (BGHSt 7, 112 - *Wettfahrt-Fall* ou *Motorradrennen-Fall*). Relata-se que um sujeito, após consumir bebidas alcóolicas, convence outro a realizar com ele uma corrida com suas motocicletas. Durante a disputa, um dos sujeitos – que fez o convite inicial à corrida – derrapa e cai do veículo, falecendo no dia seguinte em razão dos ferimentos.⁶⁶⁹ Com base nas balizas teóricas expostas nesse trabalho, pode-se afirmar que neste caso há uma autocolocação em risco com colaboração do terceiro. Isso porque o risco aos bens jurídicos do ofendido provém de sua própria conduta, dado que ele mesmo conduzia sua motocicleta durante a corrida e possuía conhecimento dos fatores essenciais do risco e vontade. Quanto ao terceiro, que aceitou o convite para a corrida e dela participou, poderia ele ser entendido como colaborador da autocolocação em risco, na medida em que tomou parte da corrida e assim contribuiu para que o ofendido criasse ou mesmo majorasse sua colocação em risco.

Outro importante caso diz respeito ao fornecimento de seringas para o uso conjunto de heroína (BGHSt 32, 262 – *Heroinspritzen-Fall*). Neste caso, dois usuários de heroína encontram-se e decidem usar a droga conjuntamente. Um dos sujeitos informa ao outro que não possui seringas e não conseguiria mais adquiri-las, pois todos na região sabiam de seu pesado consumo de drogas e não lhe venderiam seringas. Em razão disso, o outro indivíduo encarregou-se de procurar novas seringas para ambos e logrou adquiri-las. A droga foi preparada para o consumo e cada um deles injetou em si mesmo a substância. Contudo, um deles – o usuário que não conseguia mais comprar seringas –

⁶⁶⁹ BGHSt 7, 112. FIEDLER, Ralf-Peter. *Zur Strafbarkeit der einverständlichen Fremdgefährdung: Unter besonderer Berücksichtigung des viktimologischen Prinzips*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1990, p. 10-11.

teve uma overdose e faleceu.⁶⁷⁰ Este caso também envolve uma autocolocação em risco, pois o risco aos bens jurídicos do ofendido decorre diretamente do ato de injetar em si mesmo a heroína. Portanto, é a conduta do próprio indivíduo que dá origem ao risco que se realizará diretamente na lesão a seu bem jurídico. No campo subjetivo, o ofendido age com a necessária vontade e com o conhecimento dos aspectos essenciais do risco, pois quer usar a droga e sabe dos riscos envolvidos, especialmente porque já era antigo usuário. Quanto ao terceiro, sua conduta consiste em mera colaboração à autocolocação em risco do ofendido. Mais precisamente, sua contribuição traduz-se em fornecer ao ofendido a seringa para o uso da heroína e, com isso, tornar possível a conduta de autocolocação em risco.

Conforme já analisado, é possível que a configuração da autocolocação em risco por meio de conduta omissiva. Neste contexto, cita-se o caso do médico com varíola (BGHSt 17, 359 – *Pockenarzt-Fall*). Relata-se que um médico durante uma viagem de estudos infectou-se com varíola e, sem verificar seu estado de saúde, retornou ao trabalho em sua clínica. Em razão disto, outros médicos e também pacientes adoeceram. Após tomar conhecimento de sua doença, o médico permaneceu isolado em quarentena. Neste período, o doente recebeu a visita voluntária de um religioso, que tinha completo conhecimento dos riscos a que se expunha relacionados ao contágio da varíola. Em razão da visita, o religioso infectou-se com doença.⁶⁷¹ Esta hipótese deve ser interpretada como autocolocação em risco por omissão. Verifica-se que o ofendido, ao voluntariamente ter contato com o terceiro infectado com varíola, expõe-se a um risco que, embora ligado ao terceiro, é juridicamente originado pelo próprio ofendido. Isso porque o ofendido podia retirar-se do ambiente a qualquer momento e assim cessar ou diminuir o risco a seus bens jurídicos. No entanto, após iniciar sua exposição ao risco decidiu nele manter-se, embora pudesse agir em sentido contrário. Portanto, é sua conduta omissiva – manter-se no risco podendo dele afastar-se – que dá origem à colocação em risco. Subjetivamente, o ofendido sabia do risco de contágio e quis arriscar-se. Afirma-se, então, a autocolocação em risco pelo ofendido. Por consequência, o terceiro é entendido como colaborador, pois contribui à autocolocação em risco do ofendido ao possibilitar sua conduta arriscada, uma vez que, sem sua doença, não existiria o risco de contágio.

⁶⁷⁰ BGHSt 32, 262. WALTHER, Susanne. Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung, cit., p. 14.

⁶⁷¹ WALTHER, Susanne. Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung, cit., p. 11.

Destaca-se também como exemplo de autocolocação o chamado *Gisela-Fall* (BGHSt 19, 135). Dois jovens mantêm uma relação amorosa que, depois de certo tempo, é proibida pelos pais da garota. Por isso, ela decide suicidar-se e convence seu parceiro a morrer com ela. Após uma primeira tentativa frustrada com o uso de medicamentos, ambos entram em um carro, direcionam os gases do escapamento ao interior do veículo e fecham as janelas para que se asfixiem com o monóxido de carbono. Na manhã do dia seguinte, eles são encontrados inconscientes, mas ainda vivos. Porém, a garota morre logo em seguida, sobrevivendo tão somente seu companheiro.⁶⁷² Tal como no caso anterior, trata-se de uma hipótese omissiva de autocolocação em risco. Ainda que o risco se relacione primeiramente com a conduta do terceiro ofensor, que direcionou os gases do carro ao seu interior, a ofendida poderia retirar-se da situação arriscada a qualquer momento. Ao manter-se exposta ao risco quando poderia afastar-se dele, ela acaba por omitir-se e, com essa conduta, dá juridicamente origem ao risco a seus bens jurídicos. No campo subjetivo, ela tem o suficiente conhecimento dos riscos e tinha a necessária vontade de arriscar-se, com o objetivo final de suicidar-se. Em razão disso, pode-se afirmar que o terceiro apenas colaborou para a autocolocação em risco ao proporcionar os meios necessários para que a ofendida realizasse a conduta de periclitación.

Um dos mais polêmicos caso de autocolocação em risco relaciona-se ao contágio de AIDS por relações sexuais. Discute-se se haveria autocolocação em risco nas hipóteses em que o ofendido contrai o HIV em relação sexual consentida com pessoa sabidamente infectada e sem tomar as precauções devidas.⁶⁷³ Segundo os critérios expostos neste trabalho, trata-se de um caso de autocolocação em risco. É certo que o risco durante o ato sexual só existe porque o terceiro é portador do HIV, ou seja, o risco em si emana do terceiro. Igualmente, o ofendido expõe-se a esse risco do terceiro ao manter relação sexual com ele sem a devida proteção. Entretanto, tratando-se a relação consentida e voluntária, pode o ofendido interrompê-la a qualquer momento, ou seja, ele pode interferir diretamente no risco e cessá-lo em relação a si diretamente por sua própria conduta. Uma vez que o ofendido pode intervir diretamente no risco com sua conduta a todo tempo, afirma-se que sua omissão por não cessar o risco e nele manter-se voluntariamente é a

⁶⁷² BGHSt 19, 135.

⁶⁷³ BayObLG JR 1990, 473.

conduta que juridicamente dá origem ao risco contra si. Por isso, entende-se que em tais casos há autocolocação em risco por omissão.⁶⁷⁴

A fim de demonstrar a importância dos elementos subjetivos da autocolocação em risco, expõe-se o caso do uso de cocaína (BGHSt 53, 288 - *Kokain-Fall*). Neste caso, dois indivíduos decidem consumir conjuntamente cocaína e dirigem-se a um terceiro, que lhes fornece a droga. Contudo, por engano, o fornecedor da droga não entrega aos sujeitos cocaína, mas sim heroína com alto grau de pureza. Os consumidores não percebem este fato e imaginam que a substância efetivamente se trata de cocaína. Depois de consumir a substância, um dos indivíduos morre.⁶⁷⁵ Neste caso nega-se a autocolocação em risco pelos sujeitos. Objetivamente, é a conduta do próprio ofendido ao consumir a droga que dá origem ao risco, mas subjetivamente não se verificam os requisitos da autocolocação em risco. O ofendido não tinha o suficiente conhecimento dos aspectos essenciais do risco ao realizar sua conduta, pois pensava tratar-se de cocaína o que, na verdade, era heroína em estado puro. Portanto, o risco que provém de sua conduta era muito maior do que ele imaginava. Uma vez que agia sem o necessário conhecimento do risco, não é possível qualificar sua ação como uma autocolocação em risco. Note-se que tal fato, por si, já basta para afastar a autocolocação em risco, sendo despidiendos quaisquer questionamentos sobre eventual conhecimento superior do terceiro que forneceu a droga.

Por fim, outro complexo caso diz respeito às ações de salvamento (*Retter-Fall* - BGHSt 29, 322). Relata-se que um indivíduo ateou fogo em uma casa. O ofendido chega ao local e vê sua residência em chamas. Imaginando que seu irmão se encontrava no interior da casa, o ofendido entra para resgatá-lo, assim como para buscar pertences pessoais. No entanto, o ofendido desmaia dentro da casa em razão da tóxica fumaça do incêndio e posteriormente morre.⁶⁷⁶ Questiona-se se este seria um caso de autocolocação em risco. Ao ver a casa em chamas, o ofendido tinha conhecimento do risco e agiu com a vontade de arriscar-se, ainda que sua finalidade fosse o resgate de seu irmão. Embora o risco se relacione diretamente com a conduta do terceiro em incendiar a casa, verifica-se que o ofendido se expôs ao risco, mas dele podia sair a qualquer momento. Logo, ao voluntariamente permanecer no interior da casa em chamas, mantendo-se em risco

⁶⁷⁴ Em sentido contrário, afirma CLAUS ROXIN que os casos de exposição ao risco de contágio de AIDS são hipótese de *heterocolocação em risco consentida*, pois assemelham-se com os casos em que um sujeito injeta droga em outro consentidamente (ROXIN, Claus. *Strafrecht*, v. 1., cit., p. 414-415).

⁶⁷⁵ BGHSt 53, 288.

⁶⁷⁶ BGHSt 39, 322. ROXIN, Claus. *Strafrecht*, v. 1., cit., p. 406-407.

embora pudesse dele sair conforme sua vontade, essa conduta do ofendido passa a ser juridicamente a origem da colocação em risco de seus bens jurídicos. Deste modo, está-se diante de um caso de autocolocação em risco por omissão. O terceiro, por sua vez, colaborou para a autocolocação em risco ao possibilitar ao ofendido a periclitização. Destaca-se, entretanto, que isso não significa a impunidade do terceiro que ateou fogo à casa pela morte do ofendido, mas apenas a qualificação da conduta do ofendido como autocolocação em risco. O exame da possibilidade de responsabilização do sujeito depende ainda de outros critérios, como se analisará em momento oportuno.⁶⁷⁷

4.4. Heterocolocação em risco consentida: Conceito

O presente tópico trata da conceituação da heterocolocação em risco consentida, bem como da sua delimitação frente às figuras da autocolocação em risco e da colaboração em autocolocação em risco. Ressalta-se, desde já, que a heterocolocação em risco consentida é a mais complexa das interações entre ofendido, risco e terceiros, constituindo uma categoria ainda em aberto no Direito Penal e que merece atenção pela dogmática.⁶⁷⁸ Em termos gerais, a heterocolocação em risco consentida caracteriza-se, a princípio, pelo fato de o indivíduo voluntariamente expor seus bens a um perigo que provém de outro indivíduo.⁶⁷⁹ Em outras palavras, são valoradas como heterocolocação em risco consentidas aquelas situações em que alguém não se coloca em risco diretamente pela sua própria ação, mas sim permite conscientemente que outrem o coloque em perigo.⁶⁸⁰

⁶⁷⁷ É importante ressaltar nesse caso que a mera qualificação da conduta do ofendido como *autocolocação em risco* – tal como nos demais casos – não implica na ausência de responsabilidade penal do terceiro que ateou fogo à casa. Como se verá em tópico posterior, para que se afaste a responsabilidade do terceiro colaborador é preciso que a conduta do ofendido seja *autorresponsável*. No caso em comento, não haveria a necessária autorresponsabilidade da conduta do ofendido, pois, como arriscou-se para salvar seu irmão, haveria um quadro de estado de necessidade exculpante e o ato não seria suficientemente livre e autônomo (ROXIN, Claus. *Strafrecht*, v. 1., cit., p. 408). Na doutrina nacional: GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, cit., p. 80-84.

⁶⁷⁸ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, cit., v. I, p. 409 e 417; DÖLLING, Dieter. Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, n. 1, 1984, p. 73.

⁶⁷⁹ KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 4ª ed. Baden-Baden: Nomos, 2011, p. 118.

⁶⁸⁰ ROXIN, Claus. Beteiligung an vorsätzlicher Selbstgefährdung. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, p. 410, 412, 1984; SAAL, Martin. Zur strafrechtlichen Bewertung des "Auto-Surfens". *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, p. 49, 53, 1998.

Neste ponto, a investigação limita-se à exposição do conceito da heterocolocação em risco consentida. Suas consequências jurídicas serão abordadas em momento específico do trabalho.

Ainda a título introdutório, esclarece-se que, para se referir ao terceiro inserido na heterocolocação em risco consentida, adota-se neste trabalho a terminologia terceiro ofensor, a fim de diferenciá-lo do terceiro colaborador, presente nas hipóteses colaboração em autocolocação em risco. Além disso, o termo terceiro ofensor indica com mais clareza sua posição em relação ao ofendido e seus bens jurídicos.

Quanto ao desenvolvimento, divide-se a exposição em aspectos objetivos e subjetivos da conduta do terceiro ofensor. Posteriormente, analisam-se também os aspectos objetivos e subjetivos da conduta do ofendido, a fim de determinar o caráter consentido da heterocolocação em risco.

4.4.1. Aspecto objetivo: a conduta do terceiro ofensor

Inicia-se o exame da conduta do terceiro na heterocolocação em risco a partir da teoria do domínio do fato, tendo em vista o seu acolhimento pela doutrina e jurisprudência alemãs que tratam do tema, muito embora tenha se optado na presente tese por outro critério de diferenciação, consoante já exposto.

Afirma-se que na heterocolocação em risco consentida o ofendido expõe-se de modo consciente a um risco que decorre da conduta de outrem, que tem o domínio da colocação em risco.⁶⁸¹ O ofendido seria então qualificado como um partícipe, seja pela instigação, seja pela cumplicidade, na ação que é dirigida contra si mesmo.⁶⁸² Deste modo, nos casos de heterocolocação em risco consentida os critérios objetivos de domínio do fato permanecem nas mãos do terceiro, isto é, a ação que diretamente leva à lesão está sob o seu domínio e o ofendido apenas se expõe conscientemente a este risco do terceiro.⁶⁸³ Pela perspectiva da teoria do domínio do fato, está-se diante de uma heterocolocação em risco se o terceiro tem o controle exclusivo do fato que levará ao resultado lesivo, sendo que o ofendido apenas se sujeita ao risco gerado pelo ato.⁶⁸⁴ Na

⁶⁸¹ KREY, Volker; ESSER, Robert. *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., p. 147.

⁶⁸² KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht*, cit., p. 118-119.

⁶⁸³ WALTHER, Susanne. *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung*, cit., p. 679-680; HOFFMANN-HOLLAND, Klaus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., p. 49.

⁶⁸⁴ CHRISTMANN, Hagen. *Eigenverantwortliche Selbstgefährdung und Selbstschädigung*, cit., p. 680.

jurisprudência alemã, constata-se a adoção deste critério no caso do “teste de aceleração” (BGHSt 53, 55), no qual se afirmou que a diferença entre a heterocolocação colocação em risco consentida e a autocolocação em risco reside justamente no domínio que o terceiro tem sobre o desenrolar dos fatos.⁶⁸⁵ Por consequência, o terceiro é entendido como autor da colocação em risco por dominar o fato arriscado, enquanto o ofendido torna-se um partícipe do ato contra si mesmo.

Sustenta-se também a caracterização da heterocolocação em risco consentida nas hipóteses em que o terceiro, conjuntamente com o ofendido, detém o poder sobre o desenvolvimento dos fatos, vale dizer, o terceiro não precisa ter o controle de modo exclusivo para que se afirme a heterocolocação em risco consentida. Nos casos em que o ofendido e o terceiro têm contribuições de igual valor nos acontecimentos e assim controlam o fato arriscado de modo conjunto afirma-se a existência de heterocolocação em risco consentida.⁶⁸⁶ Bastaria então que o terceiro domine os fatos conjuntamente com o ofendido para que ele deixe de ser mero partícipe de uma autocolocação em risco.⁶⁸⁷ Conforme decidido no caso do “teste de aceleração”, a heterocolocação em risco deve ser afirmada se o domínio do fato arriscado não era exclusivamente do ofendido, mas também pertencia ao terceiro. Uma vez que o terceiro também tem o domínio do fato, ainda que não exclusivamente, ele comete um ato próprio, o que justificaria sua punição.⁶⁸⁸

Portanto, pelo prisma da teoria do domínio do fato, a conduta do terceiro ofensor se caracteriza pelo controle da colocação em risco a que o ofendido se expõe voluntariamente e, deste modo, o terceiro faz-se autor do fato. Por consequência, o ofendido apenas expõe-se de modo voluntário à colocação em risco dominada pelo terceiro, tornando-se um partícipe do fato. Contudo, como já exposto, rejeita-se a teoria do domínio do fato como critério definidor das condutas de heterocolocação em risco consentida, adotando-se em seu lugar o critério da origem do risco.⁶⁸⁹

Analisando-se a heterocolocação em risco consentida pela ótica da origem do risco, obtêm-se outro conceito. Assim como realizado em relação à autocolocação em risco e à colaboração em autocolocação em risco, parte-se do conceito de CLAUS ROXIN, explorando e analisando suas decorrências. Defende ROXIN que há heterocolocação em

⁶⁸⁵ BGHSt 53, 55

⁶⁸⁶ HELLMANN, Uwe. *Einverständliche Fremdgefährdung und objektive Zurechnung*, cit., p. 273.

⁶⁸⁷ KREY, Volker; ESSER, Robert. *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., p. 148.

⁶⁸⁸ BGHSt 53, 55

⁶⁸⁹ Sobre a rejeição da teoria do domínio do fato como critério de diferenciação, vide tópico 4.2.3.

risco se o ato de colocação em risco provém de sujeito diferente do ofendido, e este, por sua vez, expõe-se ao perigo com o conhecimento do risco.⁶⁹⁰ Na heterocolocação em risco consentida o indivíduo não coloca a si mesmo em um risco, mas voluntaria e conscientemente é colocado em um risco por um terceiro.⁶⁹¹ Neste particular, a heterocolocação em risco consentida diferencia-se dos casos em que a ação arriscada é executada pelo próprio ofendido.⁶⁹² Na doutrina brasileira, encontra-se posição semelhante em JUAREZ TAVARES, segundo o qual na heterocolocação em risco, diferentemente da autocolocação, o risco não é executado pelo ofendido, mas sim por um terceiro, que age com a anuência do próprio ofendido. Nesta hipótese, o ofendido limita-se a contribuir com a realização do risco efetivado pelo terceiro.⁶⁹³

Portanto, pode-se afirmar que a heterocolocação em risco consentida caracteriza-se pela conjunção de duas diferentes condutas: por um lado, há o terceiro que dá origem ao risco com sua conduta e, por outro, o ofendido que também realiza conduta ao expor-se ao risco que provém da conduta do terceiro. É pelo encontro de ambas as condutas que se constitui a heterocolocação em risco consentida. Não basta a mera colocação em risco pelo terceiro ou então somente o ato do ofendido, que nada pode fazer sem a existência do perigo que provém do terceiro. Neste tópico, analise-se especificamente a conduta do terceiro, deixando-se o exame dos atos do ofendido para momento posterior, quando se ocupará do caráter consentido da heterocolocação em risco.⁶⁹⁴

Na heterocolocação em risco consentida, a conduta do terceiro ofensor tem como principal característica ser a origem da colocação em risco, ou seja, os riscos aos bens jurídicos do ofendido provêm da conduta do terceiro. É a conduta do terceiro que cria o risco ao qual o ofendido se exporá, ou seja, somente após a realização da conduta do terceiro o risco passa a existir. Também se pode afirmar que há heterocolocação em risco nos casos em que o risco é majorado pela conduta do terceiro, vale dizer, o risco já existia anteriormente à conduta do terceiro, porém ele, com seus atos, aumenta sua intensidade e justamente esse elevado grau do risco acaba por levar, de modo direto e imediato, à

⁶⁹⁰ No original: “(...) Geht dieser Gefährdungsakt dagegen von einem anderen als dem Opfer aus, das sich der Gefährdung lediglich in Kenntnis der Gefahr ausgesetzt hat, so handelt es sich um eine einverständliche Fremdgefährdung, die nach ihren eigenen, noch zu erörternden Regeln zu behandeln ist.” (ROXIN, Claus. *Der Streit um die einverständliche Fremdgefährdung*, cit., p. 659)

⁶⁹¹ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, cit., v. I, p. 409.

⁶⁹² ROXIN, Claus. *Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten*, cit., p. 250.

⁶⁹³ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. 4ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 392.

⁶⁹⁴ Vide tópico 4.4.3.

lesão do bem jurídico do ofendido. Portanto, a origem do risco é a conduta do terceiro que cria ou aumenta o risco ao bem jurídico do ofendido.

Em regra, essa criação ou majoração de um risco ocorre por meio de uma ação do terceiro ofensor. É com sua conduta positiva que o risco passa a existir ou tem sua intensidade aumentada. Além disso, excepcionalmente é possível que a conduta do terceiro da qual se origina o risco seja omissiva. Porém, esse segundo cenário somente se configura quando a omissão é penalmente relevante devido à posição de garante ocupada pelo terceiro. Uma vez que o terceiro é garante do ofendido, é seu dever evitar que bens jurídicos sofram resultados lesivos. Também é sua obrigação evitar que o risco alcance o ofendido e, caso lhe seja possível, o terceiro deve agir para que os bens jurídicos do ofendido não sejam expostos ao perigo. Em outros termos, a omissão do terceiro que assume a posição de garante é conduta que dá origem à colocação em risco, ou seja, é em razão da omissão do terceiro garante que os bens jurídicos do ofendido são voluntariamente expostos ao risco. Portanto, considera-se como conduta omissiva do terceiro-garante deixar de agir a fim de cessar a colocação em risco do bem jurídico do ofendido ou mesmo para diminuir a intensidade do perigo. Esta omissão deve ser entendida no campo do concretamente possível, isto é, sem desconsiderar os dados concretos do cenário fático que circundam o terceiro. É importante sublinhar que a posição de garante do terceiro que se omite apenas fundamenta a configuração da heterocolocação em risco consentida. A sua eventual responsabilização penal, por sua vez, depende do preenchimento de outros requisitos, especialmente da verificação do caráter autorresponsável da conduta do ofendido, a qual será abordada em momento oportuno.⁶⁹⁵

Nos casos em que há a sobreposição de diversas condutas do terceiro e do ofendido, cada uma delas criando um novo risco ou majorando os perigos já existentes, é possível se afirmar a existência de uma heterocolocação em risco, caso a lesão ao bem jurídico seja decorrência direta e imediata da colocação em risco que teve origem na conduta do terceiro. Deste modo, ainda que se verifiquem condutas anteriores do próprio ofendido relacionados à colocação em risco, criando-o ou aumentando-o, caracteriza-se a heterocolocação em risco se a conduta do terceiro dá origem ao risco que acarretou a

⁶⁹⁵ Vide tópicos 5.1 e 5.3.

lesão ou que ao menos aumentou a intensidade do perigo, sendo que esta maior parcela do risco leva ao dano do bem jurídico.

Em alguns destes cenários, a tarefa de determinar se é justamente da conduta do terceiro que provém o risco ou sua majoração oferece maiores dificuldades. A título de exemplo, o critério temporal pode indicar qual das condutas é a origem do risco, presumindo-se que a última delas foi aquela que criou ou aumentou o risco que levou à lesão, sem deixar de lado que este caráter temporal deve ceder lugar à efetiva importância de cada uma das condutas, especialmente caso a última delas tenha criado ou majorado o risco de modo pouco relevante.

Por fim, alerta-se novamente que não basta a conduta do terceiro que dá origem à colocação em risco, pois é preciso que o ofendido se exponha a esse perigo consciente e voluntariamente. É a partir da interação entre a conduta do terceiro e o ofendido que se configurará a heterocolocação em risco consentida como um todo.

Em conclusão, sob o aspecto objetivo a heterocolocação em risco consentida pode ser conceituada como a ação do terceiro que dá origem a uma colocação em risco, criando o perigo ou majorando-o, ou mesmo como uma omissão, caso o terceiro seja garante, com a posterior exposição voluntária do ofendido a esse risco.

4.4.2. Aspecto subjetivo: o conhecimento e a vontade do terceiro ofensor

Além do aspecto objetivo da heterocolocação em risco, deve-se discutir acerca dos aspectos subjetivos do terceiro cuja conduta dá origem à colocação em risco. Neste momento da exposição, o objetivo é analisar em que medida o conhecimento e a vontade do terceiro ofensor podem influir na caracterização da heterocolocação em risco consentida.

Verifica-se que, tal como na colaboração em autocolocação em risco, os elementos subjetivos do terceiro são pouco relevantes para a caracterização da heterocolocação em risco consentida. Embora na heterocolocação em risco – diferentemente da autocolocação em risco – a conduta do terceiro ocupe posição de destaque no cenário fático, cabendo ao ofendido apenas expor-se ao risco, ainda é a autonomia do ofendido o vetor valorativo principal para se compreender a heterocolocação em risco. É apenas a partir da afirmação ou não do exercício da

autonomia por parte do ofendido que os elementos subjetivos do terceiro ofensor podem assumir relevância.

No que toca ao elemento cognitivo, vê-se que o terceiro ao realizar a conduta da qual se origina a colocação em risco não precisa ter o conhecimento de que seus atos implicam na possível periclitación voluntária do bem jurídico do ofendido. Na medida em que sua conduta leva à colocação em risco voluntária por parte do ofendido, configura-se a heterocolocação em risco consentida. Isso porque, do ponto de vista da autonomia do ofendido, importa apenas a sua própria relação com o risco a que se expõe e é indiferente ao ofendido o conhecimento que o terceiro tem acerca do risco. Uma vez que o vetor é a autonomia do ofendido, basta que ele mesmo tenha a consciência do risco. Logo, pode o terceiro ter ou não conhecimento sobre o risco que é criado por sua conduta e nada se alterará para o ofendido, que se expõe voluntariamente ao risco conforme seu próprio conhecimento e vontade, e não pela consciência e pelo querer do terceiro.

Pelos mesmos motivos, afirma-se que a vontade do terceiro não importa para a configuração da heterocolocação em risco. Ainda que o terceiro deseje o dano ao bem jurídico do ofendido, o cenário fático da heterocolocação em risco permanece inalterado, na medida em que a conduta do terceiro objetivamente apenas dá origem a uma colocação em risco, mas a efetiva exposição dos bens jurídicos a este perigo depende da conduta do ofendido. Portanto, a mera vontade do terceiro, em si, não implica em maior ou menor perigo ao bem jurídico, não desnaturando as hipóteses de heterocolocação em risco consentida.

A asseverada irrelevância dos elementos subjetivos do terceiro ofensor para a configuração da heterocolocação em risco não representa uma indevida objetivização de sua conduta, porquanto a responsabilidade penal do terceiro depende do preenchimento de outros requisitos, inclusive a análise dos elementos subjetivos de sua conduta. Pretende-se, neste momento da exposição, tão somente delinear os traços da heterocolocação em risco consentida, cuja caracterização determina a não aplicação da norma incriminadora ao terceiro. Porém, caso se pretenda fundamentar a punibilidade da conduta, o exame detido dos elementos subjetivos do terceiro se faz necessário.

Outro interessante tema é a relação entre os aspectos subjetivos do terceiro ofensor e do ofendido, especialmente nas hipóteses em que se verifica uma superioridade de conhecimento do terceiro ou então uma não convergência das vontades do ofendido e do terceiro. Nestes casos, o terceiro tem um maior conhecimento dos fatos arriscados do que

o ofendido ou há uma disparidade entre as suas vontades, na medida em que o terceiro pode querer a lesão do ofendido, ainda que este apenas queira colocar-se em risco.

Esta discussão encontra paralelo nos casos de superioridade de conhecimento e vontade nas hipóteses de colaboração em autocolocação em risco e as conclusões alcançadas naquele tópico aplicam-se em grande medida também no contexto das heterocolocação em risco. Ainda assim, reputam-se pertinentes algumas considerações adicionais, eis que relacionadas especificamente ao instituto sob análise.

Sob o prisma da teoria do domínio do fato, afirma-se que a superioridade do conhecimento do risco pelo terceiro é um dos traços que contribuem para a caracterização da própria heterocolocação em risco. Fala-se em uma heterocolocação em risco se o terceiro tem um melhor conhecimento dos riscos, passando então a ser responsável pelos resultados.⁶⁹⁶ Isto ocorre nos casos em que a superioridade de conhecimento do terceiro acerca do risco confere-lhe o controle do risco, ou seja, é justamente a melhor consciência do risco, quando comparada à do ofendido, que permitiria ao terceiro o domínio da colocação em risco.⁶⁹⁷ Afirmar-se-ia então uma heterocolocação em risco consentida nas hipóteses em que o terceiro tem um conhecimento superior acerca dos fatores de riscos a que o ofendido se expõe, pois há o controle dos acontecimentos pelo terceiro sempre que ele faz uso para si do desconhecimento do ofendido sobre fatores relacionados à periclitção.⁶⁹⁸ Portanto, para aqueles que defendem o domínio do fato como critério diferenciador, a superioridade de conhecimento do terceiro afasta a configuração da colaboração em autocolocação em risco e leva à heterocolocação em risco consentido, ou seja, transforma o terceiro colaborador em terceiro ofensor, porquanto seu superior conhecimento do risco retiraria o domínio da colocação em risco das mãos do ofendido, passando-o ao terceiro. Note-se que não é qualquer conhecimento superior do terceiro que, por si, levaria à heterocolocação em risco, afastando autocolocação. Para tanto, é necessário que os fatos conhecidos pelo terceiro – e desconhecidos pelo ofendido – traduzam-se em um aumento da probabilidade da ocorrência do resultado. Em outras

⁶⁹⁶ OTTO, Harro. *Grundkurs Strafrecht: Allgemeine Strafrechtslehre*. 7ª ed. Berlin: de Gruyter, 2004, p. 70.

⁶⁹⁷ OTTO, Harro. *Grundkurs Strafrecht*, cit., p. 70; BLUM, Heribert. Rechtfertigungsgründe bei Verkehrsstraftaten und Verkehrsordnungswidrigkeiten. *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, p. 381-382, 2011.

⁶⁹⁸ ZACZYK, Rainer. *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, cit., p. 61-62.

palavras, o terceiro deve ter consciência que o acaso a que ofendido se sujeita pode levar à lesão, enquanto o próprio ofendido disto não sabe.⁶⁹⁹

Todavia, partindo-se do critério da origem da colocação em risco, é outro o quadro que se apresenta.⁷⁰⁰ Na medida em que o domínio do fato arriscado não se presta a diferenciar as situações de autocolocação em risco e heterocolocação em risco consentido, consequentemente eventual superioridade de conhecimento pelo terceiro ofensor não afeta a qualificação do cenário como autocolocação ou heterocolocação em risco consentida. Isso porque as situações de risco são entendidas de modo eminentemente objetivo, vale dizer, procura-se saber qual conduta deu origem ao risco e quem efetivamente a realizou. Portanto, as problematizações de ordem subjetiva, como as que decorrem da adoção da teoria do domínio do fato e analisadas acima, perdem lugar ao se aceitar a origem do risco como critério norteador.

Em conclusão, verifica-se que o aspecto subjetivo do terceiro ofensor tem pouca relevância na caracterização da heterocolocação em risco consentida, uma vez que é a autonomia do ofendido o valor maior em jogo. Sendo assim, o terceiro não necessita saber acerca do risco, assim como sua vontade em relação ao bem jurídico do ofendido é irrelevante, ressaltando-se a análise de tais elementos subjetivos do terceiro somente nos casos em que se é descaracterizada a heterocolocação em risco consentida e se procura afirmar sua responsabilidade penal como autor de um crime contra o ofendido. Por fim, como uma decorrência da adoção da origem do risco como critério, eventual superioridade de conhecimento pelo terceiro não influi na caracterização da heterocolocação em risco, tendo em vista a sua caracterização em termos puramente objetivos.

4.4.3. O caráter consentido da heterocolocação em risco: a conduta do ofendido em relação ao risco

Por fim, depois de examinados os principais traços da heterocolocação em risco sob a perspectiva da conduta do terceiro ofensor, examina-se a conduta do ofendido neste cenário. Em outras palavras, se os tópicos anteriores se ocuparam da heterocolocação em risco em si, neste momento cuida-se especialmente do aspecto consentido da

⁶⁹⁹ ZACZYK, Rainer. *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, cit., p. 61-62

⁷⁰⁰ Vide tópico 4.2.3. e 4.2.4.

heterocolocação em risco. Com isso, objetiva-se uma compreensão completa do fenômeno estudado, além de obter, ao cabo, uma proposta conceitual que abarque todos os aspectos relevantes da heterocolocação em risco consentida.

Ressalta-se, em primeiro lugar, que este aspecto consentido da heterocolocação em risco é um atributo decorrente da conduta do ofendido. Há, portanto, uma necessária interação entre terceiro ofensor e ofendido, na medida em que o terceiro é responsável pelo caráter “hetero” de uma colocação em risco, a qual, por sua vez, torna-se objeto do assentimento do ofendido. Assim, afirma-se a complementariedade das condutas do terceiro e do ofendido, que se unem por um elemento único que é a colocação em risco de um bem jurídico. Deste modo, as condutas do terceiro ofensor e do ofendido desenvolvem-se em uma linha contínua.

A fim de melhor esclarecer estas questões, inicia-se a discussão com esclarecimentos de ordem terminológica acerca da expressão “consentida” que qualifica a heterocolocação em risco. Posteriormente, passa-se ao exame detalhado de aspectos objetivos e subjetivos da conduta do ofendido, consubstanciada na anuência com sua colocação em risco.

4.4.3.1. Questão terminológica acerca da natureza consentida da conduta

A doutrina brasileira utiliza a expressão “heterocolocação em risco consentida” para tratar das hipóteses em que o ofendido voluntariamente expõe-se a um risco provocado por outrem.⁷⁰¹ Contudo, em uma abordagem crítica propõe-se outra nomenclatura. Ao se qualificar como consentida a heterocolocação em risco, aponta-se um liame com figura do consentimento. A leitura superficial indicaria que a colocação em risco do ofendido por um terceiro seria então objeto do consentimento do titular do bem jurídico. Entretanto, o consentimento tem sentido próprio e técnico no Direito Penal,

⁷⁰¹ Encontra-se o uso da expressão “heterocolocação em risco consentida”, por exemplo, em importantes obras brasileiras: GRECO, Luís. *Um Panorama da teoria da imputação objetiva*, cit., p. 75-79; TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*, cit., p. 392-394. Além disso, optou-se pelo uso do termo “heterocolocação em risco consentida” na tradução brasileira de artigo de CLAUS ROXIN (ROXIN, Claus. *Der Streit um die einverständliche Fremdgefährdung. Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, 2012, p. 655-669) realizada por Augusto Assis (ROXIN, Claus. Sobre a discussão acerca da heterocolocação em perigo consentida. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (Orgs). *Direito Penal como crítica da pena: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de setembro de 2012*. Trad. Augusto Assis. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 563-586). Na doutrina portuguesa, verifica-se a adoção do termo em MANUEL DA COSTA ANDRADE (ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal: Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 271-299).

referindo-se a um dos possíveis instrumentos dogmáticos pelos quais o bem jurídico do ofendido é colocado em risco ou lesado com sua concordância.

No caso da heterocolocação em risco, a prévia qualificação de seu caráter consentido pode trazer problemas concretos. Existe, aliás, importante discussão sobre a utilização do “consentimento do ofendido” nos casos de heterocolocação em risco, com críticas que afirmam sua impossibilidade de fornecer respostas adequadas ao problema jurídico.⁷⁰² Além disso, há quem rejeite o consentimento nos casos de heterocolocação em risco, adotando-se em seu lugar instrumentos dogmáticos ligados à imputação objetiva. Portanto, ao se afirmar ser consentida a heterocolocação em risco, ocorre uma tomada de posição preordenada acerca da aptidão do consentimento do ofendido como instrumental dogmático a ser adotado, deixando-se de lado outras possibilidades de solução jurídica.⁷⁰³

Acrescente-se que o termo cunhado por CLAUS ROXIN em seu escrito de 1973 e até o presente adotado pela doutrina alemã é “*einverständliche Fremdgefährdung*”.⁷⁰⁴ Nota-se que não há propriamente menção à figura do consentimento do ofendido, que se traduz no Direito Penal alemão por *Einwilligung*, mas sim referência expressa ao *Einverständnis*, cujo significado é de *acordo*, enquanto concordância do ofendido que afasta a tipicidade da conduta do terceiro.⁷⁰⁵ Em outras palavras, não se fala na doutrina alemã em uma “*eingewilligte Fremdgefährdung*”, ainda que muitos defendam a aplicação do consentimento do ofendido a tais casos. Logo, não se extrai do termo original que a conceituação da heterocolocação em risco liga-se ao consentimento, como já consagrado na doutrina nacional. Ao mesmo tempo, não parece correto associar por completo a heterocolocação em risco à figura do acordo, enquanto *Einverständnis*, uma vez que também relaciona o instituto previamente a um instrumento dogmático.⁷⁰⁶

Por isso, sugere-se a adoção de uma terminologia neutra à heterocolocação, sem ligá-la necessariamente a um instituto do Direito Penal, uma vez que apenas em um momento posterior será possível verificar qual dos instrumentos dogmáticos será

⁷⁰² Vide tópico 5.3.1.

⁷⁰³ O estudo aprofundado destas questões é realizado no quinto capítulo desta tese.

⁷⁰⁴ ROXIN, Claus. Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, cit., p. 249-253.

⁷⁰⁵ Para considerações sobre a figura do *acordo*, vide ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal*, cit., p. 362 e ss.

⁷⁰⁶ Para o debate sobre a nomenclatura e diferenças entre *Einverständnis* e *Einverständlichkeit*, vide LOTZ, Martin. *Die einverständliche, beidseitig bewusst fahrlässige Fremdschädigung*. Berlin: Duncker & Humblot, 2017, p. 28-33.

utilizado e, desde que presentes os seus requisitos no caso concreto. Dado que o traço caracterizador da conduta do ofendido na heterocolocação em risco é a voluntariedade de sua conduta de exposição ao risco alheio, ou seja, é a concordância do ofendido em relação à colocação em risco que permite a interação entre ele e o terceiro ofensor, mostra-se mais adequado qualificar a heterocolocação em risco utilizando ideias de assentimento, as quais expressam justamente esta noção de *voluntariedade* e não possuem um conteúdo técnico no Direito Penal, tal como consentimento e acordo. Portanto, terminologicamente considera-se mais correta o uso da terminologia *heterocolocação em risco assentida*.

Entretanto, não se pode ignorar que já se estabeleceu no Direito Penal brasileiro o uso da tradicional expressão heterocolocação em risco consentida. Por isso, exclusivamente a fim de permitir a melhor comunicação de ideias e argumentos, sem o objetivo de colocar obstáculo ao debate, adota-se nesse trabalho a nomenclatura já consagrada, adjetivando-se como consentida a heterocolocação em risco, ainda que o consentimento do ofendido não seja o instrumento adequado para compreendê-la, como se verá em tópico específico. Portanto, embora se sugira o termo heterocolocação em risco assentida, utiliza-se a já tradicional expressão heterocolocação em risco consentida, sabendo-se de suas falhas, mas com exclusivo fim de se estabelecer a discussão.

Conclui-se, portanto, que a utilização do termo “consentido” não é apropriada, sugerindo-se adoção da expressão “assentido” para se referir à conduta do ofendido frente à heterocolocação em risco. Contudo, tão somente para facilitar o debate dada a tradição estabelecida na doutrina, aplica-se neste estudo o termo heterocolocação em risco consentida.

4.4.3.2. Aspectos objetivos

Realizada essa digressão terminológica, passa-se ao exame da conduta do ofendido em relação ao risco originado pelo terceiro. O caráter consentido da heterocolocação em risco só pode ser verificado por meio do estudo da conduta do ofendido, que de algum modo demonstra sua anuência com a colocação em risco que provém do terceiro. Portanto, fala-se em uma conduta do ofendido. Não há assentimento do risco sem uma conduta do ofendido da qual se possa extrair a voluntariedade da exposição ao risco. Por sua vez, esta conduta do ofendido é marca do exercício de sua

autonomia individual e, por isso, pode ser realizada apenas se presentes alguns requisitos mínimos relativos ao aspecto subjetivo do ofendido.

Neste estudo, não se pode deixar de notar que a conduta do ofendido na heterocolocação em risco assemelha-se à sua conduta no campo da autocolocação em risco, na medida que em ambas as hipóteses ele exerce sua autonomia. Para se tornar relevante, em todos os casos a conduta do ofendido deve ser reflexo de sua autonomia, seja para dar origem à colocação em risco, seja para expor-se a um risco originado da conduta de terceiros. Em razão disso, a análise da conduta do ofendido na heterocolocação em risco ocorre de modo semelhante ao exame empreendido na autocolocação em risco, pontuando-se as devidas diferenças.⁷⁰⁷

A primeira e mais clara destas distinções diz respeito ao aspecto objetivo da conduta do ofendido, uma vez que na heterocolocação em risco consentida o ofendido não dá origem ao risco com sua conduta, mas apenas expõe-se a ele. Como já argumentado, a heterocolocação em risco caracteriza-se pelo fato de o perigo provir da conduta de um terceiro, ou seja, de sujeito diferente do titular do bem jurídico colocado em risco. A conduta do ofendido, em seu aspecto objetivo, resume-se a expor-se, por ação ou omissão, a um risco criado pelo terceiro. Temporalmente, a conduta de exposição ao risco apenas pode ser simultânea ou posterior à conduta do terceiro que dá origem ao risco, uma vez que o ato de se expor ao risco pressupõe a sua existência, ou seja, não é possível a exposição a um risco que ainda não foi criado. Isso não impede interações entre ambos antes da conduta do terceiro que dá origem ao risco, todavia tais atos do ofendido não se qualificam como conduta de exposição ao risco, ainda que possam de algum modo relacionar-se com a conduta do terceiro, contribuindo para ela. Todavia, eventuais atos anteriores do ofendido podem apenas auxiliar a interpretação do caráter voluntário da efetiva exposição ao risco.

Além disso, a exposição à colocação em risco pelo ofendido, segundo CLAUS ROXIN, deve se dar com o conhecimento do perigo e caracteriza-se pela mera tolerância ao risco de origem alheia, na medida em que o ofendido não é possível interrompê-lo ou nele interferir.⁷⁰⁸ Sublinha-se que o ofendido, depois de realizar a conduta que o expõe ao risco, nada mais pode fazer senão aguardar que o risco cesse ou diminua por si,

⁷⁰⁷ Vide tópico 4.3.1.2.

⁷⁰⁸ ROXIN, Claus. Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, cit., p. 250.

conforme seu natural desenvolvimento, fatores externos ou mesmo por condutas do terceiro ofensor. Por conseguinte, a posição do ofendido é marcada pela necessária passividade frente ao risco, uma vez que, após inserir-se voluntariamente na colocação em risco, ele apenas pode tolerar os riscos sobre seus bens jurídicos, porquanto suas ações ou omissões não são eficazes para influir diretamente na existência e na intensidade do risco. Note-se que esta mera tolerância do perigo que caracteriza a heterocolocação em risco não é uma opção do ofendido dentre várias decisões que pode tomar, ou seja, não se fala aqui em uma escolha do ofendido por apenas tolerar a colocação em risco de seus bens jurídicos. A mera tolerância do risco é a única conduta que o ofendido pode realizar após a exposição.

Em razão disso, deve-se negar a configuração da heterocolocação em risco consentida nas hipóteses em que, embora o ofendido tenha se exposto voluntariamente a um risco originado pela conduta de um terceiro, a sua postura não se restringe a uma mera tolerância ao risco, ou seja, o ofendido no caso concreto pode efetivamente intervir no risco para diminuir sua intensidade ou mesmo para cessá-lo, ainda que não o queira fazê-lo. Constatando-se essa possibilidade, desqualifica-se a heterocolocação em risco, porquanto não há simples tolerância ao risco. Nestes casos, o risco passa ser originado pelo próprio ofendido e uma situação que aparentava inicialmente ser heterocolocação em risco pode tornar-se uma colaboração em autocolocação em risco, pelo fato de que ao ofendido era possível a intervenção no risco depois de sua conduta. Chama-se a atenção para o significado desta possibilidade de intervenção do ofendido, que deve ser entendida como real, concreta e efetiva, ou seja, o risco pode sofrer influência da conduta do ofendido de modo direto e imediato, dado que, com sua vontade e conduta, pode alterar sua intensidade ou mesmo cessar sua existência. Esta possibilidade de intervenção imediata e direta deve ser entendida de modo restrito, a fim de abarcar somente condutas que podem efetivamente cessar o risco ou diminuí-lo ao máximo, a ponto de restar somente uma parcela do risco cuja extinção completa está fora das possibilidades do ofendido. Esta conduta do ofendido deve – mais uma vez, de modo direto e imediato – influir no risco a que ele se expõe, excluindo-se as hipóteses nas quais seus efeitos dependem de condutas de outros sujeitos. Em razão disso, não se pode considerar como possibilidade de intervenção os atos do ofendido que consistam, por exemplo, em meros pedidos ou solicitações a terceiros para que estes últimos efetivamente influenciem com suas próprias condutas o desenvolvimento do risco. Em outras palavras, nas hipóteses em

que ao ofendido é possível apenas pedir, aconselhar ou solicitar a outrem que cesse ou diminua o risco não há uma real possibilidade de intervenção imediata e direta no perigo e, por isso, afirma-se a heterocolocação em risco consentida.

Destaca-se que, havendo possibilidade de intervenção do ofendido em relação ao risco e afastando-se a hipótese de mera tolerância do perigo, há um aspecto omissivo da conduta do ofendido que torna tênue a linha divisória entre heterocolocação em risco consentida e autocolocação em risco. É possível que o ofendido se exponha de modo omissivo a um risco de origem alheia, ou seja, o risco é criado pelo terceiro e alcança os bens jurídicos do ofendido, que voluntariamente se expõe por omissão ao risco, deixando de fazer algo para impedi-lo em relação a si mesmo. Somente restará caracterizada a heterocolocação em risco caso ao ofendido nada mais reste do que tolerar o risco a que se expôs, sem a posterior possibilidade de cessá-lo, diminuí-lo ou afastá-lo de modo direto e imediato por sua própria conduta. Na heterocolocação em risco consentida, portanto, há a conduta de exposição ao risco – comissiva ou omissiva – ao que se segue unicamente a mera tolerância do risco.

A omissão do ofendido pode também dar ensejo ao reconhecimento de uma autocolocação em risco. Isso ocorre nos casos em que sua conduta omissiva leva à manutenção da colocação em risco, ou seja, o ofendido coloca-se em risco no qual ele efetivamente pode interferir em sua existência e desenvolvimento, cessando-o, diminuindo-o ou afastando-se dele, porém decide livremente manter o perigo contra si. Por isso, a mera tolerância ao risco não se verifica naquela situação concreta e é possível ao ofendido agir para proteger seus bens jurídicos. Deste modo, ao realizar conduta omissiva e manter-se no risco, o ofendido acaba por dar nova origem ao perigo, que passa a provir de sua própria conduta, transformando o cenário em autocolocação em risco, sendo possível que o terceiro se torne colaborador. É interessante notar que, no mundo fenomênico, o risco pode ser o mesmo daquele nascido com a conduta do terceiro, porém, juridicamente ele passa a ser criação do próprio ofendido, na medida em que ele se mantém exclusivamente pela conduta omissiva do ofendido. Portanto, com a omissão do ofendido há uma exteriorização de sua personalidade em sentido contrário a uma expectativa de ação, imprimindo ao risco existente uma nova origem e transmutando um

aparente quadro de heterocolocação em risco consentida em autocolocação em risco, com eventual colaboração do terceiro.⁷⁰⁹

Vê-se, assim, que há pontos de contato entre a autocolocação em risco e a heterocolocação em risco consentida, sendo possível que em um mesmo cenário ambas possam estar aparentemente presentes, ainda que em momentos distintos. A decisão final sobre qual das figuras aplica-se ao caso concreto dependerá do momento e das circunstâncias do dano ao bem jurídico, uma vez que somente após a lesão se poderá determinar qual dos riscos é sua causa e, conseqüentemente, qual dos sujeitos lhe deu origem.

Prosseguindo na análise, tem-se que a conduta do ofendido na heterocolocação em risco consentida deve ser igualmente reflexo, mesmo em seu aspecto objetivo, do exercício da autonomia do indivíduo, o que permite novamente alguns paralelos com a autocolocação em risco. Na heterocolocação em risco consentida a conduta do ofendido, enquanto exteriorização de sua personalidade, dirige-se à exposição ao risco criado por outrem e, portanto, ele exerce sua autonomia ao inserir voluntariamente seus bens jurídicos na esfera de alcance daquele perigo. Neste ponto, relembra-se que na heterocolocação em risco consentida há menor poder de evitação do resultado pelo ofendido, dado que o risco provém da conduta do terceiro e não da conduta do próprio ofendido. Esse menor poder de evitação relaciona-se com déficits de controle e conhecimento do risco pelo ofendido.⁷¹⁰ Isso porque, na heterocolocação em risco consentida, não é a conduta do ofendido que cria ou majora o risco a que se expõe e, mesmo durante a exposição ao risco, o ofendido pode apenas tolerá-lo passivamente, sem dispor de qualquer ação que efetivamente influa no risco. Por isso, na relação entre dano ao bem jurídico e autonomia do ofendido há um certo distanciamento, pois o risco que leva diretamente à lesão não é proveniente do ofendido, mas sim da conduta do terceiro. Portanto, entre o dano e a autonomia do ofendido interpõe-se a conduta do terceiro. Em outras palavras, a ligação entre dano e autonomia do ofendido é mediatizada pelo terceiro. Isso não impede, contudo, que o dano ao bem jurídico do ofendido seja também expressão de sua autonomia, uma vez que foi necessária a conduta voluntária do ofendido de exposição ao risco para que a lesão ocorresse. Logo, o dano continua a ser marcado pelo exercício da autonomia do ofendido. Afirma-se, entretanto, que esta relação não possui a

⁷⁰⁹ Para o estudo da omissão na autocolocação em risco, vide tópico 4.3.1.1.

⁷¹⁰ ROXIN, Claus. *Der Streit um die einverständliche Fremdgefährdung*, cit., p. 658.

princípio a mesma força e intensidade presentes na autocolocação em risco, na qual o dano e a conduta do ofendido ligam-se diretamente, sem a intermediação de uma outra pessoa.

Portanto, conclui-se que a conduta do ofendido imprime o caráter consentido à heterocolocação em risco. Esta conduta consiste na exposição voluntária ao risco criado pelo terceiro, cabendo ao ofendido apenas a mera tolerância ao perigo, sem possibilidade de nele influir, sendo, mesmo assim, tal conduta expressão da autonomia do ofendido, ainda que seja mediatizada pela conduta do terceiro.

4.4.3.3. Aspectos subjetivos

Realizado o exame dos aspectos objetivos da conduta do ofendido, empreende-se, a partir deste momento, o exame dos traços subjetivos da sua conduta, discutindo-se também as hipóteses de erro e de eventual superioridade de conhecimento e vontade do terceiro.

A conduta do ofendido ao expor-se à colocação em risco pressupõe a presença de certos elementos subjetivos para que possa ser entendida como manifestação de sua autonomia e, por essa razão, expressão de seu assentimento em relação ao risco de origem alheia.

Inicialmente, verifica-se que a relevância do elemento subjetivo na conduta do ofendido é uma exigência do próprio conceito de heterocolocação em risco consentida. CLAUS ROXIN, desde seu escrito inicial acerca do tema, expressamente inclui na definição de heterocolocação em risco consentida a necessidade de que a conduta de exposição do ofendido seja em plena consciência do risco que provém do terceiro.⁷¹¹ Deve-se lembrar que é autônoma a conduta do ofendido se ele tem o conhecimento do risco e de sua extensão.⁷¹² No entanto, ROXIN não traz maiores detalhamentos sobre o conteúdo destes elementos subjetivos do ofendido, embora seja possível extraí-los do próprio caráter

⁷¹¹ No original: „Eine unmittelbar angrenzende Fallgruppe betrifft den Sachverhalt, daß jemand nicht selbst gefährdende Handlungen vornimmt oder sich in eine schon bestehende Gefahr hineingibt, sondern sich der von einem anderem erst drohenden Gefährdung im vollen Bewußtsein des Risikos aussetzt. Die Sachverhalte werden in der bisherigen Literatur und vor allem auch in der Rechtsprechung nicht geschieden. Sie sollten aber getrennt werden“ (ROXIN, Claus. Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, cit., p. 249-250). Atualmente, o mesmo conceito pode ser encontrado em: ROXIN, Claus. Der Streit um die einverständliche Fremdgefährdung, cit., p. 655-656.

⁷¹² PUPPE, Ingeborg. Vorbemerkungen zu §§ 13 ff, cit., p. 503.

autônomo da conduta. Deste modo, assim como empreendido nos tópicos anteriores, passa-se ao desenvolvimento destes elementos subjetivos, procurando extrair deles regras importantes para o reconhecimento do instituto da heterocolocação em risco em um determinado contexto fático.

Uma vez que a conduta deve ser reflexo da autonomia do ofendido, pode-se traçar um paralelo com os elementos subjetivos da conduta de autocolocação em risco, porquanto também na heterocolocação em risco consentida o ofendido está no exercício de sua autonomia.⁷¹³ Para isso, analisam-se os elementos cognitivo e volitivo do ofendido, bem como se discute eventual disparidade entre o terceiro ofensor e o ofendido nos aspectos subjetivos.

Primeiramente, examina-se o elemento cognitivo do ofendido, ou seja, o conhecimento que possui sobre a colocação em risco a que se expõe. Tal como nos casos de autocolocação em risco, o conhecimento do ofendido deve referir-se aos aspectos essenciais do risco, que se revelam na existência do risco e em seu provável desenvolvimento. Deste modo, o ofendido age sabendo do estágio inicial do risco e do prognóstico acerca de seu aumento, diminuição ou manutenção, ou mesmo sua imprevisibilidade. Este provável desenvolvimento do risco é interpretado como seu desenrolar adequado e, por conseguinte, deve figurar no conhecimento do ofendido um prognóstico de sua evolução conforme as usuais regras de experiência aplicáveis àquele risco concretamente considerado.

Ao lado dos aspectos essenciais da existência do risco e de seu provável desenvolvimento, acrescenta-se nas hipóteses de heterocolocação em risco consentida um terceiro elemento que deve ser conhecido pelo ofendido: a mera tolerância do risco. A mera tolerância do risco é essencial e deve ser conhecida pelo ofendido, uma vez que ela caracteriza a própria heterocolocação em risco consentida. Apenas nos casos em que ao ofendido nada pode fazer em relação ao risco senão tolerá-lo há heterocolocação em risco consentida. Portanto, um aspecto essencial do risco é o fato de que o ofendido deve suportá-lo sem possibilidade de influir diretamente para cessá-lo ou diminuí-lo. É importante o conhecimento deste fator pelo ofendido na heterocolocação em risco porque – diferentemente da autocolocação em risco – o risco não tem origem na conduta do ofendido, mas sim na conduta do terceiro. Isso significa que o risco em sua forma,

⁷¹³ Vide tópico 4.3.1.2.

intensidade, desenvolvimento e demais traços não é moldado pela conduta do ofendido, mas sim pelo terceiro. Há, portanto, um afastamento entre o risco, com suas características, e a conduta do ofendido. O ofendido apenas expõe-se a um risco existente e não pode alterar em seu curso. Uma vez que nada pode fazer para modificar ou influir no risco e seu desenvolvimento, deve o ofendido então saber que sua relação com o risco é marcada por esta necessária passividade. Deste modo, é possível construir uma relação entre autonomia do ofendido, o risco e eventual dano decorrente, porquanto este traço essencial do perigo era de seu conhecimento quando se decidiu pela exposição ao risco.

Viu-se então que o ofendido, ao realizar a conduta de exposição ao risco alheio, deve saber que o risco existe, seu provável desenvolvimento e especialmente que apenas pode tolerá-lo, sem influência em seu curso. Sem o conhecimento de algum desses elementos, a conduta do ofendido não pode ser qualificada como autônoma e, portanto, não resta caracterizado o caráter consentido à heterocolocação em risco.

Mas é preciso examinar o conhecimento destes aspectos essenciais do risco com maior profundidade. Tal como nas hipóteses de autocolocação em risco, o conhecimento dos aspectos essenciais do risco pelo ofendido deve se dar em um grau mínimo e suficiente do elemento subjetivo cognitivo. Ainda que o ofendido possa conhecer ou desconhecer outras informações sobre o risco, importa que ele tenha ao menos consciência de seus aspectos essenciais para qualificar-se como consentida sua conduta de exposição ao risco de terceiro. Por consequência, eventuais desconhecimentos de fatores que ultrapassam estes aspectos essenciais não têm o condão de afastar o caráter consentido da conduta. Além disso e conforme já ressaltado quando do estudo dos aspectos subjetivos da autocolocação em risco, deve-se aceitar a existência de um inerente grau de desconhecimento nas situações arriscadas, porquanto todo risco pressupõe uma considerável parcela de desconhecimento. Esse grau de desconhecimento pelo ofendido pode ser maior em relação ao provável desenvolvimento do risco, dado que se volta a fatos futuros, cuja ocorrência é incerta. Por isso, deve-se verificar este conhecimento com base nas circunstâncias concretas e já existentes do risco e, a partir de então, construir um prognóstico sobre como o risco provavelmente se desenvolverá. Portanto, a base para a aquisição deste conhecimento futuro são os fundamentos presentes do risco.

Sabe-se, além do mais, que o conhecimento do caráter necessariamente passivo do comportamento de mera tolerância do ofendido deve ser por ele conhecido. O caráter passivo da conduta do ofendido relaciona-se com o momento presente do risco e sua

projeção futura, ou seja, este traço pode já se revelar logo no momento em que o ofendido tem o contato inicial com o risco – isto é, sabe da existência do risco – como posteriormente, durante o desenvolvimento do perigo. A necessária consciência desta faceta pelo ofendido também revela certo grau de desconhecimento, uma vez que se está sempre a falar de riscos e de incertezas. Contudo, pode-se afirmar que o ofendido, ao expor-se ao risco, deve minimamente saber que aquele perigo – seja qual for o momento, modo ou duração – pode configurar-se de tal modo que sua mera tolerância é tudo que o ofendido pode fazer. Portanto, pode ser incerto o “se” e o “como” o risco se tornará inalcançável ao ofendido, porém ele ao menos deve saber que esse momento poderá ocorrer e ele apenas terá de tolerar o perigo.

Ao se tratar dos aspectos subjetivos do ofendido, não se pode deixar de enfrentar questões relativas ao erro. A análise mais uma vez tem como paralelo o estudo empreendido quando da análise da autocolocação em risco. Parte-se da ideia de que o ofendido, ao realizar sua conduta, lida com o risco e, conseqüentemente, não se pode caracterizar como erro a afastar a natureza autônoma de sua conduta um certo grau de desconhecimento dos fatos intrínseco a situações de risco. Deixa de ser consentida a heterocolocação em risco somente se o erro afeta os aspectos essenciais do risco, estes últimos entendidos como a existência do risco, seu provável desenvolvimento e a necessária tolerância do risco por parte do ofendido.

Especificamente quanto à existência do risco, tem-se que o ofendido, ao se expor ao perigo de origem alheia, deve saber que o risco efetivamente existe e a sua intensidade. Logo, fala-se em erro caso ele tenha uma falsa apreciação dos fatos que lhe faça crer na inexistência do risco ou então na suposta baixa intensidade do perigo. Já no tocante ao provável desenvolvimento do risco, é possível a caracterização de erro nos casos em que o ofendido detém um falso conhecimento sobre a evolução do risco, mais precisamente, quando a intensidade do risco é muito maior do que o prognóstico realizado pelo ofendido, o qual é baseado nas circunstâncias concretas de que dispunha ao realizar a conduta de exposição ao perigo. Igualmente, cogita-se a possibilidade de erro quanto à necessária tolerância do risco pelo ofendido. Neste caso, o ofendido tem a falsa percepção da realidade quanto às suas possibilidades de influir no curso do risco durante sua exposição. Verifica-se o erro nos casos em que ele acredita poder diminuir ou cessar o risco conforme sua vontade, porém, após colocar-se no risco alheio constata que apenas pode tolerar passivamente o risco e que não pode interferir diretamente no risco. Note-se

que o erro aqui não consiste em uma falsa percepção sobre o quanto o ofendido pode ou não intervir no risco, mas sim um entendimento equivocado sobre se ele pode intervir, ou seja, o erro deve revelar-se na própria possibilidade de intervenção, não no modo ou grau de intervenção, uma vez que estas variantes podem inserir-se na parcela de desconhecimento intrínseca ao risco. De fato, todo exame de situações de erro deve ser realizado sempre com consideração aos aspectos concretos da situação em que o ofendido está inserido, bem como a natural impossibilidade de se saber em profundidade todos os fatores ligados ao risco.

No mais, entende-se que apenas os erros invencíveis mostram-se relevantes, dado que o conhecimento real dos fatos pelo ofendido não lhe afigurava possível dentro do contexto fático em que estava inserido. Tal assertiva, no entanto, deve ser formulada com cautelas, uma vez que é impossível ao ofendido saber acerca de certos fatores do risco em razão de suas próprias características, isto é, são informações sobre o risco que não são e não podem ser conhecidas, porquanto encontram-se em uma inalcançável zona de desconhecimento. Exige-se, assim, apenas que o sujeito saiba que o risco a que se expõe tem uma parcela que não pode ser conhecida. Ao saber dos limites do conhecimento do risco, o ofendido tem ciência de que certos aspectos não podem ser conhecidos e deixa de haver uma falsa apreciação da realidade. Além disso, ainda que o sujeito ignore a impossibilidade de conhecimento de certos fatores, ele deve ter presente que está a expor-se a um risco e por essa razão há necessariamente limites ao conhecimento, ou seja, nunca é possível saber, sem algum grau de dúvida, como ele se desenvolverá. Portanto, o ofendido deve saber que lhe é impossível ter conhecimento completo do risco e, por isso, eventual erro não é relevante, na hipótese de ele julgar-se consciente de todos os aspectos do perigo sem qualquer limitação.

Por fim, o erro vencível não descaracteriza a heterocolocação em risco, na medida em que é escolha do próprio ofendido deixar de obter informações sobre o risco e manter sua apreciação errônea sobre os fatos. Logo, sua conduta é autônoma, pois o desconhecimento é resultado de suas escolhas livres.

Outro elemento subjetivo que deve estar presente para a caracterização da heterocolocação em risco consentida é a vontade de arriscar-se por parte do ofendido. Não é possível afirmar-se o caráter consentido de uma conduta de exposição ao risco originado de terceiro sem que o ofendido tenha em si a vontade em realizar o ato de assentimento. Esta vontade do ofendido revela-se no querer expor-se ao risco. Importa,

acima de tudo, que a conduta do ofendido seja expressão de sua autonomia e isto se verifica pela vontade de expor-se ao risco, independentemente do objetivo que ele possui com essa ação. Uma vez que a vontade tem como conteúdo a exposição ao risco alheio, há exercício da autonomia em sua conduta, embora possa ocorrer o resultado não desejado ou não ocorra o resultado desejado. Sublinha-se, tal como nas hipóteses de autocolocação em risco,⁷¹⁴ que a vontade de arriscar-se do ofendido se afere sem qualquer juízo acerca da razoabilidade ou da prudência do ato. A autonomia jurídica do ofendido não se liga a elementos moralizantes e nega-se a existência de deveres jurídicos do sujeito frente a si mesmo. O ato do ofendido, ao expor-se ao risco, permanece autônomo embora possa ser entendido por demais indivíduos como demasiadamente imprudente, irracional ou não razoável. Estes critérios não têm influência sobre o juízo definitivo do caráter autônomo das condutas e apenas relacionam-se com o aspecto moral da autonomia, que não interessa ao Direito Penal. O conteúdo da decisão não interfere em seu caráter juridicamente autônomo. Afirma-se a liberdade do indivíduo para fazer escolhas boas ou más, prudentes ou imprudentes, razoáveis ou não razoáveis. Cabe ao sujeito agir livremente em relação a si mesmo, sem limitações de cunho moral. Desta forma, é autônoma a conduta do indivíduo se ele, conhecendo o perigo, age com vontade de arriscar-se, ainda que não seja razoável ou prudente.

Ainda sobre o elemento subjetivo da conduta do ofendido, surgem questionamentos acerca da superioridade de conhecimento e da disparidade de vontades entre o ofendido e o terceiro. Mais especificamente, pode-se cogitar em que medida isso afastaria o caráter consentido da conduta de heterocolocação em risco pelo ofendido.⁷¹⁵ Nestas hipóteses, o terceiro, cuja conduta dá origem à colocação em risco, sabe mais do que o ofendido acerca dos aspectos do risco ou possui vontade diferente em relação ao bem jurídico do ofendido. Novamente, parte-se da autonomia do ofendido como pressuposto para compreender estas duas situações.

Inicialmente, é possível que haja conflito entre as vontades do terceiro e do ofendido, especialmente nos casos em que o ofendido quer apenas colocar-se em risco, ao passo que terceiro almeja efetivamente a lesão de seu bem jurídico. Isto, no entanto,

⁷¹⁴ Vide tópico 4.3.1.2.

⁷¹⁵ Realiza-se um complemento aos estudos do tópico 4.4.2, no qual se discutiu a questão da superioridade de conhecimento e da vontade do terceiro sob o prisma do ofensor e sua influência para a caracterização da *heterocolocação em risco*. Neste ponto do estudo, entretanto, examina-se a relação entre a superioridade de conhecimento e vontade e o caráter “consentido” da heterocolocação em risco, voltando-se, portanto, à conduta do ofendido.

pouco altera o quadro da heterocolocação em risco consentida. Todas as análises devem ser realizadas conforme a autonomia do ofendido. Portanto, presente a vontade de arriscar-se no ofendido, sua conduta é voluntária e confere o caráter consentido à heterocolocação em risco, independentemente da vontade do terceiro ofensor. Logo, eventual desejo do terceiro quanto ao desfecho do risco, desde que não influa objetivamente no perigo, é irrelevante à voluntariedade da conduta do ofendido.⁷¹⁶ Além disso, relembra-se que nos casos de heterocolocação em risco consentida não se aplicam as normas relativas ao concurso de pessoas, afigurando-se desnecessária qualquer homogeneidade das vontades dos sujeitos. Isso se deve, por sua vez, ao fato de a heterocolocação em risco consentida consistir em instrumento que – diferentemente do concurso de pessoas – impede a aplicação da norma penal e, por isso, torna desnecessária a harmonia do elemento subjetivo volitivo dos sujeitos.

Suscita maiores controvérsias, no entanto, a questão relativa à superioridade de conhecimento sobre o risco. Nestes casos, o terceiro ofensor tem maior conhecimento sobre o risco, ou seja, ele sabe mais sobre a existência, intensidade, o provável desenvolvimento risco ou sobre a impossibilidade de reação direta do ofendido após iniciar-se a exposição, que apenas poderá tolerar o risco. Entretanto, defende-se que esta superioridade de conhecimento não impede, por si só, a caracterização da voluntariedade da conduta do ofendido, tornando consentida a heterocolocação em risco. Isto porque também neste campo as interpretações devem se dar em conformidade com a autonomia do ofendido, ou seja, objetiva-se apenas determinar se a conduta do ofendido se deu com um grau mínimo e suficiente de autonomia. Para essa tarefa, basta examinar o grau de conhecimento do próprio ofendido em relação ao risco, sendo irrelevante juízos de comparação com o terceiro. A autonomia individual, conforme já analisado, é medida pelo conhecimento e pela vontade dos sujeitos em si, não pela comparação em relação aos demais. Por isso, uma vez que o ofendido tem um conhecimento suficiente dos aspectos essenciais do risco e quer expor-se a ele, afirma-se a autonomia de sua conduta, ainda que o terceiro ofensor possua melhores conhecimentos do risco ou queira a lesão

⁷¹⁶ Não se pode confundir essa hipótese com o caso em que, por querer o dano do bem jurídico do ofendido, o terceiro cria risco cujo desenvolvimento é certamente a lesão. Nesta hipótese, o caráter inevitável do dano é fator que deve ser conhecido pelo ofendido e, caso não o seja, há vício na esfera do conhecimento que afasta a voluntariedade de sua conduta e o caráter consentido da heterocolocação em risco, permitindo-se a responsabilização do terceiro como autor.

ao bem jurídico do ofendido.⁷¹⁷ Em outras palavras, o conhecimento e a vontade do terceiro ofensor não influi na verificação da autonomia do ofendido, que deve ser constatada somente pela contraposição entre o aspecto subjetivo de sua própria conduta e o risco a que se expõe. Deste modo, o terceiro ofensor pode saber mais ou menos sobre o risco, querer a mera colocação em risco ou também a lesão do bem jurídico alheio, e isso não influirá para o caráter autônomo da conduta do ofendido.⁷¹⁸

Ainda no âmbito desta mesma linha de investigação, é interessante questionar-se sobre a existência de um possível dever de informação do terceiro ofensor que, por saber mais sobre o risco, teria a obrigação de comunicar ao ofendido sobre seus aspectos essenciais, proporcionando-lhe o conhecimento suficiente acerca do risco. Neste ponto, verifica-se importante diferença com a colaboração em autocolocação em risco. Afirmou-se, ao tratar da colaboração em autocolocação em risco,⁷¹⁹ que não há qualquer dever de informação do terceiro ofensor frente ao ofendido, pois não lhe cabe defender o ofendido contra si mesmo. Contudo, na heterocolocação em risco consentida o quadro fático é diferente.

Na heterocolocação em risco é o terceiro quem cria ou majora o risco ao bem jurídico do ofendido, enquanto na autocolocação em risco essa tarefa é atribuída ao próprio ofendido. Ao se fazer um paralelo entre ambas as figuras, vê-se que o terceiro colaborador não coloca em perigo os bens jurídicos do ofendido, mas apenas possibilita ou facilita que o próprio ofendido assim o faça. Por outro lado, na heterocolocação em risco consentida é da conduta do terceiro que provém o risco e o ofendido apenas se expõe a ele. Além disso, tem-se que a heterocolocação caracteriza-se, entre outros requisitos, pela conjunção de dois fatores: a criação do risco pelo terceiro ofensor somado ao fato de que o ofendido deve exclusivamente tolerar o perigo, sem possibilidade de nele influir diretamente com suas condutas. Portanto, após expor-se ao risco, o ofendido não tem a possibilidade de realizar qualquer conduta que possa diretamente cessar ou diminuir o perigo a seus bens jurídicos e, em razão disso, não se afigura possível que sua autonomia reflita diretamente no risco durante sua exposição. Consequentemente, a voluntariedade da conduta do ofendido e o exercício de sua autonomia só podem ser verificadas em um

⁷¹⁷ PUPPE, Ingeborg. Vorbemerkungen zu §§ 13 ff, cit., p. 503-504. Concordando com a opinião de INGEBORG PUPPE: GRECO, Luís. *Um Panorama da teoria da imputação objetiva*, cit., p. 74.

⁷¹⁸ Eventual relevância de um conhecimento ou vontade superior pelo ofendido ocorre nos casos em que, negada a heterocolocação em risco consentida, o terceiro ofensor lesa ou coloca em perigo bem jurídico alheio sem o assentimento do ofendido, tornando-se autor de um delito.

⁷¹⁹ Vide tópico 4.3.2.2.

único momento: ao realizar a conduta de exposição ao risco. É no momento em que se inicia a exposição ao risco que o ofendido deve ter o conhecimento dos fatores essenciais do risco, aptos a possibilitar o caráter autônomo da conduta. Depois, nada mais lhe resta senão tolerar o risco e, por não lhe serem possíveis outras condutas, não há como afirmar se permanece voluntária e autônoma sua conduta. Por isso, caso o ofendido adquira o conhecimento suficiente do risco somente após o início e durante sua exposição, tal circunstância não confere em princípio a necessária voluntariedade à sua conduta. Deste modo, a heterocolocação em risco deve ser consentida já quando se inicia a exposição ao risco.

Estes traços da heterocolocação em risco impõem ao terceiro ofensor uma maior atenção quanto à voluntariedade da conduta do ofendido. Eventual dano aos bens jurídicos do ofendido é decorrência da realização de um risco criado pelo terceiro e é reduzida a possibilidade de exercício da autonomia do ofendido durante a exposição ao risco. Sem o assentimento do ofendido, a conduta do terceiro ofensor leva à lesão ao bem jurídico alheio. Por essa razão, deve o terceiro cuidar para que o risco que ele cria não se dirija a bens jurídicos de terceiros que não se expõem voluntariamente ao risco. Em outras palavras, deve o terceiro evitar que seu risco atinja sujeitos que não possuam o conhecimento dos aspectos essenciais do risco, uma vez que, depois de iniciada a exposição, o ofendido só poderá tolerar o risco. Portanto, na medida em que o terceiro ofensor cria riscos cujos aspectos essenciais não são conhecidos pelo ofendido, estas lacunas cognitivas devem ser supridas para que o ofendido realize voluntariamente sua conduta de exposição ao risco.

Afirma-se então que, havendo superioridade de conhecimento pelo terceiro ofensor, de modo que a disparidade cognitiva resulte em um conhecimento dos aspectos essenciais do risco pelo ofensor, mas não pelo ofendido, existe um dever de informação do terceiro ofensor frente ao ofendido, exclusivamente para que o ofendido tenha conhecimento dos aspectos essenciais do risco e possibilite que sua conduta de exposição ao risco seja autônoma e voluntária. Destaca-se que não é necessário que haja uma igualdade de conhecimento entre terceiro ofensor e ofendido, mas sim que se proporcione ao ofendido elementos para que saiba suficientemente sobre os aspectos essenciais do risco, aceitando-se que eventualmente alguns sujeitos saibam mais sobre o risco do que o próprio ofendido.

Este dever de informação, contudo, deve ser entendido de modo restrito. Não se afirma que o terceiro ofensor tem a obrigação de esclarecer o ofendido em todo e qualquer caso acerca do risco ou mesmo de certificar-se que sua conduta é suficientemente voluntária. Nos casos em que o ofendido já possui o necessário conhecimento dos aspectos essenciais do risco, não é necessário que o terceiro verifique se o ofendido sabe suficientemente sobre o risco. O vetor é como sempre a autonomia do ofendido e, uma vez que o ofendido tem o necessário conhecimento do perigo e exerce com sua conduta de modo autônomo, deixa de haver razão para que o terceiro ofensor leve ao ofendido as informações essenciais do risco. Em outras palavras, este dever de informação tem como fim o exercício da autonomia do ofendido. Sendo conhecido o risco pelo ofendido e afigurando-se este conhecimento suficiente ao exercício da autonomia, não há necessidade de esclarecimentos por parte do terceiro ofensor.

Este dever de informar o ofendido sobre o risco manifesta aparentemente traços paternalistas, uma vez que se procura com essa intervenção de algum modo proteger o indivíduo contra si mesmo. Este paternalismo moderado, no entanto, é aceito na medida em que tem como objetivo proporcionar ao ofendido os requisitos para o exercício de autonomia, não simplesmente para impedi-lo de expor-se ao risco. Em outras palavras, não se impõe ao terceiro ofensor o dever de proteger os bens jurídicos do ofendido contra sua vontade, tolhendo sua liberdade, mas apenas se identifica a necessidade de informar o ofendido sobre os riscos que ele está a se expor e assim suprir eventual desconhecimento para que sua conduta se revista verdadeiramente de autonomia.⁷²⁰

Acrescenta-se que eventual descumprimento do dever de informação pelo terceiro ofensor não implica diretamente na responsabilização do terceiro. Uma vez que o ofendido não dispunha de conhecimentos suficientes sobre o risco e não foi informado pelo terceiro ofensor com superioridade de conhecimento, afasta-se o caráter consentido da heterocolocação em risco e, como não há o exercício da autonomia do ofendido, torna-se possível a responsabilização penal do terceiro por sua conduta. Em outras palavras, ausente o assentimento do ofendido tem-se um caso comum de lesão ao bem jurídico alheio e o terceiro ofensor torna-se autor de um delito, que pode ser responsabilizado penalmente por sua conduta, se verificados os demais elementos para tanto.

⁷²⁰ Acerca do paternalismo, vide FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of Criminal Law*, cit., p. 12.

Ilustra-se o quanto foi dito com os seguintes exemplos. O ofendido, ao participar de corrida ilícita de automóveis como passageiro em princípio tem conhecimento suficiente do risco, desde que saiba que tomará parte na disputa e que apenas poderá tolerar o risco até o fim da corrida. Uma vez que, em regra, os riscos de tal atividade são comumente sabidos, não é dever do condutor alertar o ofendido acerca dos riscos. Outra situação ocorre em tratamentos médicos especialmente arriscados, dado que o ofendido que a ele se submete sabe que se coloca em um risco, porém a intensidade, prováveis desenvolvimentos e a impossibilidade de intervenção no risco pelo próprio ofendido são de conhecimento exclusivo do médico. Nesta hipótese, cabe ao terceiro ofensor informar ao ofendido acerca dos riscos.

Em conclusão, vê-se que o ofendido que se expõe a um risco de terceiro deve manifestar certos traços no aspecto subjetivo de sua conduta para que possa conferir o caráter consentido à heterocolocação em risco. Por isso, deve ter conhecimento dos aspectos essenciais do risco, os quais se consubstanciam na própria existência do risco, no seu provável desenvolvimento e, especialmente, na necessária mera tolerância do risco após iniciada a exposição. Estes elementos constituem um grau mínimo cognitivo que viabiliza o caráter autônomo da conduta, sendo que, por se tratar de riscos, deve-se sempre considerar um inerente grau de desconhecimento do perigo. Além disso, o ofendido deve realizar sua conduta animado pela vontade de arriscar-se, que se verifica na vontade de expor-se ao risco que provém do terceiro e que consiste no exercício de sua autonomia, sendo indiferente que o ofendido tenha como finalidade apenas colocar-se em risco ou então se ele deseje também o resultado lesivo ao seu bem jurídico. Por fim, eventual superioridade de conhecimento pelo terceiro ofensor não afasta o caráter consentido da heterocolocação em risco, caso o ofendido possua o suficiente conhecimento dos aspectos essenciais do risco. Caso o ofendido não saiba do risco, é dever do terceiro informá-lo, porquanto o risco provém de sua conduta e o ofendido, depois de expor-se ao perigo, apenas pode tolerá-lo, sem possibilidade de nele intervir.

4.4.4. Casos de heterocolocação em risco consentida

Por fim, assim como realizado no exame da autocolocação em risco, apresentam-se alguns casos oriundos da jurisprudência alemã com o fim de ilustrar e dar concretude aos elementos teóricos apresentados nos tópicos anteriores. Não se trata, portanto, de uma

análise jurisprudencial propriamente dita ou de um juízo sobre as soluções adotadas concretamente nos julgados. Igualmente, não se discutem neste momento da investigação as consequências jurídicas das condutas, uma vez que a preocupação exclusiva deste capítulo é fornecer instrumental para a qualificação dos quadros fáticos como autocolocação em risco ou heterocolocação em risco consentida.

O primeiro destes casos é denominado de travessia do rio Memel⁷²¹ (*Memel-Fall* – RGSt 57, 172), julgado pelo *Reichsgericht* alemão em 1923. Neste caso, relata-se que dois passageiros pediram a um barqueiro para que os levasse a outra margem do rio Memel. Contudo, o barqueiro negou-se a fazê-lo em razão das más condições climáticas, alertando-os sobre o risco de vida que implicava a travessia do rio. Após a insistência dos passageiros, o barqueiro concordou em transportá-los naquelas condições. Apesar de navegar com cuidado devido, um dos passageiros caiu da embarcação e afogou-se.⁷²² Pelos critérios defendidos neste trabalho, o caso do rio Memel consiste em uma hipótese de heterocolocação em risco consentida. Isso porque o risco se origina da conduta do condutor do barco ao iniciar o transporte dos passageiros pelo rio durante uma tempestade. Por sua vez, os passageiros expuseram-se ao risco alheio ao entrar no barco e deixarem-se transportar, sendo tal conduta por eles consentida, pois sabiam suficientemente dos aspectos essenciais dos riscos inerentes à travessia do rio naquele momento específico, bem como queriam arriscar-se com o fim de chegar ao outro lado do rio. Além disso, verifica-se que, depois de iniciada a exposição ao risco, nada mais cabia aos ofendidos do que tolerá-lo até seu fim, porquanto não lhes era possível influir no risco diretamente com suas condutas.

Outro importante caso de heterocolocação em risco consentida relaciona-se com o uso de heroína (BGHSt 49, 34). Discute-se a hipótese na qual dois sujeitos decidem consumir heroína conjuntamente, porém um dos indivíduos já se encontrava em mau estado de saúde e, devido ao alcoolismo, sofria de tremores nas mãos. Em razão disso, ele pediu para que o outro usuário lhe injetasse a heroína, dado que não o podia fazer por si mesmo. Após consumir a droga, o outro usuário aplicou a injeção no ofendido, que

⁷²¹ Trata-se do rio Neman – nome em português –, que nasce na Bielorrússia e tem seu curso na Lituânia, servindo de fronteira deste país com o enclave russo de Kaliningrado. Utiliza-se aqui o nome em alemão – rio Memel – a fim de facilitar o debate, uma vez que já vem sendo adotado pela doutrina nacional (v. GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, cit., p. 75)

⁷²² RGSt 57, 172. LOTZ, Martin. *Die einverständliche, beidseitig bewusst fahrlässige Fremdschädigung*, cit., p. 73-77.

logo depois faleceu pelo uso da droga.⁷²³ Entende-se que esta também é uma hipótese de heterocolocação em risco consentida. Isso porque a colocação em risco tem origem na conduta do terceiro – no caso, o outro usuário – e ocorre no momento em que ele injeta a heroína no ofendido. Por sua vez, o ofendido apenas expõe-se ao risco sabendo de seus aspectos essenciais e com a necessária vontade de arriscar-se. Além disso, ao ofendido restava somente tolerar o risco do terceiro, sem possibilidade de influir diretamente no risco com suas condutas.

É interessante traçar paralelo deste segundo caso com a hipótese de autocolocação em risco tratada no tópico 4.3.3 (BGHSt 32, 262), em que o terceiro apenas fornece ao ofendido a seringa que se destinará ao uso da droga. Analisando-se conjuntamente ambos os casos, vê-se que a colocação em risco ocorre quando a heroína é injetada no corpo do indivíduo e, a depender de qual dos sujeitos realiza o ato, configura-se a autocolocação em risco ou heterocolocação em risco consentida.

Hipótese de heterocolocação em risco também pode ser encontrada em práticas sadomasoquistas (*Sadomasochismus-Fall* – BGHSt 49, 166). Em um caso específico, a ofendida pede a seu parceiro que durante o ato sexual cause-lhe asfixia com o uso de uma barra de ferro. O casal já havia realizado outras vezes tais atos, inclusive com asfixia, porém nunca com o uso daquele instrumento. Embora o terceiro tenha se mostrado reticente e alertado a ofendida quanto ao perigo da prática com tal instrumento, ele foi convencido pela própria ofendida a asfixiá-la com a barra de ferro. Após pressionar-lhe o pescoço com a barra de ferro algumas vezes e por certo período, impedindo o fluxo de sangue ao cérebro, a ofendida teve uma parada cardíaca e faleceu.⁷²⁴ Este, por sua vez, é um caso de heterocolocação em risco consentida, porquanto o risco origina-se da conduta do terceiro ofensor ao pressionar o pescoço da ofendida com uma barra de ferro. As circunstâncias do risco eram conhecidas pela ofendida, que foi mais de uma vez alertada por seu parceiro acerca do perigo e teve de convencê-lo a realizar a conduta, bem como tinha a vontade de arriscar-se. Além disso, após realizada a exposição ao risco pela ofendida, mais precisamente, quando deixou o terceiro pressionar sua garganta, ela não poderia mais intervir no risco diretamente com suas condutas, mas apenas tolerá-lo até seu fim. É interessante notar neste caso que, ainda que ela pudesse pedir ao terceiro que

⁷²³ BGHSt 49, 34. LOTZ, Martin. *Die einverständliche, beidseitig bewusst fahrlässige Fremdschädigung*, cit., p. 115-124.

⁷²⁴ BGHSt 49, 166. LOTZ, Martin. *Die einverständliche, beidseitig bewusst fahrlässige Fremdschädigung*, cit., p. 124-128.

deixasse de pressioná-la com a barra de ferro, sendo provável que ele respeitaria o comando, ainda assim constata-se a mera tolerância ao risco, uma vez que o ato da ofendida – pedido de cessação do risco – depende de uma conduta do terceiro. Por isso, não há conduta direta da ofendida que possa influir no risco, mas apenas um ato que indiretamente teria esses efeitos.

Outro peculiar caso de heterocolocação em risco pode ser vislumbrado no caso de prestação de serviço cívico (*Zivildienst-Fall* – BGH NStZ 2003, 537). Neste caso, um jovem prestava serviço cívico – alternativa ao serviço militar na Alemanha – cuidando de um paciente com distrofia muscular. Em razão de seu estado de saúde, o sujeito apenas movia levemente seus dedos, mas conseguia comunicar-se. O paciente, alegando que desejava realizar uma fantasia sexual, convenceu o jovem a colocá-lo dentro de sacos plásticos e deixá-lo dentro de um *container* destinado ao recolhimento de lixo. A fim de determinar o jovem ao ato, o ofendido disse-lhe que já havia feito isso anteriormente e que pela manhã funcionários o retirariam de lá. No dia seguinte, o paciente foi encontrado morto por asfixia e hipotermia dentro do *container*.⁷²⁵ Esta é uma hipótese de heterocolocação em risco consentida. O terceiro ofensor – jovem que cuidava do paciente – deu origem ao risco com suas condutas, especialmente ao deixar o ofendido no *container* de lixo. Por sua vez, o ofendido sabia profundamente dos riscos, uma vez que o terceiro só agiu sob suas orientações, e queria colocar-se em risco. Além disso, não havia possibilidades de intervenção no risco pelo ofendido. Nada mais restava ao ofendido do que tolerar o risco durante todo seu desenvolvimento, especialmente porque sua paralisia o impedia de sair do *container* caso desejasse.

Contudo, os casos mais corriqueiros de heterocolocação em risco consentida ocorrem em situações ligadas ao trânsito. Nesse sentido, cita-se o caso dos surfistas de automóveis (*Autosurfer-Fall* – OLG Düsseldorf NStZ RR 1997, 325). Por diversão, jovens colocavam-se no teto de automóveis e nele “surfavam” com o conhecimento do motorista, que conduzia o veículo aproximadamente a oitenta quilômetros por hora. Durante esta perigosa atividade, um dos jovens cai do carro e lesiona-se gravemente.⁷²⁶ Pode-se identificar esta hipótese como heterocolocação em risco consentida, uma vez que o risco tem origem no motorista ao conduzir o veículo. Quando o carro é colocado em

⁷²⁵ BGH NStZ 2003, 537. ROXIN, Claus. *Strafrecht*, v. 1, cit., p. 412-413.

⁷²⁶ OLG Düsseldorf NStZ-RR 1997, 325. ROXIN, Claus. *Der Streit um die einverständliche Fremdgefährdung*, cit., p. 656. Comentários também em SAAL, Martin. *Zur strafrechtlichen Bewertung des "Auto-Surfens"*. *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, p. 49-54, 1998.

movimento com pessoas em cima dele, nasce o risco aos bens jurídicos alheios. O ofendido expõe-se a esse risco ao permanecer no teto do carro, com o necessário conhecimento e vontade, cabendo-lhe apenas tolerá-lo, sem outras possibilidades de influência. Uma vez em cima do teto de um carro em movimento, não é possível cessar o risco senão quando o automóvel efetivamente parar, o que só pode ser realizado pelo próprio motorista.

Um dos mais importantes casos de heterocolocação em risco consentida envolveu uma corrida de automóvel (*Autorennen-Fall* – BGHSt 53, 55). Neste caso, jovens realizavam testes de aceleração com seus automóveis em rodovias. Em uma destas corridas tomam parte dois sujeitos, um deles na condução do veículo e outro no banco de passageiros, a fim de disputar corrida com outros dois participantes em outro carro. Iniciada a corrida, avistam um terceiro carro transitando normalmente pela pista e que não participava da corrida. Após uma arriscada manobra de ultrapassagem, o condutor de um dos carros perde o controle do automóvel e colide. Em razão do acidente, o condutor do veículo fica ferido e o passageiro morre.⁷²⁷ Pelos critérios defendidos neste trabalho, entende-se que este caso é heterocolocação em risco consentida. Verifica-se que o risco ao bem jurídico do ofendido origina-se na conduta do terceiro ao conduzir o carro em alta velocidade. Por outro lado, o ofendido expõe-se a esse risco ao sentar-se no banco de passageiro durante a corrida, sendo que nada pode fazer para influir diretamente no risco. De igual modo, subjetivamente o ofendido sabia dos riscos e queria colocar em perigo seus bens jurídicos. Ainda que o ofendido peça ao motorista que deixe a corrida, o ato que diretamente pode cessar ou diminuir os riscos não estão nas mãos do ofendido (passageiro), mas nas do condutor. Portanto, a única conduta que o ofendido pode ter depois de iniciada a exposição ao perigo é tolerar o risco.

Por fim, ilustra-se uma heterocolocação em risco não consentida por meio do chamado *Motorrad-Fall* ou *Soziussitz-Fall* (RG JW 1925, 2250). O ofensor, que contava com pouco mais de dezoito anos, dirigia uma motocicleta sem possuir a habilitação legal, sendo que no banco traseiro encontrava-se o ofendido, consciente de que o condutor não era habilitado. Logo no início da viagem, o condutor percebeu que os freios não funcionavam regularmente, porém mesmo assim continuou a direção. Entretanto, o ofendido não sabia da falha nos freios. Ao fazer uma curva em alta velocidade, a

⁷²⁷ BGHSt 53, 55. LOTZ, Martin. *Die einverständliche, beidseitig bewusst fahrlässige Fremdschädigung*, cit., p. 129-138.

motocicleta colide com um carro. Em razão do acidente, o condutor acaba se ferindo, mas o ofendido vem a falecer.⁷²⁸ Nesta hipótese tem-se uma heterocolocação em risco que não foi consentida pelo ofendido. A heterocolocação em risco verifica-se pelo fato de que o terceiro, condutor da motocicleta, deu origem ao risco ao iniciar a viagem com o ofendido no banco traseiro, especialmente ao dirigir em alta velocidade uma motocicleta com defeito nos freios. Contudo, neste caso afirma-se que o ofendido não possuía o necessário conhecimento dos aspectos essenciais do risco, uma vez que desconhecia a existência de problema nos freios do veículo. Este fato era de conhecimento do terceiro ofensor, que deveria suprir esta lacuna cognitiva do ofendido a fim de tornar consentida a heterocolocação em risco. Consta-se, assim, um conhecimento superior por parte do terceiro ofensor e um insuficiente conhecimento pelo ofendido, afastando a voluntariedade da conduta de exposição ao risco. Deste modo, ainda que verse o caso sobre uma heterocolocação em risco, vê-se que ela não foi consentida pelo ofendido, uma vez que ele não tinha o suficiente conhecimento dos aspectos essenciais do risco.

⁷²⁸ RG JW 1925, 2250. LOTZ, Martin. *Die einverständliche, beidseitig bewusst fahrlässige Fremdschädigung*, cit., p. 77-81.

QUINTO CAPÍTULO – CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA COLOCAÇÃO EM RISCO DO OFENDIDO

Determinados os conceitos de autocolocação em risco, colaboração em autocolocação em risco e heterocolocação em risco consentida, parte-se para o exame de suas consequências jurídicas. Neste capítulo, procura-se abordar a responsabilidade jurídico-penal do terceiro – colaborador ou ofensor – inserido no cenário fático de uma colocação em risco do ofendido, bem como os instrumentos dogmáticos mais adequados para compreender este fenômeno jurídico. O fio condutor destes questionamentos é, mais uma vez, a autonomia do ofendido. Pretende-se demonstrar que, uma vez que a conduta do ofendido é suficientemente autônoma, ela deve ser respeitada pelo Direito Penal, implicando na impossibilidade reprovação penal do ofendido e do terceiro, rejeitando-se intervenções paternalistas diretas e indiretas. Além disso, reputa-se igualmente importante apontar o instrumento dogmático mais adequado para o respeito da autonomia do indivíduo como forma de concretizar as barreiras ao poder de punir do Estado.

Quanto ao desenvolvimento deste capítulo, inicia-se a investigação pelo estudo da autorresponsabilidade da conduta de autocolocação em risco. A seguir, propõe-se uma análise crítica das regras do consentimento e das regras da exculpação, que são as abordagens teóricas mais correntes para se aferir a autorresponsabilidade das condutas de colocação em risco. Após, parte-se ao exame da imputação objetiva como instrumento dogmático adequado à solução dos casos de colaboração em autocolocação em risco.

Em tópico posterior, serão abordadas as consequências jurídicas da heterocolocação em risco consentida. Após caracterizá-la como conduta autorresponsável do ofendido e digna de proteção, discutem-se os instrumentos dogmáticos capazes de oferecer respostas adequadas às hipóteses de heterocolocação em risco consentida. Aqui a investigação se debruçará sobre a proposta de aplicação do consentimento do ofendido à heterocolocação em risco consentida autorresponsável e, posteriormente, analisará a alternativa indicada por CLAUS ROXIN, que defende sua equiparação com a autocolocação colocação em risco autorresponsável e a consequente aplicação da teoria da imputação objetiva, propondo-se uma leitura própria do instituto.

5.1. A colocação em risco como conduta autorresponsável

Em primeiro lugar, é necessário estabelecer as balizas que determinam em quais casos a colocação em risco torna-se autorresponsável, este último um conceito eminentemente normativo.⁷²⁹ A mera qualificação de certas condutas como colocação em risco, tanto na autocolocação quanto na heterocolocação em risco consentida, não são suficientes para limitar o poder de punir. É o caráter efetivamente autônomo da conduta do ofendido ao colocar em risco seus bens jurídicos que impede a responsabilização jurídico-penal.

O caráter autônomo da conduta do indivíduo manifesta-se em várias facetas. Como já analisado no capítulo antecedente, a própria qualificação das condutas do ofendido como autocolocação em risco e como exposição consentida à heterocolocação em risco já trazem à tona importantes traços da autonomia do ofendido, especialmente em suas facetas subjetivas, uma vez que exigem o seu conhecimento acerca dos aspectos essenciais do risco, além da vontade de arriscar-se. Estes, no entanto, consistem tão somente em requisitos mínimos para iniciar-se a verificação do caráter autônomo da conduta.⁷³⁰

Com efeito, a autonomia do indivíduo também influi diretamente na qualificação das condutas como autorresponsáveis. Neste ponto, o exame da autonomia do sujeito torna-se mais profundo e completo, ultrapassando as simples exigências acerca do conhecimento e da vontade quanto à colocação em risco. Ao se qualificar como autorresponsável a conduta do ofendido, a ação ou omissão passa a ser entendida como suficiente exercício da autonomia e, por isso, deve ser respeitada – e não reprovada – pelo Direito Penal, consubstanciando-se deste modo em importante obstáculo à aplicação da norma penal incriminadora.

Portanto, se inicialmente a autonomia do ofendido serve à qualificação das condutas como autocolocação em risco e exposição consentida à heterocolocação em risco, ela também se presta em um segundo momento a determinar as consequências jurídicas advindas destas situações ao torná-las autorresponsáveis.

⁷²⁹ FRISCH, Wolfgang. Selbstgefährdung im Strafrecht, cit., p. 3.

⁷³⁰ No original: “Die bewusste Selbstgefährdung einer verantwortlichen Person ist damit nicht *per se* eigenverantwortliche Selbstgefährdung, vielmehr kann bei Vorliegen solcher Gründe das Ergebnis auch Verneinung einer verantwortlichen Selbstgefährdung sein“ (FRISCH, Wolfgang. Selbstgefährdung im Strafrecht: Grundlinien einer opferorientierten Lehre vom tatbestandsmäßigen Verhalten. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1992, p. 3).

É estreita a relação entre a autorresponsabilidade da conduta e suas consequências jurídicas. A ofensa ao caráter autorresponsável da conduta por meio da reprovação penal é entendida como interferência estatal paternalista, uma vez que confere ao terceiro eventualmente envolvido na situação a posição de tutor do ofendido.⁷³¹ Esta intervenção paternalista, contudo, não pode ser aceita sem qualquer questionamento. Afinal, a autorresponsabilidade liga-se à ideia de autonomia e dignidade da pessoa humana, deslegitimando a atuação do poder punitivo e a intervenção estatal nas esferas de autodeterminação do sujeito. Este obstáculo ao Direito Penal, decorrente da proteção à dignidade da pessoa humana, deve também ter reflexos não só em relação ao ofendido, mas também em relação a terceiros, limitando a responsabilidade destes últimos em atos que tem como fundamento a liberdade de agir do titular do bem jurídico.⁷³² Em outras palavras, o caráter autorresponsável da conduta do ofendido afasta a incidência do Direito Penal ao titular dos bens jurídicos e também aos demais sujeitos que se encontram ligados à conduta do ofendido. Cada sujeito é responsável por suas próprias condutas, do que decorre a ausência de responsabilidade de terceiros pelas condutas autorresponsáveis alheias.⁷³³ Portanto, a função da autorresponsabilidade nas condutas de autocolocação em risco e de exposição consentida à heterocolocação em risco é servir como barreira à aplicação do Direito Penal ao ofendido e ao terceiro. Por outro lado, vê-se que o fim deste obstáculo ao poder punitivo é o respeito à autonomia e, por consequência, à dignidade da pessoa humana.

Contudo, a afirmação da autorresponsabilidade como pressuposto negativo à punibilidade dos sujeitos não basta para a proteção da autonomia da vontade do ofendido. É preciso estabelecer os **requisitos** que tornam possível afirmar que certa conduta é efetivamente autorresponsável e, portanto, reflexo da autonomia do sujeito e de sua dignidade.⁷³⁴ Desta forma, imprime-se concretude à autorresponsabilidade e permite-se a sua identificação na conduta do ofendido. Entretanto, não há consenso acerca dos

⁷³¹ GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, cit., p. 72. Igualmente: PUPPE, Ingeborg. *Strafrecht allgemeiner Teil*, cit., p. 88.

⁷³² TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*, cit., p. 387. Igualmente: FRISTER, Helmut. *Strafrecht allgemeiner Teil: Ein Studienbuch*. 4ª ed. Munique: Beck, 2009, p. 111-112.

⁷³³ KÜHL, Kristian. *Strafrecht allgemeiner Teil*, cit., p. 55; HAFT, Fritjof. *Strafrecht allgemeiner Teil: Eine Einführung für Anfangssemester*. 9ª ed. München: C.H. Beck, 2004, p. 57.

⁷³⁴ No original: “Der strafrechtliche Gebrauch des Prinzips ist nur im Zuge der Entwicklung einer Deliktslehre zulässig, in der die Eigenverantwortlichkeit zwar als Leitprinzip fungieren kann, aber nur im Verein mit Mechanismen, die dessen Anwendung im Einzelfall erst ermöglichen“ (REYES, Yesid. *Theoretische Grundlagen der objektiven Zurechnung. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 105, n. 1, 1993, p. 109-110).

elementos da autorresponsabilidade e não existem na legislação critérios que possam ser diretamente aplicados aos casos de colocação em risco.⁷³⁵ Na doutrina destacam-se **dois posicionamentos** distintos que, embora tenham semelhanças e nem sempre se mostrem conflitantes nos casos em concreto, utilizam diferentes critérios para determinar a autorresponsabilidade das condutas do ofendido. A primeira destas posições defende a aplicação das regras do consentimento do ofendido para se determinar a autorresponsabilidade da conduta, ao passo que a outra corrente sustenta a utilização das normas de exculpação do sujeito, ou seja, o manejo de regras que afastam a culpabilidade da conduta.⁷³⁶ O debate entre ambas as posições tem traços ideológicos e morais, sendo produto de valorações axiológicas.⁷³⁷ Ambas serão abordadas nos tópicos seguintes e, determinando-se, ao fim, detalhadamente os critérios para a aferição da autorresponsabilidade.

5.1.1. Autorresponsabilidade e regras do consentimento do ofendido

Inicialmente, procura-se aferir a autorresponsabilidade por meio das regras atinentes à figura do consentimento do ofendido, sendo esta posição atualmente adotada por grande parte da doutrina alemã.⁷³⁸

A adoção das regras do consentimento do ofendido como baliza para mensurar a autorresponsabilidade do ofendido traça um paralelo entre as colocações em risco e os casos de consentimento do ofendido, a fim de aplicar os requisitos de validade e eficácia dos atos de disposição dos bens jurídicos estabelecidos ao consentimento do ofendido também à colocação em risco.⁷³⁹ Há, portanto, uma relação comparativa entre o consentimento e a colocação em risco. Para justificar-se essa comparação, sustenta-se que os requisitos da autorresponsabilidade da colocação em risco do ofendido não devem ser menores do que aqueles impostos para afirmar-se validade do consentimento do ofendido direcionado à lesão de seus bens jurídicos por um terceiro, dado vez que em ambos os

⁷³⁵ CHRISTMANN, Hagen. *Eigenverantwortliche Selbstgefährdung und Selbstschädigung*, cit., p. 681; FRISCH, Wolfgang. *Selbstgefährdung im Strafrecht*, cit., p. 3.

⁷³⁶ GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, cit., p. 74; TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*, cit., p. 387; SCHMIDT, Rolf. *Strafrecht allgemeiner Teil*, cit., p. 63.

⁷³⁷ SCHNEIDER, Hartmut. Vorbemerkung zu den §§ 211 ff. In: JOECKS, Wolfgang; MIEBACH, Klaus (Orgs.). *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: §§ 185 - 262 StGB*. München: C. H. Beck, 2003, Rn. 37.

⁷³⁸ EBERT, Udo. *Strafrecht allgemeiner Teil*. 3ª ed. Heidelberg: Müller, 2001, p. 50. Igualmente: KREY, Volker; ESSER, Robert. *Deutsches Strafrecht allgemeiner Teil*, cit., p. 144-145.

⁷³⁹ MURMANN, Uwe. *Grundkurs Strafrecht*, cit., p. 169.

casos o ofendido lida com seus próprios bens jurídicos. Em outras palavras, o denominador comum entre a colocação em risco e o consentimento do ofendido é o bem jurídico em jogo, cuja periclitação ou lesão é assentida por seu titular. Portanto, caso se apliquem as regras do consentimento do ofendido para as lesões, elas também devem incidir nos casos de colocação em risco.⁷⁴⁰

A partir destes argumentos, defende-se que a autorresponsabilidade das condutas de colocação em risco é concretamente determinada a partir do preenchimento de diversos requisitos. Dentre as possíveis regras do consentimento aplicáveis à colocação em risco, apontam-se a disponibilidade do bem jurídico, a necessidade de o ofendido ser o único titular do bem jurídico, a capacidade de consentir enquanto possibilidade de avaliar o significado e o alcance da renúncia do bem jurídico, a ausência de coação, fraude ou violação de dever pessoal, além da manifestação prévia do consentimento de modo expresso ou concludente e a não violação de princípio expressos na ordem jurídica.⁷⁴¹ A isso acrescenta-se que impede o consentimento a embriaguez do ofendido ou mesmo abstinência de determinada substância em que o ofendido é viciado.⁷⁴²

A comparação das regras do consentimento com as regras da exculpação – que será objeto de tópico ulterior – informa que os resultados podem ser muitas vezes harmônicos.⁷⁴³ Em muitos casos, ainda que os referidos posicionamentos utilizem critérios diferentes, alcança-se o mesmo juízo acerca da autorresponsabilidade do ofendido. Isto se deve, acima de tudo, pelo fato de que ambos procuram determinar a autonomia da decisão do sujeito e os requisitos elencados para esse fim – seja no consentimento, seja na exculpação – estão sempre ligados às ideias de liberdade, capacidade e ausência de fatores externos ou internos que impeçam a manifestação da real vontade do indivíduo.

No entanto, a par da convergência de resultados na maioria dos casos, trata-se de duas construções teóricas distintas que, por este motivo, podem conduzir a conclusões

⁷⁴⁰ KÜHL, Kristian. *Strafrecht allgemeiner Teil*, cit., p. 58-59. Para melhor compreender esse argumento, é necessário relembrar que o Direito Penal alemão prevê expressamente em sua legislação hipóteses que se relacionam com a figura do consentimento, tais como o *homicídio a pedido* (§ 216 StGB) e o *consentimento em lesão corporal* (§ 228 StGB). Deste modo, para as colocações em risco que envolvem a vida do ofendido, aplicam-se os requisitos caracterizadores do *homicídio a pedido* e, no caso de colocação em risco que envolve a integridade física, incidiriam as barreiras do § 228 StGB relativas aos bons costumes.

⁷⁴¹ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*, cit., p. 388; MURMANN, Uwe. *Grundkurs Strafrecht*, cit., p. 169.

⁷⁴² KREY, Volker; ESSER, Robert. *Deutsches Strafrecht allgemeiner Teil*, cit., p. 145.

⁷⁴³ SCHMIDT, Rolf. *Strafrecht allgemeiner Teil*, cit., p. 63.

opostas. Ao confrontar as regras do consentimento em comparação com as balizas da exculpação, constata-se que aquelas são mais restritivas do que estas. Em outras palavras, as regras do consentimento impõem requisitos ao ofendido que tornam mais rigoroso o exame do caráter autônomo de sua conduta, reduzindo o número de condutas que podem ser consideradas autorresponsáveis. Consequentemente, tem-se que as condutas que são qualificadas como autorresponsáveis pelas regras do consentimento também o são pelos critérios da exculpação, porém a recíproca não é verdadeira, dado que muitas das condutas autorresponsáveis segundo as normas da culpabilidade não o seriam pelo prisma do consentimento.⁷⁴⁴

Defensores da aplicação das regras do consentimento afirmam que essa posição merece preferência justamente por ser mais rígida do que as regras de exculpação, especialmente no que diz respeito à integridade física e à vida do ofendido. Esse maior rigor, em termos mais concretos, apresenta-se, dentro do debate alemão, como uma decorrência dos §§ 216 e 228 do StGB, que regulam o homicídio a pedido e o consentimento em lesão corporal. Estes dispositivos exigem que o ofendido, ao pedir ao terceiro que o lesione, faça-o com seriedade (*Ernsthaftigkeit*) e impõe que o consentimento não ofenda os bons costumes.⁷⁴⁵ Estes requisitos, segundo esta vertente de pensamento, devem ser transpostos para as hipóteses de colocação em risco tal como aplicados nos casos de consentimento do ofendido. Constata-se, deste modo, o caráter comparativamente mais restritivo desta posição, porquanto no campo da culpabilidade inexistem preocupações com a seriedade de uma manifestação de vontade ou qualquer cláusula relativa à preservação dos bons costumes.

Ainda que seja adotada por grande parte da doutrina alemã, a aplicação das regras do consentimento como parâmetro da autorresponsabilidade merece críticas. Pode-se afirmar que a utilização das regras de consentimento não se mostra adequada ao ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que carece de embasamento legal. O consentimento do ofendido, a par de ser figura tradicionalmente reconhecida pela doutrina, não tem previsão expressa no Direito Penal brasileiro e suas regras são exclusivamente produto de discussões doutrinárias. Por isso, ao se pretender aplicar o consentimento do ofendido para determinar sua autorresponsabilidade, procura-se

⁷⁴⁴ KREY, Volker; ESSER, Robert. *Deutsches Strafrecht allgemeiner Teil*, cit., p. 144-145; SCHNEIDER, Hartmut. Vorbemerkung zu den §§ 211 ff., cit., Rn. 39.

⁷⁴⁵ SCHMIDT, Rolf. *Strafrecht allgemeiner Teil*, cit., p. 63.

mensurar a autonomia jurídica de um indivíduo com base em critérios que não tem como base normas jurídico-penais, mas sim uma construção que, embora aproxime-se do conteúdo de algumas normas, tem origem eminentemente doutrinária. Não se defende que esta crítica é um entrave absoluto para a aplicação das regras do consentimento, mas não se pode deixar de apontar este relevante aspecto quanto às fontes do direito, sendo preferível a aplicação direta ou analógica de normas postas pelo Legislador.

Uma segunda crítica que se pode fazer sobre a aplicação das regras do consentimento diz respeito diretamente aos critérios por ela utilizados. Afirma-se que os parâmetros trazidos pelo consentimento permitem uma indevida inclusão de preceitos eminentemente morais para a discussão sobre a autorresponsabilidade do ofendido. Isto pode ser percebido com clareza no condicionamento da validade do ato à conformidade com os bons costumes. Ainda que o Direito Penal brasileiro não disponha de normas sobre o consentimento do ofendido, nem sobre limitações expressas relativas aos bons costumes, tal como se vê no § 228 StGB do Direito Penal alemão, este elemento encontra-se presente na doutrina nacional acerca do tema, sendo interpretado como a “conformidade com a moral social em um determinado momento histórico”.⁷⁴⁶ Entretanto, não parece correto realizar juízos sobre a autorresponsabilidade de uma conduta com base em sua suposta adequação com padrões de moralidade, negando o seu caráter autônomo por colisão com quaisquer regras morais. A autorresponsabilidade e a inerente autonomia do indivíduo são aqui entendidos como categorias jurídicas, determinadas pelo Direito e não pela moral. Por essa razão, deve-se rejeitar a imposição de conformidade da conduta com bons costumes, sob pena de transformar um juízo de liberdade jurídica em conclusão moral sobre a conduta alheia.

Finalmente, é possível traçar uma terceira crítica no que diz respeito à necessidade do caráter disponível do bem jurídico em jogo. Afirma-se como requisito para o consentimento válido que o bem jurídico do ofendido deve ser disponível, o que acarreta especialmente a interdição de atos de disposição da vida. Mais uma vez, parece não ser adequado estabelecer uma relação necessária entre disponibilidade do bem jurídico e a natureza autorresponsável e autônoma da conduta do ofendido em colocação em risco. Isso porque as características dos bens jurídicos do ofendido não têm implicação na liberdade de sua decisão. O caráter autônomo da decisão verifica-se ao olhar a formação

⁷⁴⁶ PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido: na teoria do delito*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 126.

da vontade e a execução da conduta do indivíduo, sendo que características do bem jurídico pouco interessam para se alcançar este juízo. Não se discute aqui a possibilidade de indisponibilidade de certos bens jurídicos influir na validade do consentimento do ofendido, mas apenas sua inadequação como critério para aferição da autorresponsabilidade da conduta de colocação em risco.

Diante disso, conclui-se pela rejeição das regras do consentimento para a definição da autorresponsabilidade do ofendido em sua conduta de colocação em risco, especialmente porque os critérios propostos implicam na inserção indevida de elementos moralizantes na discussão eminentemente jurídica, assim como trazem elementos estranhos à aferição da autonomia das condutas para a formação do juízo acerca da autorresponsabilidade.⁷⁴⁷

5.1.2. Autorresponsabilidade e regras de exculpação

Propõe-se como alternativa à aplicação das regras do consentimento a adoção das regras relacionadas à culpabilidade como instrumento para a determinação da autorresponsabilidade. Note-se que esta posição já encontrou anteriormente maior acolhida no direito alemão e hoje é defendida por setor minoritário de sua doutrina,⁷⁴⁸ embora seja a mais apropriada para a compreensão da autorresponsabilidade,⁷⁴⁹ como se expõe a seguir.

Ao se aplicar as regras da exculpação para mensurar a autorresponsabilidade do ofendido, sua conduta é submetida às normas atinentes à formação do juízo de culpabilidade.⁷⁵⁰ Deste modo, afasta-se a autorresponsabilidade da conduta do ofendido caso sua ação ou omissão ocorra em situação na qual ele não seria considerado culpável, segundo as regras do Código Penal.⁷⁵¹ Mais concretamente, aplicam-se ao ofendido as

⁷⁴⁷ Note-se, por fim, que em virtude da grande aceitação das regras do consentimento como instrumental teórico para lidar com a questão da punibilidade do terceiro, especialmente em um cenário de heterocolocação em risco consentida, os principais contornos deste debate serão retomados e aprofundados no tópico 5.3.1., a cuja leitura se remete.

⁷⁴⁸ EBERT, Udo. *Strafrecht allgemeiner Teil*, cit., p. 50.

⁷⁴⁹ A favor das normas da exculpação: CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*: Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 2ª ed. Barcelona: Bosch, 2001, p. 360.

⁷⁵⁰ EBERT, Udo. *Strafrecht allgemeiner Teil*, cit., p. 50. Igualmente: KREY, Volker; ESSER, Robert. *Deutsches Strafrecht allgemeiner Teil*, cit., p. 144; MURMANN, Uwe. *Grundkurs Strafrecht*, cit., p. 169. A Doutrina alemã aponta os §§ 19, 20, 25 I, 35 StGB para esse fim.

⁷⁵¹ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*, cit., p. 388; EBERT, Udo. *Strafrecht allgemeiner Teil*, cit., p. 50.

normas referentes à imputabilidade penal e à inexigibilidade de conduta diversa. Nessa tarefa, as normas referentes à culpabilidade mostram-se apenas como uma referência legislativa e nem todos seus elementos encontram aplicação, uma vez que o ato do ofendido não se qualifica como um injusto penal.⁷⁵² Por isso, deixam-se de lado as considerações acerca da potencial consciência da ilicitude para determinar a autorresponsabilidade da conduta do ofendido, uma vez que sua conduta não é típica nem ilícita e por isso eventual consciência acerca de tais elementos não encontra uma razão de ser.

Justifica-se a aplicação analógica das normas da culpabilidade, porque elas se ocupam de aspectos do indivíduo relacionados diretamente à sua autonomia. Diferentemente da tipicidade e da antijuridicidade, a culpabilidade cuida especificamente da pessoa humana ao tratar dos elementos necessários para a reprovação do sujeito, elegendo-o como destinatário final do Direito Penal.⁷⁵³ A censura que decorre da culpabilidade fundamenta-se em atributos da capacidade, liberdade e consciência, essencialmente ligados à pessoa humana e à sua dignidade.⁷⁵⁴ Isso se vê de modo concreto nas ideias de imputabilidade e exigibilidade de conduta diversa. Pela imputabilidade exige-se que o sujeito seja capaz de ter consciência e autodeterminar sua conduta.⁷⁵⁵ Igualmente, a exigibilidade de conduta diversa baseia-se na liberdade do indivíduo e nas escolhas que faz ao exercê-la. Se não houver a necessária liberdade para que o agente opte pela conduta contrária ao Direito, torna-se impossível o juízo de reprovação pessoal pela culpabilidade.⁷⁵⁶ A culpabilidade, por meio da exigibilidade de conduta diversa, torna-se então um juízo de liberdade.⁷⁵⁷

A favor da aplicação das regras de exculpação no campo da autorresponsabilidade do ofendido afirma-se que, embora as normas da culpabilidade se refiram ao comportamento do autor de um delito, elas trazem critérios acerca da responsabilidade por um comportamento pessoal e por isso sua aplicação analógica ao casos de colocação em risco permite conclusões sobre o próprio ofendido.⁷⁵⁸ A este argumento acrescenta-se

⁷⁵² CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, cit., p. 361.

⁷⁵³ BRANDÃO, Cláudio. A culpabilidade na dogmática penal. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio (Orgs.). *Direito Penal contemporâneo: questões controvertidas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 196.

⁷⁵⁴ BRANDÃO, Cláudio. A culpabilidade na dogmática penal, cit., p. 210.

⁷⁵⁵ BRANDÃO, Cláudio. A culpabilidade na dogmática penal, cit., p. 210.

⁷⁵⁶ BRANDÃO, Cláudio. A culpabilidade na dogmática penal, cit., p. 208.

⁷⁵⁷ BRANDÃO, Cláudio. A culpabilidade na dogmática penal, cit., p. 210.

⁷⁵⁸ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, cit., p. 360.

que, diferentemente das regras do consentimento, as normas sobre a culpabilidade já se encontram positivadas no ordenamento jurídico, o que acaba por conferir maior segurança jurídica a esta proposta de aplicação.⁷⁵⁹ Assim, a utilização das regras de culpabilidade, ao permitirem definir a liberdade do ato praticado pelo ofendido em um contexto de colocação em risco, oferece maior aderência à vontade da lei e do legislador.⁷⁶⁰ Consequentemente, em comparação com as regras do consentimento, a incidência das normas da exculpação cria um campo maior para a liberdade e a não punibilidade de condutas ligadas à colocação em risco, especialmente porque afasta questionamentos morais da escolha do ofendido.⁷⁶¹

Destaca-se como argumento favorável à aplicação das regras da exculpação que, partindo-se de uma concepção de pessoa (*Menschenbild*) constitucional lastreada na dignidade da pessoa humana e em sua capacidade de autodeterminação, tanto o ofensor como o ofendido são sujeitos responsáveis. Por isso, do mesmo modo que o ofensor é submetido a um juízo de culpabilidade de suas condutas no qual se pressupõe a sua capacidade de ser responsável, o ofendido também pode ser avaliado sob as mesmas regras. Afinal, juízos contraditórios acerca da responsabilidade do ofensor e do ofendido devem ser evitados, a fim de construir uma concepção harmônica e conforme à *Menschenbild* constitucional. Por essa razão, defende-se que a responsabilidade do ofensor e do ofendido devem ser compreendidas de modo unitário, submetendo-se às mesmas regras.⁷⁶²

Por outro lado, suscitam-se críticas à adoção das regras de exculpação, sob o argumento de que elas não demonstrariam de modo suficiente que a conduta do ofendido seria uma manifestação de sua autodeterminação.⁷⁶³ Isso porque os parâmetros da culpabilidade são aplicados aos casos em que se procura afirmar a responsabilidade penal por um determinado ato e, nos casos de colocação em risco, não se questiona a responsabilidade penal do ofendido por seu próprio ato, mas sim se a provocação (*Auslösung*) da colocação em risco merece reprovação jurídica.⁷⁶⁴ Em outras palavras, as regras da exculpação não poderiam ser utilizadas, uma vez que estas normas servem para

⁷⁵⁹ SCHNEIDER, Hartmut. Vorbemerkung zu den §§ 211 ff., cit., Rn. 38; MURMANN, Uwe. *Grundkurs Strafrecht*, cit., p. 169.

⁷⁶⁰ CHRISTMANN, Hagen. *Eigenverantwortliche Selbstgefährdung und Selbstschädigung*, cit., p. 681.

⁷⁶¹ SCHNEIDER, Hartmut. Vorbemerkung zu den §§ 211 ff., cit., Rn. 38.

⁷⁶² FIEDLER, Ralf-Peter. *Zur Strafbarkeit der einverständlichen Fremdgefährdung*, cit., p. 119-121.

⁷⁶³ KREY, Volker; ESSER, Robert. *Deutsches Strafrecht allgemeiner Teil*, cit., p. 144-145.

⁷⁶⁴ MURMANN, Uwe. *Grundkurs Strafrecht*, cit., p. 169.

determinar a responsabilidade de um sujeito por seus atos antijurídicos contra bens jurídicos alheios. Por isso, não subsistiria um fundamento para utilizá-las como mensuração da responsabilidade por atos contra bens jurídicos próprios.⁷⁶⁵

Esta crítica, no entanto, não se pode ser aceita. O emprego das normas da culpabilidade como parâmetro para se aferir a autorresponsabilidade ocorre de modo analógico, efetuando-se as devidas adaptações. Esta analogia, por sua vez, fundamenta-se em um elemento comum entre a culpabilidade e a autorresponsabilidade, qual seja, a determinação do caráter autônomo da conduta do sujeito. Há, com efeito, uma forte ligação entre a ideia jurídica de autonomia, enquanto conceito normativo, e as normas relativas à culpabilidade.⁷⁶⁶ Uma vez que há normas penais que estabelecem os parâmetros para se afirmar a autonomia do sujeito quando realizou sua conduta, elas podem ser utilizadas para demarcar a autorresponsabilidade do ofendido nos atos contra si, ainda que também sejam aplicadas para permitir o juízo de reprovação penal das condutas contrárias aos bens jurídicos alheios. Como já ressaltado, as regras atinentes à culpabilidade consistem em mera referência normativa⁷⁶⁷ e podem ser utilizadas para fins diversos daqueles aos quais originalmente estabelecidas, pois servem, em todos os casos, para se verificar o caráter autônomo da conduta.

Todavia, esta aplicação analógica das normas da exculpação deve ser efetuada de modo cuidadoso. Antes de tudo, é necessário que os critérios legais da culpabilidade sejam entendidos como diretrizes para se determinar a autonomia do ofendido, propondo-se ir além dos critérios legais da culpabilidade. Isso porque as regras da exculpação fornecem tão somente um patamar do ordenamento jurídico-penal sobre os requisitos mínimos para afirmar o caráter autônomo do sujeito que realiza conduta ilícita contra bens jurídicos alheios. Verificados os pressupostos legais, torna-se possível o juízo de reprovação pessoal pelo ato, por ser autônoma a conduta típica e antijurídica. Caso contrário, não se considera autônoma a conduta e não se opera qualquer reprovação pessoal do ato, ainda que possam advir consequências jurídico-penais como a imposição de medida de segurança.

Já ao aplicar analogicamente essas regras para se aferir a autorresponsabilidade do ofendido, deve-se modular a incidência dos parâmetros a fim de adaptá-los ao novo

⁷⁶⁵ CHRISTMANN, Hagen. *Eigenverantwortliche Selbstgefährdung und Selbstschädigung*, cit., p. 681.

⁷⁶⁶ RENZIOWSKI, Joachim. *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997, p. 72.

⁷⁶⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, cit., p. 361.

cenário jurídico. Em primeiro lugar, a utilização das regras da culpabilidade em relação ao ofendido implica o afastamento da ideia de juízo de reprovação pessoal. Com a afirmação de sua autorresponsabilidade, não se pretende reprovar o ofendido por seu ato, já que a sua conduta não pode ser entendida como injusto penal por não ofender bens jurídicos alheios. Por isso, se os parâmetros legais originalmente objetivam a reprovação pessoal, eles devem ser objeto de nova interpretação para que se coadunem com outro fim: o juízo de autorresponsabilidade do ofendido.

Neste exercício interpretativo, destaca-se que as normas da culpabilidade devem ser interpretadas em favor da liberdade ofendido. Enquanto reprovação pessoal da conduta típica e antijurídica do agente, a estrita observância das regras da culpabilidade significa uma limitação ao poder de punir estatal frente ao sujeito, não sendo possível a realização de concessões que coloquem em risco a legalidade. Contudo, ao fazer incidir estas mesmas regras em um juízo de autorresponsabilidade, almeja-se o respeito da autonomia do sujeito. Esta alteração de vetor traz permite que as normas da culpabilidade sejam interpretadas de modo extensivo e teleológico para determinar-se a autorresponsabilidade e ampliar o respeito à autonomia do indivíduo e traz importantes consequências, algumas delas analisadas a seguir.

Inicialmente, parte-se da ideia de que, se o ordenamento traz um *standard* acerca do que se entende por liberdade nas condutas injustas contrárias aos bens jurídicos de outrem, esse mesmo parâmetro pode ser aplicado às condutas que se voltem contra o bem jurídico do seu próprio titular. Os sujeitos – ofensores ou ofendidos – são todos seres humanos iguais em dignidade e, portanto, os requisitos para verificar-se a autonomia de suas condutas também devem ser semelhantes. É inaceitável que certa conduta de dois indivíduos, sob iguais condições, seja qualificada de autônoma para fins de reprovação penal e, em outro momento, não autônoma para fins de autorresponsabilidade, tão somente porque a primeira consiste em ato injusto contra bem jurídico alheio e a segunda consubstancia-se em conduta não injusta que se dirige contra o próprio bem jurídico. Em outras palavras, se a conduta é livre para ser contrária aos bens jurídicos alheios, ela deve também ser considerada livre para lidar com os bens jurídicos próprios. Em verdade, se o ordenamento traz um parâmetro de ação autônoma para reprovar pessoalmente o sujeito que agride bens jurídicos alheios em ato típico e antijurídico, entende-se que estes mesmos parâmetros, ao incidirem para mensurar a autorresponsabilidade, devem ser mais permissivos.

Com efeito, afigura-se correto, em respeito à autonomia do indivíduo, não só aplicar os mesmos parâmetros às condutas contrárias aos bens jurídicos alheios e às condutas voltadas aos próprios bens jurídicos, mas também afirmar a autorresponsabilidade do ofendido com a utilização de critérios que lhe sejam mais favoráveis. Desta forma, para se respeitar a autorresponsabilidade por completo, é preciso ultrapassar as exigências legais da culpabilidade, a fim de conferir ao ofendido um maior campo de liberdade para lidar com seus próprios bens jurídicos. Em outras palavras, se o sujeito é livre para agredir indevidamente bens jurídicos alheios, com mais razão ele deve ser mais livre para lesar ou colocar em risco os bens jurídicos próprios. Se o sujeito é livre para fazer o que juridicamente não deve, ele é certamente mais livre ainda para fazer o que juridicamente pode. Isso se reflete diretamente nos parâmetros para aferir a autorresponsabilidade, os quais, como afirmado, passam a ser interpretados de modo extensivo com a finalidade de ampliar o campo de responsabilidade do ofendido.

Consequentemente, tem-se que eventual incidência de uma regra de exculpação ao ofendido não afasta de plano sua autorresponsabilidade. A depender da análise concreta, o ato ainda pode ser qualificado como autônomo. É certo que não incidindo qualquer regra de exculpação ao ofendido, sua conduta será autônoma e, portanto, autorresponsável. Por outro lado, a conduta do ofendido pode continuar a ser autorresponsável, ainda que se verifique a incidência de uma das normas afastam a culpabilidade. Colocando o mesmo raciocínio em outros termos, a não incidência das regras de exculpação permite um juízo de certeza quanto à autorresponsabilidade da conduta, enquanto a ocorrência de uma das hipóteses de exculpação no caso concreto não afasta peremptoriamente a possibilidade da autorresponsabilidade. Neste segundo cenário, o juízo definitivo sobre a autorresponsabilidade passa a depender da análise concreta do ofendido e da conduta arriscada por ele realizada. O que determinará o caráter autorresponsável da conduta, ao cabo, não é a obediência estrita às normas da exculpação, mas sim a observância às regras que se relacionam de modo especial com o fato arriscado.

Além disso, como afirma JUAREZ TAVARES, deve-se pautar o exame da autorresponsabilidade conforme o fator que está mais próximo do fato arriscado. A título de ilustração, deve-se desconsiderar eventual inimputabilidade do ofendido se tal circunstância é pouco relevante no caso concreto, ou seja, havendo a anuência em relação ao perigo com pleno conhecimento, a conduta é autorresponsável, ainda que o ofendido

seja inimputável.⁷⁶⁸ São os traços concretos do fato arriscado que determinam então o que é efetivamente necessário para que o ofendido, ao realizar a conduta que lhe dá origem, mostre-se autorresponsável. Em outras palavras, o sujeito não necessita ser autorresponsável para toda e qualquer conduta contrária a seus bens jurídicos abstratamente considerada, mas sim deve sê-lo para o fato arriscado que efetiva e concretamente realizou.

Feitos estes apontamentos, examinam-se detalhadamente as regras de exculpação em espécie, com as devidas adaptações para sua aplicação como parâmetro à autorresponsabilidade do ofendido.

No que toca à imputabilidade, aplicam-se analogicamente ao ofendido as disposições dos art. 26 a 28 do Código Penal. Deve-se afirmar o caráter autorresponsável da conduta, caso o sujeito, ao tempo de sua conduta, seja imputável. Ou seja, a partir de uma leitura analógica do art. 26, *caput*, do Código Penal, reputa-se autorresponsável o ofendido que não tem doença mental ou desenvolvimento mental incompleto e, em razão disso, é inteiramente capaz de entender o caráter arriscado do fato, bem como de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Cabem duas observações acerca desta leitura analógica do art. 26, *caput*, do Código Penal. Em primeiro lugar, substitui-se o original “caráter ilícito do fato” pelo “caráter arriscado do fato”, dado que não se está diante de um fato ilícito praticado pelo ofendido. Não é contrário ao ordenamento, afinal, o ato de colocar em risco os próprios bens jurídicos. Há somente um fato arriscado e o ofendido deve ser capaz de compreender esta característica do fato e agir conforme tal compreensão. Outra importante observação diz respeito à doença mental e ao desenvolvimento mental incompleto. É necessário compreender tais elementos de modo restrito, a fim de interpretá-los apenas como a deficiência que efetivamente impede que o sujeito seja capaz de entender aquele fato concretamente considerado como arriscado ou de determinar-se de acordo com esta compreensão.

Ainda em relação à imputabilidade, pode-se extrair do art. 27 do Código Penal que os menores de dezoito anos não realizam condutas de colocação em risco de modo autorresponsável. Logo, a partir do momento que o ofendido conta com mais de dezoito anos de idade, não se vislumbram barreiras etárias para a configuração do ato

⁷⁶⁸ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*, cit., p. 388.

autorresponsável. Defende-se, entretanto, uma interpretação que expanda o campo da autonomia do ofendido, a fim de que sujeitos com menos de dezoito anos também possam realizar condutas autorresponsáveis. Isso porque o ordenamento brasileiro, ao instituir a idade mínima para a responsabilidade penal, não deixa de prever consequências jurídicas aos atos de menores de dezoito anos, vale dizer, não vige um sistema de total irresponsabilidade do sujeito com menos de dezoito anos. Ainda que não haja reprovação jurídico-penal às condutas de menores de dezoito anos, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a possibilidade de aplicação de medidas socioeducativas aos adolescentes, entendidos como aqueles maiores doze anos e menores de dezoito anos, que cometam atos infracionais.⁷⁶⁹ Não se olvida que os fins das medidas socioeducativas sejam eminentemente de prevenção especial, porém, é necessário pressupor-se algum grau de liberdade da conduta do adolescente para a sua imposição. Não é possível que se aplique medida socioeducativa em casos em que o adolescente tem doença que lhe impede reconhecer o caráter ilícito do fato ou de agir em conformidade com tal entendimento. Não por outro motivo, aliás, prevê-se o adolescente que sofre de doença ou deficiência mental deve ser submetido a tratamento individual e especializado.⁷⁷⁰ Portanto, não se pode afastar *a priori* a possibilidade de que adolescentes gozem da suficiente autonomia em suas condutas a ponto de tornarem-se autorresponsáveis por ela, ainda que tenham menos de dezoito anos de idade, porquanto o ordenamento jurídico prevê uma especial responsabilidade nas hipóteses de ofensa a bens jurídicos alheios por atos infracionais. Adverte-se que não se afirma que todo e qualquer conduta de sujeito com mais de doze anos seja autorresponsável, mas apenas que, embora a lei penal preveja a inimputabilidade dos indivíduos menores de dezoito anos, os adolescentes podem realizar condutas cuja natureza autorresponsável deve ser aferida no caso concreto, a depender da capacidade do indivíduo de compreender o caráter arriscado do fato e determinar-se conforme esse entendimento.

Outro critério referente à culpabilidade pode ser encontrado no art. 28, inciso I, do Código Penal, segundo o qual não se exclui a culpabilidade pela emoção ou pela paixão. Segundo esta norma, é possível reprovar-se penalmente o sujeito que comete ato ilícito movido pela emoção ou paixão, viabilizando-se, assim, um juízo afirmativo sobre sua culpabilidade. Conclui-se igualmente que a presença de emoção ou paixão no

⁷⁶⁹ Art. 112 c.c. art. 2º, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

⁷⁷⁰ Art. 112, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

momento da conduta não afeta a liberdade do sujeito a ponto de lhe ser impossível a imposição da sanção penal. Este mesmo raciocínio pode ser transposto para o exame da autorresponsabilidade do ofendido nos atos de colocação em risco. Deste modo, se o sujeito realiza a conduta de colocação em risco em estado de emoção ou paixão, seu ato é suficientemente autônomo e autorresponsável, merecendo ser respeitado pelo direito. Acentua-se que o caráter autônomo da conduta não se limita às decisões tomadas de modo sopesado, racionalizado e cuidadoso. Em outras palavras, rejeita-se a posição segundo a qual somente há autonomia em atos racionais, entendidos como a melhor decisão. Também os atos fundamentados em decisões norteadas pela emoção ou pela paixão são igualmente autônomos, dado que o ser humano e suas manifestações não se esgotam no plano racional. Condutas impulsivas, decisões tomadas no calor do momento ou mesmo atos perseguindo objetivos imediatos, ainda que não sejam a melhor ou a mais racional das condutas a serem realizadas – segundo a ótica de um terceiro ou do próprio sujeito – podem ser entendidos como autônomos e autorresponsáveis. É importante sublinhar os perigos de reduzir a ideia de autonomia às decisões racionais, uma vez que tal limitação acaba por restringir demasiadamente o campo de atuação livre do indivíduo, além de permitir uma indevida moralização da autonomia jurídica, dada a tendência de se equiparar a Razão à Moral, especialmente em uma apreciação kantiana.⁷⁷¹ O Direito deve proteger as condutas juridicamente livres, incluindo-se as eventuais más decisões e conduta imorais ou irracionais, desde que sejam entendidas como autônomas perante as normas jurídicas. Por isso, afirma-se que a conduta realizada em estado de emoção ou paixão pelo ofendido em nada afeta seu caráter autorresponsável.

Importante tópico acerca da imputabilidade diz respeito à embriaguez. Segundo o art. 28, inciso II, do Código Penal, não se exclui a culpabilidade nos casos de “embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos”, salvo nas hipóteses de embriaguez por caso fortuito ou força maior.⁷⁷² A partir desta previsão é possível afirmar que ordenamento jurídico-penal entende que o sujeito realiza ação autônoma ao cometer ato ilícito contra bens jurídicos alheios, ainda que esteja embriagado, uma vez que ele se coloca livremente em tal estado. Por haver liberdade do indivíduo no ato de embriagar-se, os resultados decorrentes de condutas realizadas

⁷⁷¹ Vide capítulo I.

⁷⁷² Art. 28, § 1º, do Código Penal. Em sentido semelhante dispõe o art. 45 da Lei nº 11.343/06. Por isso, aplicam-se os mesmos argumentos no caso do indivíduo que age “em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga”.

posteriormente no estado de embriaguez podem ser objeto de reprovação jurídico-penal pela imposição de pena. Porque este ato é considerado expressão de sua autonomia pelo Direito Penal a fim de lhe impor pena, esse mesmo ato, quando dirigido ao próprio sujeito, também pode ser entendido como autorresponsável. Desta forma, ainda que o ofendido esteja embriagado, o ato que realiza contra si mesmo ao colocar-se em risco ou ao tolerar risco causado por outrem permanece no campo de sua própria responsabilidade e, por esse motivo, tem de ser respeitado pelo Direito Penal.

Tal como nos casos em que se procura determinar a culpabilidade por um ato ilícito, deixa-se de afirmar a autonomia do ofendido caso a embriaguez decorra de caso fortuito ou força maior. Portanto, é essencial que o ato do sujeito ao embriagar-se seja livre para que suas demais condutas posteriores, ainda que em estado de embriaguez, também possam ser consideradas livres. Por outro lado, não se pode ignorar que o estado de embriaguez diminui a capacidade de compreensão do fato arriscado e a possibilidade de o sujeito agir conforme a representação fática que possui. Mesmo assim, deve-se afirmar a autorresponsabilidade das condutas realizadas em embriaguez. Isso porque o caráter autônomo da conduta não necessita de uma completa e irrestrita capacidade de compreensão e determinação do sujeito, mas apenas em um nível suficiente, ainda que diminuído pela embriaguez. Além disso, é preciso pautar a autorresponsabilidade pelos parâmetros legais destinados ao juízo de culpabilidade e, se o ordenamento entende ser autônoma a decisão do autor em estado de embriaguez para fins de responsabilização penal, esta mesma decisão também o será na mesma medida para o ofendido embriagado que se coloca em risco.

Ainda dentro das normas relativas à imputabilidade, há a figura da semi-imputabilidade. As hipóteses de semi-imputabilidade vêm expostas no Código Penal nos art. 26, parágrafo único, e art. 28, § 2º, e têm como consequência jurídica a redução da pena de um a dois terços àqueles que não eram “inteiramente incapazes de compreender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento” em razão de perturbação de saúde mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado, bem como devido à embriaguez proveniente de caso fortuito ou força maior. Se o indivíduo semi-imputável necessitar de tratamento, pode-se substituir a pena por medida de segurança.⁷⁷³ Portanto, há uma zona cinzenta de responsabilidade em que, a depender da necessidade de tratamento ao sujeito, se aplicará a medida de segurança ou pena. Esta

⁷⁷³ Art. 98 do Código Penal.

constatação, por sua vez, possui reflexos no juízo sobre a autorresponsabilidade do ofendido, uma vez que também parece incerto o caráter autônomo da conduta do ofendido que age em situação análoga à semi-imputabilidade. Neste cenário, a juízo acerca da autorresponsabilidade do ofendido passa a depender diretamente da análise do caso concreto, afigurando-se necessário determinar antes de tudo se a parcela do risco que o ofendido não era capaz de compreender corresponde efetivamente à fração do risco que se realizou concretamente em lesão. Caso a parcela do risco seja potencialmente de conhecimento do ofendido, torna-se possível afirmar a natureza autorresponsável da conduta. Por outro lado, na hipótese de o indivíduo não ser capaz de entender o caráter arriscado do fato que levou concretamente ao risco, é de se concluir que não há suficiente autonomia em sua conduta, negando-se a autorresponsabilidade.⁷⁷⁴

Feitas estas considerações sobre o requisito da imputabilidade, devem ser examinadas ainda as figuras relativas à inexigibilidade de conduta diversa. Não há norma jurídica que trate de todas as hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa, pois se está diante antes um princípio que determina a impossibilidade de reprovação de condutas cuja conformidade à licitude não era concretamente possível, afastando-se sua punibilidade.⁷⁷⁵ Tais hipóteses, por sua vez, também se relacionam com a autonomia do ofendido ao interferirem diretamente no caráter livre da conduta do sujeito, que se encontra em situação fática na qual não pode agir conforme sua real vontade. Observa-se, assim, uma redução da capacidade de autodeterminação do indivíduo, ainda que ele possa compreender o caráter ilícito de sua conduta.⁷⁷⁶ Transpondo-se este raciocínio às situações de colocação em risco, tem-se que o sujeito pode compreender o caráter arriscado do fato, porém a conduta de colocar-se em risco não é produto de sua autonomia, mas sim uma imposição, que o impele a arriscar-se por não haver outra conduta a realizar naquele cenário concretamente considerado. Há, portanto, o conhecimento de aspectos

⁷⁷⁴ Este argumento aproxima-se da posição de Manuel CANCIO MELIÁ, segundo o qual, ao se fazer uso das regras da culpabilidade, pode-se afirmar ou negar a responsabilidade e não há espaço para uma figura análoga à semi-imputabilidade (CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, cit., p. 361).

⁷⁷⁵ CALLEGARI, André Luís. *Teoria geral do delito e da imputação objetiva*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 191. Para um estudo acerca do tema: MATÍNEZ, Milton Cairolí. La inexigibilidad de otra conducta: Una aproximación desde la dogmática. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (Orgs). *Direito Penal como crítica da pena*: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de setembro de 2012. Trad. Augusto Assis. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 37-52.

⁷⁷⁶ Relacionando as causas de inexigibilidade de conduta diversa e autodeterminação do indivíduo: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*, cit., p. 562

essenciais do risco e, em alguns casos, mesmo a vontade de arriscar-se, mas a ação ou omissão é, antes de tudo, uma exigência externa.

No Código Penal encontram-se duas previsões de inexigibilidade de conduta diversa em seu art. 22, que trata da coação irresistível e da obediência hierárquica. Na coação irresistível, um terceiro utiliza-se de ameaça irresistível dirigida ao ofendido ou a um terceiro, para que ele tome determinadas condutas. Com a promessa de realização de mal ou dano temível, cujo potencial lesivo imprime o caráter irresistível, o ofendido vê-se tolhido de sua liberdade de ação e, por esse motivo, pune-se o autor da coação.⁷⁷⁷ Aplicando-se esta norma analogicamente para a aferição da autorresponsabilidade em uma colocação em risco, tem-se que a coação irresistível afasta o caráter autônomo da conduta do ofendido. Uma vez que um terceiro impõe ao ofendido a realização de conduta arriscada por meio de coação a que não pode resistir, a colocação em risco não é produto da autonomia do ofendido e consequentemente não pode ser considerada autorresponsável. Em verdade, a conduta arriscada do ofendido é um ato do terceiro coator. Por isso, constata-se uma incompatibilidade entre a coação irresistível e a liberdade do ofendido.

Outra hipótese de inexigibilidade de conduta diversa é a estrita obediência a ordem não manifestamente ilícita de superior hierárquico. Nesse caso, há uma relação de subordinação de direito público entre os sujeitos, na qual o superior hierárquico expede ordem ao inferior e, verificando-se ilegal o comando, cria-se para o subordinado situação de conflito entre o dever de obedecer e o dever de não cometer atos ilícitos. Caso seja manifesta a ilegalidade da ordem, não se fala em dever de obediência pelo inferior hierárquico. Porém, se houver dúvida acerca da legalidade do ato, a conduta do sujeito é resultado do cumprimento do dever que pensa ser lícito.⁷⁷⁸ No campo da colocação em risco, cenários de periclitção por cumprimento de ordem superior são possíveis, especialmente no caso de salvamentos. Nestas hipóteses, o ato do ofendido de autocolocar-se em risco pode ter relação direta com um comando de seu superior hierárquico, com influência no caráter autorresponsável da conduta. Uma ordem superior que determina ao ofendido colocar-se em risco pode ser lícita, manifestamente ilícita ou não manifestamente ilícita. Note-se que a ilicitude da ordem superior não se refere a um

⁷⁷⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: Parte geral. 7ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 324-325

⁷⁷⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*, cit., p. 325-326.

ato típico e antijurídico a ser cometido pelo ofendido, uma vez que não se cogita a responsabilidade penal do ofendido por condutas dirigidas contra seus próprios bens jurídicos. Contudo, a ilicitude da ordem pode se dar de diversos modos, desde que se imponha ao ofendido a colocação em risco em situação na qual ele não tem o dever de fazê-lo. Isso pode ocorrer, por exemplo, em situações nas quais o superior hierárquico não pode impor tal dever ao ofendido por ausência atribuição legal de qualquer um dos sujeitos, ou por não estarem configurados os pressupostos fáticos para exigir-se tal obrigação de colocar-se em risco. Neste ponto, é preciso também diferenciar entre ordens manifestamente ilegais e não manifestamente ilegais. Sendo manifestamente ilegal a ordem, o ofendido sabe que não tem o dever de submeter-se a ela. Por isso, se decide realizar a conduta de colocação em risco após receber ordem manifestamente ilegal, está a agir conforme sua própria determinação e, conseqüentemente, de modo autorresponsável. Por outro lado, se o comando não é manifestamente ilegal, o subordinado acredita que deve dar cumprimento às ordens do superior. O ato de colocação em risco, neste contexto, é produto da submissão do ofendido ao comando superior hierárquico que, sendo ilegal, não precisava ser respeitado. Desta forma, nos casos de ordem superior hierárquica não manifestamente ilegal, conclui-se que há vício no caráter autônomo da decisão e, por conseguinte, deixa de ser autorresponsável a conduta do ofendido.

Por fim, trata-se do estado de necessidade exculpante como hipótese de exclusão da autorresponsabilidade do ofendido. Esta figura é prevista de modo independente do estado de necessidade justificante no § 35 do Código Penal alemão e exclui a culpabilidade do sujeito que realiza conduta ilícita para afastar o perigo atual à sua vida, integridade física ou liberdade, bem como de seu familiar ou pessoa próxima.⁷⁷⁹ Diferentemente do estado de necessidade justificante, não é necessário que haja um sopesamento entre os bens jurídicos em jogo (§ 34 StGB). Afirma-se que a consequência exculpante do estado de necessidade fundamenta-se, entre outras razões, justamente por

⁷⁷⁹ § 35 (1) Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib oder Freiheit eine rechtswidrige Tat begeht, um die Gefahr von sich, einem Angehörigen oder einer anderen ihm nahestehenden Person abzuwenden, handelt ohne Schuld. Dies gilt nicht, soweit dem Täter nach den Umständen, namentlich weil er die Gefahr selbst verursacht hat oder weil er in einem besonderen Rechtsverhältnis stand, zugemutet werden konnte, die Gefahr hinzunehmen; jedoch kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden, wenn der Täter nicht mit Rücksicht auf ein besonderes Rechtsverhältnis die Gefahr hinzunehmen hatte.

(2) Nimmt der Täter bei Begehung der Tat irrig Umstände an, welche ihn nach Absatz 1 entschuldigen würden, so wird er nur dann bestraft, wenn er den Irrtum vermeiden konnte. Die Strafe ist nach § 49 Abs. 1 zu mildern.

não ser exigível do sujeito o cumprimento da norma, ainda que lhe seja possível, considerando-se que a situação de perigo ao bem jurídico causa-lhe uma especial consternação existencial, não uma simples bagatela. O sujeito sabe que sua conduta é contrária ao Direito, mas o conflito em que se encontra impõe-lhe agir de outra forma.⁷⁸⁰ Deste modo, a força do Direito como motivação da conduta do agente cede lugar a outros interesses.⁷⁸¹ Afirma-se também a existência de uma especial relação de solidariedade entre os sujeitos envolvidos que influi no juízo sobre a conduta do agente.⁷⁸²

No entanto, é diferente a regulação nacional sobre o estado de necessidade exculpante. O Código Penal brasileiro prevê o estado de necessidade como causa de justificação em seu art. 24, adotando a chamada teoria unitária. Todavia, parte da doutrina defende que deste dispositivo legal também é possível extrair uma autonomia teórica do estado de necessidade exculpante nos casos em que o dano a se evitar com a conduta é menor do que o mal que se faz para alcançar aquele fim.⁷⁸³ Em contraposição à teoria unitária, há a teoria diferenciadora do estado de necessidade, prevista no revogado Código Penal de 1969 e atualmente regulamentada no art. 39 do Código Penal militar.⁷⁸⁴

Deste modo, afasta-se a culpabilidade do sujeito cuja conduta salva de perigo atual direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, que não provocou por sua vontade nem podia de outro modo evitar, ainda que seja sacrificado direito alheio superior ao protegido, se não era razoavelmente exigível conduta diversa. Portanto, o cerne do estado de necessidade exculpante está na impossibilidade de se exigir do sujeito que se omita quanto ao dano que poderá sofrer o bem jurídico próprio ou de indivíduo com quem tem relação de parentesco ou afeto.

A situação de estado de necessidade exculpante, ao ser transposta à colocação em risco, pode ter reflexos na autorresponsabilidade do ofendido. Nesta hipótese, o ofendido coloca-se em risco para afastar o perigo sobre bem jurídico próprio ou de pessoa com

⁷⁸⁰ PUPPE, Ingeborg. *Strafrecht allgemeiner Teil*, cit., p. 215-217; KINDHÄUSER, Urs. *Strafgesetzbuch: Lehr- und Praxiskommentar*. 4ª ed. Baden-Baden: Nomos, 2010, p. 306.

⁷⁸¹ MURMANN, Uwe. *Grundkurs Strafrecht*, cit., p. 278-279.

⁷⁸² KÜHL, Kristian; LACKNER, Karl. *Strafgesetzbuch: Kommentar*. 27ª ed. München: C. H. Beck, 2011, p. 269.

⁷⁸³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*, cit., p. 511-514.

⁷⁸⁴ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2004, p. 172. Dispõe o art. 39 do Código Penal Militar: “Não é igualmente culpado quem, para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que não lhe era razoavelmente exigível conduta diversa.”

quem tem parentesco ou mantém relação de afeto. É importante que se caracterize a situação de conflito para o ofendido, ou seja, ele se sente impelido a arriscar-se para remover o perigo que ameaça o bem jurídico, considerando-se que seu titular é pessoa com especial significado para o ofendido. Portanto, o ofendido não age de modo completamente livre, pois é motivado por um sentimento de obrigação de salvar o terceiro, o que não ocorreria caso o titular do bem jurídico não fosse pessoa de seu círculo familiar ou afetivo. Em outros termos, o ato de salvamento realizado pelo ofendido é uma colocação em risco mais fundada no dever do que no querer. Assim, o ato do ofendido é produto de um sentimento pessoal de dever de agir, cuja obrigatoriedade revela-se em tal intensidade que não se pode exigir-lhe conduta diversa, senão a realização daquele dever. Em termos concretos, não se pode exigir que uma pessoa assista passivamente o perigo atual à vida de seu irmão ou que nada faça para evitar possível dano à integridade física de seu cônjuge. Em tais situações, não se pode afirmar que o ato de salvamento se deu simplesmente porque a pessoa quis salvar seu irmão ou cônjuge, mas sim porque sentiu-se impelida a assim fazê-lo e, com isso, colocou-se também em risco. A conduta diversa – nada fazer para afastar o perigo atual – não pode ser exigida justamente porque o ato de salvamento não é conduta livre e autônoma, mas sim o cumprimento de algo que o ofendido entende como seu dever. Portanto, uma colocação em risco que decorre de tal cenário não se mostra suficientemente autônoma, não se qualificando como autorresponsável.

Destaca-se que a figura do estado de necessidade exculpante também se aplica aos casos em que o sujeito afasta perigo contra seu próprio bem jurídico. É possível então cogitar-se hipótese de colocação em risco que tem como motivo justamente a exclusão de um perigo anterior, ou seja, o ofendido coloca-se em um novo risco para afastar-se de um outro. A colocação em risco passa a ser o modo pelo qual o ofendido procura defender seus bens jurídicos de um outro perigo. Na medida em que a colocação em risco tem como causa a proteção do seu bem jurídico, a conduta do ofendido não é resultado de sua decisão autônoma. Em verdade, o ofendido se viu obrigado a colocar-se em um novo risco com o fim de proteger seu bem jurídico. Cita-se, como ilustração, caso em que o sujeito está em um prédio em chamas e lança-se pela janela. Seu ato tem a finalidade de escapar dos danos que poderiam ser causados pela chama e não se pode falar que o ato de saltar pela janela decorre de sua vontade autônoma e livre, porquanto apenas o realizou em razão do perigo anterior. Concretamente, nenhum outro ato poderia ser esperado do

ofendido senão a tentativa de proteger seus bens jurídicos e, portanto, era-lhe inexigível conduta diversa. Uma vez que a conduta do ofendido é realizada com vistas à proteção do bem jurídico, não se aceita que o risco novo seja mais grave do que o perigo anterior. Contudo, esta maior gravidade do segundo risco deve ser verificada cuidadosamente com base nas circunstâncias concretas. Apenas torna-se relevante essa maior gravidade do novo risco, se no dado cenário fático mostra-se razoável suportar o perigo original. Desta forma, é possível que a pessoa coloque em risco sua vida com o fim de proteger sua liberdade sexual ou mesmo que arrisque sua integridade física em defesa de seu patrimônio. Nestes casos, ainda que os bens jurídicos colocados em risco pelo ofendido sejam de maior importância, é razoável sua periclitación como defesa em relação ao perigo. Por isso, eventual colocação em risco da vida ou da integridade física para a proteção da liberdade sexual ou do patrimônio não pode ser considerado um ato autônomo do ofendido e, conseqüentemente, autorresponsável.

Por fim, ressalta-se que não há um rol exaustivo de causas de exculpação. Neste tópico procurou-se analisar tão somente aquelas mais relevantes para aferir a autorresponsabilidade em casos de colocação em risco. Ao passar pelo crivo das regras de exculpação, pode-se afirmar ou negar a autorresponsabilidade da conduta. Sendo positivo o juízo sobre a autorresponsabilidade, o ato do ofendido deve ser respeitado pelo Direito por ser produto da autonomia da vontade e reflexo da dignidade da pessoa humana. Por conseguinte, não se pode fazer qualquer reprovação jurídico-penal da conduta, seja em relação ao ofendido, seja em relação ao terceiro.

Conclui-se este item reafirmando-se que o caráter autorresponsável da conduta é obstáculo ao poder de punir estatal em relação ao ofendido e ao terceiro, pois o exercício da autonomia deve ser respeitado – não reprovado – pelo ordenamento. Além disso, defende-se que a natureza autônoma da conduta deve ser verificada não pelas normas do consentimento, pois internalizam indevidamente elementos moralizantes, mas sim pelas regras da exculpação, que devem ser aplicadas analogicamente às hipóteses de colocação em risco como diretrizes, permitindo-se uma interpretação extensiva em favor da liberdade do sujeito. Com isso, enxerga-se maior relevância na incidência das normas relativas à imputabilidade penal e à inexigibilidade de conduta diversa, realizando-se as necessárias adaptações de tais categorias para os casos de colocação em risco.

5.2. Colaboração em autocolocação em risco autorresponsável

Neste tópico, abordam-se as consequências jurídicas da colaboração em autocolocação em risco autorresponsável. O objetivo é apontar na estrutura da teoria do delito o instrumento dogmático apto à compreensão da conduta do terceiro colaborador. Igualmente, busca-se aferir como se dá o juízo jurídico-penal sobre sua conduta e por qual fundamento dogmático afasta-se a punibilidade como reflexo do respeito à natureza autônoma da conduta do ofendido.

Inicialmente, é necessário sublinhar a irrelevância penal da conduta do ofendido para a compreensão da conduta do terceiro colaborador. Considerando-se o caráter relacional do bem jurídico como interesse, ao realizar conduta que coloca em risco seus próprios bens jurídicos, ainda que ocorra a lesão não é possível punir o ofendido por este ato, justificando-se a incidência do Direito Penal somente em relação a ataques ao bem jurídico realizados por terceiros.⁷⁸⁵

A partir deste pressuposto é que se examina a punibilidade da conduta do terceiro que colabora em autocolocação em risco autorresponsável. Na doutrina e jurisprudência alemãs, é possível encontrar dois modelos teóricos que fundamentam dogmaticamente a impunibilidade da conduta do terceiro, os quais serão analisados separadamente em dois itens a seguir. O primeiro deles refere-se ao chamado “argumento da participação” (*Teilnahmeargument*), originado na jurisprudência do *Bundesgerichtshof* alemão. Posteriormente, analisa-se a conduta do terceiro colaborador sob o prisma da imputação objetiva, que é o modelo teórico encampado pela presente trabalho. No terceiro e último item, retoma-se a análise dos casos expostos no item 4.3.3, a fim de determinar a punibilidade ou não do terceiro colaborador.

5.2.1. Impunibilidade do terceiro colaborador pelo argumento da participação (*Teilnahmeargument*)

O primeiro dos instrumentos que possibilita a não punibilidade do terceiro que colabora para a autocolocação em risco autorresponsável é o chamado argumento da participação, com origem na jurisprudência do BGH.⁷⁸⁶ Pelo argumento da participação,

⁷⁸⁵ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*, cit., p. 189.

⁷⁸⁶ Noticia-se que entendimento similar fora anteriormente adotado pelo *Reichsgericht* no julgado RGSt 70, 313 (MURMANN, Uwe. *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, cit., p. 319-320).

deixa-se de sancionar a colaboração em autocolocação em risco, pois não se pune no Direito Penal alemão a participação em suicídio – hipótese de autolesão – e, com mais razão, também não se deve punir a participação em uma autocolocação em risco. Uma vez que não se pune o mais, que é a autolesão, também não se pune o menos, como a autocolocação em risco.⁷⁸⁷

O argumento da participação ganha importância no debate alemão a partir do julgado BGHSt 24, 342, que versa sobre o caso de um policial acusado de homicídio culposo em razão do suicídio de sua mulher com sua arma de fogo. Relata-se que o policial e sua mulher foram a um restaurante, lá permaneceram por longo período e consumiram álcool. Era de conhecimento do acusado que a mulher se tornava repentinamente deprimida e melancólica, especialmente após tomar bebidas alcoólicas, bem como que ela já havia tentado suicidar-se outras vezes. Mesmo assim, o policial foi ao restaurante portando sua arma de fogo municiada e, ao voltar ao veículo, deixou-a como de costume sobre o painel do carro. Após, durante uma interrupção da viagem, a mulher pegou a pistola e atirou contra si mesma.⁷⁸⁸ Em sua decisão, o BGH afirmou que a conduta do policial somente estabeleceu culposamente uma das causas da morte da mulher suicida e, como sequer o auxílio doloso seria punível em razão da atipicidade do suicídio, com mais razão não se afigurava possível a punição do auxílio culposo. O Tribunal alemão entendeu que não se poderia punir com mais rigor o ato culposo do que a conduta dolosa. Por essa razão, o acusado foi absolvido.⁷⁸⁹ Em resumo, neste julgado, o BGH afirmou que, na ausência de punição da participação dolosa por atipicidade do ato principal – o suicídio –, tornava-se impossível a punição da participação culposa.⁷⁹⁰ No campo retórico, fala-se que o BGH fez uso do *argumentum a maiore ad minus* para fundamentar sua decisão.⁷⁹¹ Além disso, vislumbra-se também o respeito ao princípio da culpabilidade neste posicionamento, uma vez que a corte entendeu não ser possível

⁷⁸⁷ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, v. 1., cit., p. 402.

⁷⁸⁸ BGHSt 24, 342

⁷⁸⁹ BGHSt 24, 342

⁷⁹⁰ KÜHL, Kristian. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., p. 57; HAFT, Fritjof. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, cit., p. 57; MURMANN, Uwe. *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, cit., p. 319.

⁷⁹¹ SCHÜNEMANN, Bernd. *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*. *Juristische Arbeitsblätter*, 1975, p. 435; EBERT, Udo. *Strafrecht*, cit., 2001, p. 50; SCHMIDT, Rolf. *Strafrecht*, cit., p. 61.

reprovar um ato culposo mais gravemente do uma conduta dolosa, sob pena de cometer-se uma inversão valorativa.⁷⁹²

Posteriormente, o BGH estendeu esta argumentação para além dos casos de autolesão, abarcando também a autocolocação em risco autorresponsável. Assim, no chamado *Heroinsspritzen-Fall* (BGHSt 32, 262), discutiu-se eventual punibilidade do sujeito que forneceu seringas a outrem para o uso conjunto de heroína. Relata-se que dois sujeitos pretendiam usar heroína conjuntamente, porém não tinham seringas e um deles encarregou-se de adquiri-las, dado que o outro indivíduo era usuário assíduo da droga, conhecido na região e por isso não lhe são vendidas seringas. Após conseguir as seringas, a heroína foi preparada e cada um injetou em si mesmo a droga. Passados alguns momentos, o usuário assíduo teve uma overdose e faleceu.⁷⁹³ O usuário sobrevivente foi acusado de homicídio culposo. Todavia, o BGH entendeu que o sujeito apenas participou de uma autocolocação em risco autorresponsável por parte do ofendido e que, por isso, a sua conduta não era punível, ainda que tenha sido causa para o dano e o resultado previsível. Novamente, o BGH utilizou o argumento de participação, tal como no anterior julgado BGHSt 24, 342, porém acrescentou que a autocolocação em risco autorresponsável também era atípica, independentemente da efetiva ocorrência do dano. Por isso, a conduta do terceiro que colabora seria igualmente impune, em razão da atipicidade do ato principal.⁷⁹⁴

CLAUS ROXIN, em comentário ao argumento da participação, pondera que a inexistência de responsabilidade pelo ato doloso ao bem jurídico acarreta a impossibilidade de se punir a conduta culposa que conduz ao resultado lesivo. A responsabilidade culposa não pode ultrapassar a dolosa, porquanto o dolo impõe uma reprovação em grau superior. Não havendo no ordenamento uma punição que traduza uma maior reprovação, deixa de haver fundamento para se reprimir atos cuja reprovação é menor. Alerta-se, contudo, que não se pode empreender tal raciocínio em sentido inverso: nos casos em que o Direito Penal prevê punição do ato doloso, não é permitido concluir necessariamente pela reprimenda da conduta culposa. Em outras palavras, não se legitima a responsabilidade penal pelo ato culposo quando existe a criminalização da

⁷⁹² KREY, Volker; ESSER, Robert. *Deutsches Strafrecht*, cit., p. 142; KÜHL, Kristian. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., 2008, p. 57; STREE, Walter. Beteiligung an vorsätzlicher Selbstgefährdung: BGHSt 32, 262 und BGH NSStZ 1984, 452. *Juristische Schulung*, n. 3, p. 179; 181, 1985.

⁷⁹³ BGHSt 32, 262. WALTHER, Susanne. Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung, cit., p. 14.

⁷⁹⁴ BGHSt 32, 262.

conduta na forma dolosa, mas, por outro lado, necessariamente deixa haver responsabilização pela conduta culposa se inexistente o caráter criminoso da forma dolosa.⁷⁹⁵

Esta posição, embora seja correta quanto ao seu resultado, recebeu críticas pela doutrina por sua fundamentação. Afirma-se que o argumento da participação não responderia às questões da punibilidade do terceiro colaborador em autocolocação em risco autorresponsável de modo satisfatório por ser eminentemente formal e não atentar para os aspectos materiais do problema.⁷⁹⁶ A excessiva formalidade consiste em basear a impunibilidade do terceiro acima de tudo na acessoriedade entre ato principal e participação,⁷⁹⁷ além de se fundamentar na atipicidade do suicídio – ato principal – e a partir disto deduzir a impunibilidade da participação, sem contudo tecer considerações jurídico-penais materiais acerca do suicídio.⁷⁹⁸

Com efeito, o argumento da participação não traz respostas a todas as questões que envolvem a colaboração em autocolocação em risco autorresponsável. Nesse contexto, WOLFGANG FRISCH pondera que a ausência de um ato principal como requisito para a participação não impediria a qualificação do terceiro como autor de um delito.⁷⁹⁹ Deste modo, o argumento da participação seria um fundamento parcial da impunibilidade do terceiro, pois seu ato importa na criação ou majoração de um risco concreto de realização do dano e isso poderia bastar para se afirmar a tipicidade da conduta.⁸⁰⁰ No mesmo sentido, afirma-se que a ausência de dolo na conduta do terceiro colaborador, por um lado, afasta a sua punição como partícipe, mas, por outro lado, pode permitir sua qualificação como autor do delito, justamente porque, tratando-se de crime culposos, aplica-se o conceito unitário de autoria.⁸⁰¹

Uma abordagem mais adequada da colaboração em autocolocação em risco autorresponsável pode ser alcançada por meio da compreensão dos aspectos materiais que

⁷⁹⁵ ROXIN, Claus. Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, cit., p. 245-246.

⁷⁹⁶ DUTTGE, Gunnar. Erfolgsszurechnung und Opferverhalten, cit., p. 241.

⁷⁹⁷ DUTTGE, Gunnar. § 15 Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln. In: DÖLLING, Dieter; DUTTGE, Gunnar; RÖSSNER, Dieter; AMBOS, Kai (Orgs.). *Gesamtes Strafrecht*: StGB, StPO, Nebengesetze. 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 2011, p. 217-218.

⁷⁹⁸ MURMANN, Uwe. *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, cit., p. 324-325.

⁷⁹⁹ FRISCH, Wolfgang. *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*. Heidelberg: Müller, 1988, p. 159. No mesmo sentido: GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, cit., p. 72-74.

⁸⁰⁰ FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko*: Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen. Köln: Heymann, 1983, p. 144-145

⁸⁰¹ MURMANN, Uwe. *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, cit., p. 320-321.

estão por trás do argumento da participação. A impunibilidade da conduta do terceiro colaborador, sob o argumento formal de que a participação dolosa é penalmente irrelevante, tem como fundamento último a atipicidade do suicídio, o qual, por sua vez, baseia-se materialmente no fato de que as normas penais objetivam evitar danos causados por outrem, não pelo próprio sujeito.⁸⁰² Colocando o mesmo argumento de outro modo, os delitos contra a vida se referem a bens jurídicos alheios, não aos próprios, tornando irrelevantes os atos de terceiros que se ligam à conduta atípica do ofendido.⁸⁰³ Aprofundando-se no tema, CLAUS ROXIN afirma que, a par da fundamentação baseada no direito positivo, não se deve deixar de lado que subjaz um importante aspecto valorativo ao argumento da participação, segundo o qual não se pode limitar a liberdade de ação dos sujeitos se nenhum deles é colocado em perigo contra sua própria vontade.⁸⁰⁴ Deste modo, o fundamento da não punibilidade da conduta de colaboração está na autorresponsabilidade do ofendido, não se admitindo uma atuação paternalista do Estado ao supostamente proteger o indivíduo autônomo contra si mesmo. Apenas o próprio ofendido tem a legitimidade para lidar com seus bens jurídicos do modo que melhor julgar e, por isso, não há razão para a reprovação penal do terceiro que o auxilia nesta tarefa.⁸⁰⁵ Tem-se, assim, que a justificativa para a não punição encontra-se a livre e responsável autodeterminação do ofendido.⁸⁰⁶ Todavia, este aspecto material e valorativo da relação jurídica entre o ofendido e o terceiro colaborador pode ser explorado com maior riqueza no campo da imputação objetiva do resultado, como se verá adiante em tópico específico.

Antes, porém, de se avançar no exame da imputação objetiva como instrumento dogmático adequado para lidar com colaboração em autocolocação em risco autorresponsável, são necessárias algumas considerações sobre a aplicação do argumento da participação no Direito Penal brasileiro, uma vez que o Código Penal vigente – diferentemente da legislação alemã – tipifica o induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio em seu art. 122. Portanto, um dos pressupostos do argumento da participação – mais precisamente, a ausência de punição ao partícipe do suicídio – não encontra previsão no ordenamento jurídico brasileiro. Na verdade, o Direito brasileiro contempla previsão exatamente contrária à lacuna legislativa que serve de base para o argumento da

⁸⁰² RENGIER, Rudolf. *Strafrecht allgemeiner Teil*, cit., p. 93.

⁸⁰³ KREY, Volker; ESSER, Robert. *Deutsches Strafrecht allgemeiner Teil*, cit., p. 142.

⁸⁰⁴ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, v. 1, cit., p. 402, nota 230. No mesmo sentido: GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, cit., p. 72-74.

⁸⁰⁵ SCHNEIDER, Hartmut. *Vorbemerkung zu den §§ 211 ff.*, cit., Rn. 34.

⁸⁰⁶ DUTTGE, Gunnar. § 15 Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln, cit., p. 217-218.

participação no direito alemão. Isso, por sua vez, poderia influir no juízo sobre a punibilidade do terceiro que colabora para a autocolocação em risco.

No entanto, é importante lembrar que o art. 122 do CP tipifica exclusivamente a forma dolosa de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, o que torna atípica a conduta de colaboração culposa ao suicídio alheio.⁸⁰⁷ Portanto, a conduta culposa do terceiro no Brasil é, tal como no Direito Penal alemão, atípica. Como ressaltado por CLAUS ROXIN, da tipificação do ato doloso não decorre necessariamente a reprovação da conduta culposa, embora a inexistência do tipo doloso implique invariavelmente na ausência de punição do ato culposo.⁸⁰⁸ Desta forma, se no Direito alemão não se pune o ato culposo do terceiro por ausência de reprovação do ato doloso, no Direito brasileiro também não se pune a conduta culposa, porém por razão diversa: a lei proíbe apenas o ato doloso, deixando atípica a conduta culposa.

Tem-se, assim, que o art. 122 do CP pune exclusivamente a conduta dolosa de participação – por induzimento, instigação ou auxílio – em um suicídio, ou seja, em autolesão do ofendido à sua vida. Nas hipóteses em que o terceiro não tenha dolo em sua conduta, isto é, sem consciência e vontade de que participa do suicídio, bem como nos casos em que o ofendido quer apenas colocar-se em risco, tem-se situação atípica frente ao art. 122 do Código Penal. *A contrario sensu*, pode-se então afirmar que toda conduta do terceiro que não seja dolosa quanto à participação em suicídio, em situação na qual o ofendido efetivamente queira a autolesão de sua vida, foge à tipicidade do art. 122 do Código Penal.

Por outro lado, não se pode ignorar que uma colaboração culposa do terceiro, embora não se adeque ao tipo do art. 122 do Código Penal, poderia em tese subsumir-se ao crime de homicídio culposo. Como já afirmado, nos delitos culposos não se mostra possível a diferenciação entre autor e partícipe, uma vez que se adota o conceito unitário de autoria, de sorte que a própria existência de uma participação culposa é posta em questão.⁸⁰⁹ Portanto, a conduta culposa do terceiro que colabora com o ofendido poderia em tese ser entendida como autoria em homicídio culposo, caso seu ato importe em violação do dever objetivo de cuidado e o resultado lesivo seja objetivamente previsível, além do preenchimento de outros requisitos relativos ao crime culposos.

⁸⁰⁷ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*, cit., p. 390-391.

⁸⁰⁸ ROXIN, Claus. *Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten*, cit., p. 245-246.

⁸⁰⁹ Vide tópico 4.2.3.

Concluindo-se, a proposta do argumento da participação, que ganhou força na jurisprudência alemã (BGHSt 24, 342), responde aos casos de colaboração em autocolocação em risco autorresponsável por meio do argumento *a maiore ad minus*, extraindo-se da atipicidade do suicídio e da participação dolosa em suicídio a irrelevância penal da participação culposa em autolesão e na autocolocação em risco. Esta posição é objeto de crítica por seu formalismo ao basear-se especialmente na ideia de acessoriedade entre o ato principal e de participação, além de não considerar aspectos materiais da conduta do ofendido. Em razão disso, o terceiro pode, em tese, ser autor em crime culposos. No mais, é preciso cuidado ao transpor o argumento da participação ao Direito Penal brasileiro, dada a tipificação da participação em suicídio no art. 122 do CP, embora não se subsumam a este tipo condutas culposas do terceiro.

5.2.2. Impunibilidade do terceiro colaborador pela imputação objetiva

Outra proposta dogmática para a compreensão das consequências jurídico-penais da colaboração em autocolocação em risco autorresponsável pode ser encontrada na teoria da imputação objetiva. Ressalta-se que a abordagem do problema pela imputação objetiva não se contrapõe ao argumento da participação, mas permite uma fundamentação material da não punibilidade do terceiro colaborador, conferindo-se especial destaque ao caráter autônomo e autorresponsável da conduta do ofendido e suas repercussões na responsabilidade do terceiro.

Segundo CLAUS ROXIN, ocorre a imputação objetiva ao sujeito se sua conduta cria risco não permitido ao objeto da ação e que se realiza no resultado concreto. Excepcionalmente, afasta-se o nexo de imputação objetiva se, embora haja criação e posterior realização do risco não permitido, o alcance do tipo não compreenda a prevenção daquele perigo e seus efeitos. Resumidamente, é possível afirmar então que há imputação objetiva com a realização concreta de risco não permitido criado pelo sujeito e que se insere no alcance do tipo.⁸¹⁰

Como se verá, a conduta do terceiro colaborador pode ser reconduzida à teoria da imputação objetiva de diversos modos. Os atos do terceiro podem ser debatidos no campo do risco, por não haver a criação proibida ou sua realização no resultado lesivo

⁸¹⁰ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, v. 1, cit., p. 371-374.

concretamente sofrido pelo ofendido. Discute-se também a aplicação da categoria do alcance do tipo à colaboração em autocolocação em risco autorresponsável, caso se entenda que o resultado está fora do fim de proteção da norma por se tratar de uma ofensa a qual se liga a conduta do próprio titular do bem jurídico.

Antes, porém, de examinar as categorias da imputação objetiva, é importante sublinhar o papel da autorresponsabilidade do ofendido nas consequências jurídico-penais da conduta do terceiro que colabora com a autocolocação em risco. Como já se deixou antever, as categorias da imputação objetiva permitem que se identifique como fundamento material da não punibilidade do terceiro justamente a autorresponsabilidade do ofendido, o que lhes confere uma superioridade em relação ao argumento da participação, para o qual bastam considerações de cunho formal acerca da acessoriedade e sua ligação ao ato principal.

Em termos gerais, afirma-se que não há imputação objetiva do resultado ao terceiro, caso a lesão decorra de risco criado de modo autorresponsável pelo próprio ofendido.⁸¹¹ A lesão passa a ser entendida como obra exclusiva do ofendido e, por conseguinte, não pode ser imputada aos terceiros.⁸¹²

A conduta do terceiro não pode ser entendida como uma interferência indevida no bem jurídico do ofendido, uma vez a conduta arriscada é ato autorresponsável do próprio ofendido, de sorte que eventuais lesões causadas ao bem jurídico são exclusivamente responsabilidade de seu titular, sem que se possa falar em consequências jurídico-penais para o terceiro colaborador.⁸¹³ O indivíduo capaz de autodeterminar-se tem o dever de não lesar bens jurídicos alheios e por essa razão pode ser responsabilizado pelo descumprimento desse dever. Contudo, um sujeito não pode ser responsável pelas ofensas realizadas por outras pessoas contra si mesmas.⁸¹⁴

Portanto, o respeito à autonomia do ofendido passa a influir no juízo sobre o resultado sofrido pelo bem jurídico, inserindo-o no exclusivo campo de responsabilidade do sujeito.⁸¹⁵ A autonomia do ofendido manifestada em sua conduta reflete-se então na responsabilidade pelas ofensas que causa a si mesmo. Esta consequência jurídica da autonomia do ofendido justifica-se pelo fato de que o ordenamento jurídico não deve

⁸¹¹ KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht allgemeiner Teil*, cit., p. 96.

⁸¹² KÜHL, Kristian. *Strafrecht allgemeiner Teil*, cit., p. 57.

⁸¹³ KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht allgemeiner Teil*, cit., p. 96.

⁸¹⁴ EBERT, Udo. *Strafrecht allgemeiner Teil*, cit., p. 49.

⁸¹⁵ FRISTER, Helmut. *Strafrecht allgemeiner Teil*, cit., p. 115-116.

tutelar o indivíduo em relação aos seus próprios atos, uma vez que ele tem o direito de decidir acerca de seus bens jurídicos, podendo inclusive colocá-los em risco se assim o desejar.⁸¹⁶ Constitui tarefa do Direito Penal evitar danos aos bens jurídicos que são contrários à vontade de seus titulares. Consequentemente, não se entende como lesão o que se dá em conformidade com a vontade do ofendido, porquanto se qualifica como parte de sua autorrealização, em relação à qual não cabe ao Estado intervir.⁸¹⁷ Os atos do ofendido contra si mesmo inserem-se no exercício de sua liberdade e é decorrência da dignidade da pessoa humana poder decidir sobre atos que dizem respeito apenas a si mesmo. A intervenção penal do Estado consubstanciada em obrigá-lo a agir contra sua vontade não pode ser aceita, ainda que esteja em jogo a vida do ofendido.⁸¹⁸

Estes reflexos da autonomia do ofendido em relação ao resultado lesivo também se projetam sobre a conduta do terceiro que colabora para seu ato. Não se pode reprovar a conduta daquele que propicia ao ofendido a colocação em risco ou mesmo a lesão de seus bens jurídico. Ao contrário, é preciso incentivar o exercício de condutas livres pelos sujeitos, ainda que pareçam irracionais aos demais indivíduos. Ao se reprovar a conduta do ofendido e do terceiro colaborador, haveria uma indevida limitação de sua liberdade.⁸¹⁹ Em razão disso, eventual punição do terceiro colaborador em autocolocação em risco significaria indevida intervenção paternalista e uma violação ao princípio da autorresponsabilidade.⁸²⁰

Reconhecida a incidência da autonomia do indivíduo e sua autorresponsabilidade no juízo acerca da conduta do terceiro colaborador, negando-se a sua reprovabilidade, deve-se apontar como tais valores relacionam-se com as categorias próprias da imputação objetiva. Viu-se anteriormente que a autonomia do ofendido se projeta no campo do risco permitido, bem como no alcance do tipo, a depender da posição que se adota. Em todo caso, é certo que não há a imputação objetiva do resultado lesivo do ofendido ao terceiro colaborador, existindo debate acerca do modo pelo qual essa conclusão é alcançada. Deve-se, portanto, examinar separadamente o alcance do risco e o risco permitido, relacionando-os com a colaboração em autocolocação em risco.

⁸¹⁶ FRISTER, Helmut. *Strafrecht allgemeiner Teil*, cit., p. 112.

⁸¹⁷ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, v. 1, cit., p. 24.

⁸¹⁸ MURMANN, Uwe. *Grundkurs Strafrecht*, cit., p. 168.

⁸¹⁹ FRISCH, Wolfgang. *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, cit., p. 152.

⁸²⁰ GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, cit., p. 72.

Em primeiro lugar, é possível analisar a colaboração em autocolocação em risco autorresponsável enquanto conduta causadora de resultado que se encontra fora do alcance do tipo. Os debates acerca do fim de proteção da norma têm origem no campo da responsabilidade civil e posteriormente foram transpostos para o Direito Penal,⁸²¹ e podem ser encontradas já nos primeiros escritos de CLAUS ROXIN a respeito da autocolocação em risco autorresponsável e da heterocolocação em risco consentida. Por meio do então chamado fim de proteção da norma, pretendeu-se afirmar que não bastava para a imputação objetiva a lesão ao bem jurídico como decorrência de um risco não permitido criado pelo agente, sendo também necessária a inclusão de um grau valorativo (*Wertungsstufe*) a fim de se limitar a responsabilidade penal.⁸²² Atualmente, compreende-se o fim de proteção da norma na ideia de alcance do tipo, este último um tema que continua inserido nos questionamentos da imputação objetiva. Segundo CLAUS ROXIN, em regra, a imputação objetiva se dá nos casos em que a lesão decorre concretamente de risco não permitido criado pela conduta do sujeito. Contudo, excepcionalmente nega-se a imputação objetiva nas hipóteses em que, embora se verifique a realização concreta do risco não permitido, o resultado não é abrangido pelo alcance do tipo, também entendido como fim de proteção da norma (*Schutzzweck der Tatbestandsnorm*), uma vez que o tipo penal aplicável ao caso não tem como objetivo evitar resultados daquela espécie. Deste modo, para que ocorra a imputação objetiva, é necessário que o resultado se dê dentro dos limites do alcance do tipo.⁸²³

Há, contudo, dificuldade em definir com precisão o que seria exatamente este fim de proteção da norma e quais resultados seriam abrangidos pelo tipo. Pode-se afirmar que ele traduz o objetivo da norma penal de evitar que determinado bem jurídico seja lesado de um certo modo. Portanto, caso aquele bem jurídico não seja lesado ou, se ocorrido o dano, o resultado tenha se dado de modo que foge à previsão do tipo, não há imputação objetiva.⁸²⁴ Colocando o mesmo raciocínio de outro modo, tem-se que o resultado lesivo está no alcance do tipo, caso a ofensa ao bem jurídico tutelado ocorra de modo contrário ao objetivo da norma, ou seja, o resultado inclui-se entre aqueles que a norma pretende

⁸²¹ SCHÜNEMANN, Bernd. *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, cit., p. 716

⁸²² ROXIN, Claus. *Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten*, cit., p. 243-249; 258-259. O tema foi também abordado por Claus Roxin anteriormente, porém com o uso do termo *âmbito de proteção da norma* (*Schutzbereich der Norm*) (ROXIN, Claus. *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*. Berlin: Walter de Gruyter, 1973, p. 132 e ss.)

⁸²³ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, v. 1., cit., p. 401.

⁸²⁴ GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, cit., p. 103.

evitar, não apenas porque houve ofensa ao bem jurídico protegido, mas também porque as circunstâncias de tal ofensa qualificam-na como resultado que se objetiva evitar com a tipificação da conduta. Não é fim da norma e não está no alcance do tipo penal toda e qualquer ofensa ao bem jurídico protegido, mas tão somente os resultados que se almeja evitar com a criminalização da ação ou omissão. O problema reside então em saber quais são as espécies de resultados que se pretende evitar por meio de um determinado tipo penal.

A partir destas considerações, extrai-se a impossibilidade de se atribuir ao fim de proteção da norma um conteúdo determinado e aplicável a todos os casos. Ao contrário, somente a partir de uma norma individualmente considerada pode-se afirmar o teor do fim de proteção daquela norma específica. Portanto, cada norma penal incriminadora tem seu próprio fim de proteção, não se afigurando possível estender o seu conteúdo para as demais normas. A concretização do fim de proteção da norma se dá, assim, após a determinação da norma que está em exame.⁸²⁵ Cada tipo deve ser interpretado de modo a delimitar suas zonas de injusto, com a identificação de exigências normativas ligadas à lesão ou colocação em risco do bem jurídico que se pretende proteger.⁸²⁶

Conclui-se, deste modo, que o fim de proteção da norma não se traduz em um conceito do qual se possa diretamente extrair algo, mas traz uma perspectiva que inclui critérios valorativos baseados na lei, na jurisprudência ou em construções doutrinárias, reforçando-se no campo metodológico a interpretação teleológica dos delitos culposos.⁸²⁷ Com isso, afirma-se que o fim de proteção da norma não possibilita soluções prontas, mas pode tornar mais preciso o injusto dos delitos culposos.⁸²⁸ Tais considerações aplicam-se de igual modo aos delitos dolosos, uma vez que se tratam de questões de imputação objetiva do resultado.⁸²⁹

⁸²⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, cit., p. 717.

⁸²⁶ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*, cit., p. 387.

⁸²⁷ ROXIN, Claus. *Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten*, cit., p. 243-249; 258-259. O tema foi também abordado por CLAUD ROXIN anteriormente, porém com o uso do termo *âmbito de proteção da norma* (*Schutzbereich der Norm*) (ROXIN, Claus. *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*. Berlin: Walter de Gruyter, 1973, p. 132 e ss.). Igualmente: SÁNCHEZ, Bernardo José Feijoó. *Actuación de la víctima e imputación objetiva: Comentario de la STS de 17 de septiembre de 1999*. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Número 5, 2000, p. 331.

⁸²⁸ RUDOLPHI, Hans-Joachim. *Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre*. *Juristische Schulung*, n. 12, 1969, p. 557.

⁸²⁹ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, v. 1, cit., p. 401; KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht allgemeiner Teil*, cit., p. 96.

É possível, contudo, conferir-se maior concretude à ideia de alcance do tipo por meio da autorresponsabilidade, mais precisamente, situando os resultados lesivos decorrentes de atos autorresponsáveis fora do âmbito de proteção da norma. Afinal, os tipos penais não têm como fim a proteção do indivíduo contra si mesmo. Por conseguinte, os resultados lesivos que o ofendido causa aos seus próprios bens jurídicos estão fora do alcance do tipo.

Com o fim de proteção da norma, determinam-se quais resultados o tipo penal pretende evitar, ao mesmo tempo em que se afasta a relevância de outras possíveis lesões, as quais restam excluídas do tipo. A definição de quais resultados a serem evitados se dá com base nos valores do ordenamento jurídico, entre eles a autonomia do indivíduo, e lastreado neste valor se questiona a necessidade de proteção do indivíduo em relação a riscos por eles assumidos e que venham a lhe acarretar danos.⁸³⁰ Entende-se que a norma penal tem como finalidade a proteção do indivíduo, porém neste fim não se incluem as lesões que têm como origem a conduta do próprio ofendido, realizadas de modo consciente e autorresponsável. A incriminação de determinadas condutas visa a proteção de bens jurídicos do indivíduo, mas não pode justificar a proteção do sujeito em relação a si mesmo.⁸³¹ Por isso, o fim de proteção da norma limita-se à ofensa aos bens jurídicos alheios, sendo que o indivíduo é responsável pelos danos que causa si mesmo ao exercer sua autonomia, manifestação de sua dignidade.⁸³²

Este mesmo argumento pode ser formulado de modo negativo, com a afirmação de que se inserem no alcance do tipo os resultados cuja realização não têm a intervenção da conduta autorresponsável do ofendido, pois o fim de proteção da norma é evitar ofensas ao bem jurídico contrárias à vontade do ofendido. É o valor da autonomia que impõe interpretar-se a norma penal com tais limitações. A norma penal está a serviço da autonomia do indivíduo, na medida em que reprova as ofensas ao bem jurídico realizadas contra a vontade do titular ao mesmo tempo em que respeita as lesões causadas pela vontade do ofendido. Assim, tem-se que o alcance do tipo penal deve coincidir com a autonomia do titular do bem jurídico, justificando-se apenas a reprovação da conduta cujo

⁸³⁰ RUDOLPHI, Hans-Joachim. Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre, cit., p. 549 e 556; FIEDLER, Ralf-Peter. *Zur Strafbarkeit der einverständlichen Fremdgefährdung*, cit., p. 33.

⁸³¹ PUPPE, Ingeborg. *Strafrecht allgemeiner Teil*, cit., p. 82; HEINRICH, Bernd. *Strafrecht: Allgemeiner Teil I*. 2ª ed. Stuttgart: Kohlhammer, 2010, p. 96; JESCHECK, Hans Heinrich. *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*. 5ª ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996, p. 288.

⁸³² SCHMIDT, Rolf. *Strafrecht allgemeiner Teil*, cit., p. 61.

resultado é contrário à vontade autônoma do sujeito. Em suma, a norma penal tem como fim a proteção da autonomia do indivíduo e isso se dá tanto reprovando condutas como também respeitando-as, a depender de sua conformidade com a autonomia do titular do bem jurídico.

Portanto, por meio da autorresponsabilidade do ofendido limita-se o fim de proteção da norma e, conseqüentemente, também o alcance do tipo, impedindo-se a imputação objetiva do resultado ao terceiro colaborador. Com a conduta autorresponsável do ofendido contra si mesmo, os resultados lesivos encontram-se fora dos limites do tipo penal ao qual se pretende subsumir a conduta do terceiro.⁸³³ Desta forma, reflete-se no terceiro o exercício da autonomia do titular do bem jurídico. Na medida em que o resultado lesivo é excluído do alcance do tipo, verifica-se a atipicidade das condutas que anteriormente criaram ou majoraram os riscos ligados ao resultado. Se o resultado não se inclui no fim de proteção da norma, não se justifica a imputação a qualquer dos sujeitos. A impunibilidade do terceiro não se fundamenta na ausência de reprovação do ofendido, mas sim no fato de que o risco criado com sua conduta se realizou em lesão penalmente irrelevante em razão o modo – manifestação da autonomia – pelo qual ocorreu.

Entretanto, a categoria do alcance do tipo, incluindo-se o fim de proteção da norma, recebe críticas e sua adoção não é pacífica. Argumenta-se que o fim de proteção da norma compreende apenas um risco específico ligado à norma. Portanto, é necessário determinar a partir da norma qual espécie de risco não estaria relacionada ao tipo. Todavia, nem sempre se pode definir com clareza quais perigos a norma pretende evitar e quais lhe seriam irrelevantes. Quando o risco que a norma pretende evitar não é determinável, ele não poderia ser deduzido da norma um fim de proteção, o que traria consequências no âmbito da imputação objetiva na medida em que se impede a delimitação do alcance do tipo. Em razão disso, afirma-se criticamente que a ideia de fim de proteção da norma acarretaria uma limitação arbitrária do tipo ao reduzi-lo a um conjunto de riscos que se pretende evitar sem que tal conclusão se fundamente de modo suficiente na norma penal.⁸³⁴

Portanto, o fim de proteção da norma só poderia ser aplicado em alguns casos, tais como nos crimes de trânsito, pois nestes delitos a norma em si abrange apenas um risco

⁸³³ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*, cit., p. 389; ROXIN, Claus. *Strafrecht*, v. 1., cit., p. 402.

⁸³⁴ WALTHER, Susanne. *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung*, cit., p. 681-682. Criticamente: FRISCH, Wolfgang. *Selbstgefährdung im Strafrecht*, cit., p. 1-7.

específico e determinado. Deste modo, identificado qual o risco que a norma pretende evitar, pode-se falar então em fim de proteção da norma e dele extrair consequências jurídico-penais. Por outro lado, inexistindo um claro fim de proteção na própria norma, o instrumento não é capaz de oferecer respostas a fim de limitar o alcance do tipo, conferindo ao intérprete o poder de limitar a norma penal conforme seu desejo, sem parâmetros legais.⁸³⁵ Além disso, critica-se o fim de proteção da norma por sua vagueza e inconsistências, chegando-se a afirmar que ele poderia ser reduzido à simples norma de cuidado que fundamenta o injusto do delito de negligência.⁸³⁶

Também se afirma que o fim de proteção da norma seria instrumento que traz apenas soluções jurídicas aparentes, sem auxiliar efetivamente na tarefa de definição do direito.⁸³⁷ Apesar desta crítica, o fim de proteção da norma ganhou espaço no debate jurídico-penal, porque manifesta grandes semelhanças com a interpretação teleológica da norma e, em razão desta aproximação, as soluções jurídicas que se extraem do fim de proteção da norma mostram-se convincentes.⁸³⁸ Especificamente a respeito da autocolocação em risco, aponta WOLFGANG FRISCH a falta de clareza acerca dos fundamentos de sua não punibilidade, ao sustentar que o fim de proteção da norma seria categoria vazia e sem sentido.⁸³⁹

Na doutrina brasileira, observa-se também uma resistência à ideia de alcance do tipo como elemento da imputação objetiva. Como defende LUÍS GRECO, o fim de proteção da norma seria um mero conceito formal, pois é apenas uma diretriz, que não é suficiente para sua aplicação direta a casos concretos. Sustenta criticamente que o fim de proteção não é uma categoria necessária, pois basta para o juízo de imputação objetiva a concretização risco não permitido com seu desenvolvimento causal, com a negação do nexo de imputação se o dano não resulta efetivamente daquele risco anteriormente criado. Caso o risco realizado não tenha relação com justificativa da proibição do risco anterior – que lhe confere o caráter não permitido – simplesmente não há realização do risco no dano concreto, afastando-se a imputação objetiva do resultado.⁸⁴⁰ Consta-se, assim, que o autor preconiza a aplicação da *ratio* do fim de proteção da norma, porém no campo do

⁸³⁵ CHRISTMANN, Hagen. *Eigenverantwortliche Selbstgefährdung und Selbstschädigung*, cit., p. 681-682.

⁸³⁶ DUTTGE, Gunnar. *Erfolgszurechnung und Opferverhalten*, cit., p. 235.

⁸³⁷ FRISCH, Wolfgang. *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, cit., p. 81.

⁸³⁸ FRISCH, Wolfgang. *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, cit., p. 80.

⁸³⁹ FRISCH, Wolfgang. *Selbstgefährdung im Strafrecht*, cit., p. 3-4.

⁸⁴⁰ GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, cit., p. 108-109.

risco. Deste modo, ainda que se rejeite o fim de proteção da norma como categoria autônoma apta à resolução de casos concretos, a ideia de que certas ofensas não se incluem no resultado típico em razão do modo como se realizou o risco ainda é presente.

Aponta-se ainda a crítica de INGEBORG PUPPE quanto ao fim de proteção aplicado às normas paternalistas. Defende PUPPE que o argumento do fim de proteção da norma, considerando-se seu caráter paternalista, pode não afastar a responsabilidade penal do agente nos casos em que o ofendido se colocou em risco, dada a contraditoriedade que existiria entre o fim de proteção – paternalista – e a não responsabilidade do sujeito.⁸⁴¹ Expressamente afirma PUPPE que “para deveres objetivos de cuidado paternalistas, aquele que os desrespeita não pode se desincumbir da responsabilidade pelo fato de o ofendido ter se autocolocado no risco”.⁸⁴²

Pode-se argumentar, em sentido contrário a estas críticas, que o fim de proteção da norma deixa de ser vago na medida em que recebe seu conteúdo por meio da autonomia do indivíduo e sua autorresponsabilidade. Ao se afirmar que a norma penal deve respeitar a autonomia do titular do bem jurídico, os resultados lesivos com fundamento na conduta autônoma não podem ser reprovados penalmente. A partir deste raciocínio é possível imprimir um traço constante para se compreender o fim de proteção aplicável a um conjunto de normas penais, desvinculando-se, assim, do argumento de que cada norma tem um fim de proteção específico. Embora seja certo que as normas penais tenham seus próprios fins, isto não impede a identificação de um campo comum ao fim de proteção da norma. O elemento comum pode ser a autonomia do indivíduo, porquanto este valor é presente em todo o ordenamento. Ao mesmo tempo, a inserção da autonomia do indivíduo como elemento que limita o fim de proteção da norma não se configura enquanto restrição arbitrária do tipo, dado que este valor é expressão da dignidade da pessoa humana e estrutura todo o ordenamento jurídico. Portanto, não se fala em escolha arbitrária do intérprete em definir o fim de proteção da norma conforme a autonomia do indivíduo, mas sim em dever de assim fazê-lo em atenção a um valor fundamental do sistema. Além disso, ainda que o fim de proteção da norma e o alcance do tipo não sejam completamente aceitas como categorias autônomas, deve-se reconhecer a importância do debate que incitam. Importa, acima de tudo, que a autonomia do ofendido ganhe expressão no juízo

⁸⁴¹ PUPPE, Ingeborg. *Strafrecht allgemeiner Teil*, cit., p. 87.

⁸⁴² PUPPE, Ingeborg. *Strafrecht allgemeiner Teil*, cit., p. 88.

de imputação objetiva, ao limitar os resultados que podem ser atribuídos ao terceiro, ainda que isso se dê pela utilização de outras categoriais.

Além da perspectiva do alcance do tipo, analisa-se também a conduta do terceiro colaborador sob o prisma do risco permitido, afastando-se igualmente a imputação objetiva do resultado. Nesta proposta, a compreensão do ato do terceiro prescinde da análise do alcance do tipo, eis que a quebra do nexo de imputação ocorre em momento anterior. Por um lado, pelos argumentos relativos ao alcance do tipo afirma-se que há a criação de risco não permitido e sua realização, mas o resultado é excluído do fim de proteção da norma. Por outro, ao se abordar a conduta do terceiro pela ótica do risco, afirma-se que o risco criado pelo terceiro colaborador é qualificado como permitido.

Assim como no debate acerca do alcance do tipo, as consequências jurídicas da conduta do terceiro colaborador, quando analisada sob a ótica do risco permitido, também encontram fundamento na autonomia do sujeito. Com efeito, ao se examinar a conduta do terceiro colaborador, vê-se que seus atos se relacionam com a autocolocação em risco do ofendido e, portanto, ligam-se diretamente ao exercício da autonomia do titular dos bens jurídicos. O risco criado pelo terceiro insere-se na conduta autônoma e autorresponsável do ofendido e, em razão disso, passa a ser tratado juridicamente de modo especial. O caráter permitido dos riscos criados decorre do fato de que ao Estado não cabe tutelar os cidadãos em suas ações autônomas, interditando sua vontade. Os indivíduos têm direito a decidir acerca da colocação em risco de seus próprios bens jurídicos. Há, portanto, o exercício de um direito pelo ofendido e, por isso, sua conduta não pode ser contrária à norma jurídica. O ato dá origem a um risco permitido justamente por ser expressão da autonomia do próprio ofendido, impedindo o nexo de imputação objetiva do resultado.⁸⁴³ Em outras palavras, é a autonomia do ofendido que, ao agir de modo autorresponsável, confere ao perigo criado contra seus bens jurídicos o caráter de risco permitido. Por outro lado, se a conduta do ofendido não é autorresponsável e tampouco expressão de sua autonomia, não se poderia falar em criação de risco permitido.⁸⁴⁴

Deste modo, verificando-se que a conduta do ofendido é autorresponsável, o exercício de sua autonomia torna permitido não apenas o risco criado, mas também o perigo oriundo dos atos do terceiro. Os efeitos da autonomia vão além da conduta do

⁸⁴³ FRISTER, Helmut. *Strafrecht allgemeiner Teil*, cit., p. 111-112.

⁸⁴⁴ FRISTER, Helmut. *Strafrecht allgemeiner Teil*, cit., p. 112. Contrariamente e a favor de uma natureza paternalista da norma: PUPPE, Ingeborg. *Strafrecht allgemeiner Teil*, cit., p. 87.

titular do bem jurídico e expandem-se também ao terceiro colaborador da autocolocação em risco autorresponsável, refletindo-se no juízo sobre os atos deste último.⁸⁴⁵ Em respeito à autonomia do ofendido, não se pode impedir o exercício de sua vontade. Consequentemente, os atos dos terceiros que apenas colaboram com a autocolocação em risco não podem ser reprovados. Como o ofendido exerce autonomamente seu direito, o sujeito que contribui para a criação de tal risco permitido não cria com sua conduta de colaboração um risco proibido.⁸⁴⁶ Dado o caráter permitido do risco criado pelo terceiro, torna-se impossível imputar-lhe objetivamente o resultado sofrido pelo ofendido que agiu de modo autorresponsável.⁸⁴⁷

Por outro lado, caso se negue o caráter autorresponsável da conduta do ofendido, o risco pode então ser, a princípio, caracterizado como proibido, tornando-se possível a responsabilidade do terceiro. Entretanto, é preciso sublinhar que a ausência de autorresponsabilidade por parte do ofendido não implica necessariamente que os riscos envolvidos sejam proibidos, isso porque é factível que outros fatores venham a tornar permitidos estes riscos. O ato do ofendido contra si mesmo, ainda que não seja autorresponsável, poderia ser entendido como risco permitido em respeito ao princípio da ofensividade. Igualmente, é possível cogitar que o risco criado pelo terceiro seja permitido, embora contribua para uma autocolocação em risco que não é autorresponsável, por exemplo, caso a conduta do terceiro seja conforme normas de segurança aplicáveis a um determinado caso. Neste caso, se a conduta do terceiro importa na autocolocação em risco do ofendido de modo não autorresponsável, eventual resultado não lhe será imputado, pois o terceiro criou, com seus atos, um risco permitido. Portanto, tem-se que o caráter autônomo da conduta do ofendido torna permitido o risco que ele cria, bem como o perigo oriundo do terceiro colaborador. Contudo, isso não exclui que outros elementos também possam tornar permitido o risco.

Além disso, mesmo diante de normas de cunho paternalista não há a criação de risco proibido pelo terceiro, se houver o exercício a autonomia pelo ofendido. Tais normas devem ser interpretadas sob a perspectiva do paternalismo moderado, rejeitando-se o paternalismo rígido, que ignora a autonomia dos indivíduos. Por isso, ainda que a norma

⁸⁴⁵ FRISTER, Helmut. *Strafrecht allgemeiner Teil*, cit., p. 111-112.

⁸⁴⁶ FRISTER, Helmut. *Strafrecht allgemeiner Teil*, cit., p. 112-116. Igualmente: MURMANN, Uwe. *Grundkurs Strafrecht*, cit., p. 168; BEULKE, Werner. *Opferautonomie um Strafrecht: Zum Einfluss der Einwilligung auf die Beurteilung der einverständlichen Fremdgefährdung*, cit., p. 207-208

⁸⁴⁷ FRISCH, Wolfgang. *Selbstgefährdung im Strafrecht*, cit., p. 4-5.

tenha conteúdo paternalista e vise à proteção do sujeito em relação a suas próprias condutas, não se mostra possível ignorar o exercício da autonomia pelo ofendido. A norma paternalista, pela ótica moderada, só encontra aplicação nas hipóteses em que a decisão do ofendido não é manifestação de sua autonomia. Ela protege o sujeito contra si mesmo apenas nos casos em que sua conduta não é autorresponsável, porém, uma vez constatado o exercício da autonomia, deixa de ser legítima a intervenção estatal.⁸⁴⁸ Conclui-se, assim, que o exercício da autonomia pelo ofendido torna permitido o risco, ainda que a conduta do terceiro possa ser subsumida a uma norma paternalista. Isso porque a partir do momento em que se constata o efetivo exercício da autonomia, não há lugar para a intervenção paternalista, consubstanciando-se em hipótese de risco permitido que impossibilita a imputação objetiva de eventual resultado.

Em suma, o perigo criado pelo ofendido e pelo terceiro colaborador é risco permitido por inserir-se no legítimo exercício da autonomia do ofendido. Nesta hipótese, a imputação objetiva resta afastada, uma vez que o risco é permitido. Tal raciocínio também se aplica nos casos em que a conduta do terceiro pode ser subsumida a uma norma paternalista, pois, sob a perspectiva do paternalismo moderado, havendo o efetivo exercício da autonomia deixa de justificar-se a intervenção estatal.

Feitos estes esclarecimentos, cabem algumas considerações acerca do posicionamento encampado pelo presente trabalho, adotando-se o mais adequado para resolver o problema da punibilidade do terceiro que atua em uma autocolocação em risco. Dentre as diversas possibilidades de compreensão da conduta do terceiro colaborador pelo prisma da imputação objetiva, a aproximação segundo o risco é mais apropriada, especificamente pela abordagem do risco permitido. Não se rejeita por completo a construção do alcance do tipo e do fim de proteção de norma, pois se aceita a *ratio* que está por trás do argumento, embora tal categoria não se mostre, por si só, suficiente para a solução de casos concretos. Com efeito, o alcance do tipo é categoria que não se revela até o momento suficientemente estabelecida e sofre críticas por sua abstração. Em decorrência disto, como categoria independente o alcance do tipo traz inseguranças à aplicação da teoria da imputação objetiva e à concretização da autonomia do ofendido no Direito Penal. De qualquer forma, a *ratio* do alcance do tipo na autocolocação em risco –

⁸⁴⁸ Vide tópico 3.1.

interpretação teleológica da norma sob o prisma da autonomia – permanece na discussão de outros elementos da imputação objetiva.

Verifica-se, assim, que a autonomia do ofendido pode ser suficientemente abordada na imputação objetiva por meio da ideia de risco, tornando desnecessária a categoria do alcance do tipo para tais questões. Em razão disso, adota-se o campo do risco como melhor solução para lidar com o problema da conduta do terceiro colaborador. O exercício da autonomia do ofendido, que encontra expressão em sua conduta autorresponsável, impõe ao ordenamento que respeite o ato, com reflexos -se no juízo sobre o risco criado pelo terceiro, que passa a ser entendido como risco permitido.

Pode-se ver a *ratio* do alcance do tipo e do fim de proteção da norma inserida na ideia de risco permitido por meio da interpretação teleológica do tipo. Na medida em que os tipos penais não se prestam a proteger os bens jurídicos contra condutas do próprio ofendido, é permitido o risco voltado ao seu bem jurídico decorrente da conduta autorresponsável. Interpretando-se teleologicamente a norma penal, conclui-se que os riscos assumidos de modo autorresponsável pelo ofendido são permitidos. Os resultados que decorrem de um risco permitido, por sua vez, não podem ser imputados a terceiros que colaboram com o ato. Por isso, afirma-se que o risco criado é permitido em razão da autonomia do ofendido, mesmo no caso em que haja normas paternalistas que o protejam.

Por fim, pode-se concluir que as soluções jurídicas mais adequadas aos casos de colaboração em autocolocação em risco autorresponsável são encontradas no âmbito da imputação objetiva, uma vez que este instrumento dogmático permite a inclusão da autonomia do ofendido como fundamento material do exame da punibilidade do terceiro colaborador, o que não se verifica na mesma intensidade no argumento da participação. Dentro do campo da imputação objetiva, é possível analisar a conduta do terceiro colaborador sob diferentes pontos de vista. Primeiramente, aponta-se o chamado alcance do tipo, ligado ao fim de proteção da norma, segundo o qual o resultado lesivo ao bem jurídico do ofendido não é abrangido pelo tipo, uma vez que a norma a que se pretende subsumir a conduta do terceiro não visa evitar os resultados ocorridos. Esta posição sofre críticas especialmente pela dificuldade em se determinar o fim de proteção das normas em espécie e por isso tem a sua utilidade, enquanto categoria, questionada. Também é admissível examinar a punibilidade do terceiro colaborador no campo do risco, mais precisamente, por meio da afirmação de que os atos deste terceiro criam um risco permitido, uma vez que se inserem no exercício da autonomia do ofendido. Nesta tese,

defende-se que as consequências jurídicas do comportamento do terceiro colaborador podem ser adequadamente compreendidas pelas categorias do risco permitido, prestigiando-se a autonomia do ofendido e seu papel central na ofensa ao bem jurídico do ofendido.

5.2.3. *Casos de colaboração em autocolocação em risco e suas consequências jurídicas*

A partir destas considerações acerca das consequências jurídicas da autocolocação em risco autorresponsável, ilustra-se a sua aplicação com alguns casos já abordados anteriormente.⁸⁴⁹ A fim de facilitar a compreensão, retomam-se brevemente os fatos referentes aos casos e sua apreciação jurídica como autocolocação em risco autorresponsável, acrescentando-se neste momento a discussão sobre as consequências jurídicas da conduta do terceiro colaborador sob a ótica da imputação objetiva.

No caso da corrida de motocicletas (BGHSt 7, 112 - *Wettfahrt-Fall* ou *Motorradrennen-Fall*), viu-se que um sujeito, após consumir bebidas alcóolicas, convence outro a realizar com ele uma corrida com suas motocicletas. Durante a disputa, um dos sujeitos – que fez o convite inicial à corrida – derrapa e cai do veículo, falecendo no dia seguinte em razão dos ferimentos. Afirmou-se no tópico 4.3.3 que a hipótese se consubstancia em uma autocolocação em risco, porquanto os riscos ao bem jurídico tem origem na conduta do próprio ofendido, que possuía o conhecimento dos fatores essenciais do risco e possuía vontade de arriscar-se. O terceiro apenas colaborou ao participar da corrida.

No campo das consequências jurídicas, afirma-se inicialmente o caráter autorresponsável da conduta do ofendido, pois em seu ato não incidiu qualquer causa de exculpação, consistindo em expressão de sua autonomia. Note-se que o consumo de álcool não afasta o caráter autorresponsável da conduta. Aplicando-se a analogicamente a *ratio* do art. 28, inciso II, do Código Penal, a embriaguez voluntária não afasta a responsabilidade do indivíduo por seus atos e, se ele pode ser responsabilizado pelas lesões aos bens jurídicos alheios, pode com mais razão ser responsável pelos atos praticados contra seus próprios bens jurídicos. Determinado o caráter autorresponsável

⁸⁴⁹ Vide tópico 4.3.3.

da conduta do ofendido, afastam-se as consequências penais ao terceiro colaborador em respeito à autonomia do primeiro.

Sob o prisma da imputação objetiva, é possível cogitar se o terceiro colaborador criou risco não permitido ao realizar a disputa. A questão deve ser posta sob o prisma do direito brasileiro. Tem-se, assim, que com a participação na corrida de motocicletas, dadas as circunstâncias, o terceiro pode ter, a princípio, sua conduta subsumida ao tipo do art. 308, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro.⁸⁵⁰ Portanto, com sua conduta o terceiro criou, a princípio, um risco proibido, dado que a norma penal proíbe o ato. Contudo, o fato de o ofendido tomar parte voluntariamente na corrida torna permitido o risco criado pelo terceiro. A princípio, este risco pode se realizar em ofensa ao bem jurídico alheio, existindo previsão legal de agravamento pelo resultado no caso de lesão corporal grave ou morte (art. 308, §§ 1º e 2º, do CTB).⁸⁵¹ Entretanto, caso o outro participante perca sua vida na disputa, como no caso em análise, a morte não pode ser atribuída ao terceiro colaborador. Isso porque a morte do ofendido é a realização concreta do risco permitido criado pelo terceiro com a manifestação da autonomia do ofendido. O ato autônomo e autorresponsável do ofendido deu origem ao risco que se realizou concretamente em sua morte. O risco proibido criado pelo terceiro torna-se permitido pelas ações autônomas do sujeito dirigidas contra si mesmo, as quais devem ser respeitadas pelo direito, pois a norma penal não visa proteger o sujeito de si mesmo. Portanto, afirma-se a não responsabilidade do terceiro por ausência de imputação objetiva do resultado, dado que o risco criado pelo terceiro se qualifica como permitido em virtude da conduta autônoma do ofendido.⁸⁵²

⁸⁵⁰ Art. 308. Participar, na direção de veículo automotor, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada pela autoridade competente, gerando situação de risco à incolumidade pública ou privada: Penas - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor (Redação dada pela Lei nº 12.971, de 2014).

⁸⁵¹ Art. 308, § 1º. Se da prática do crime previsto no caput resultar lesão corporal de natureza grave, e as circunstâncias demonstrarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo, a pena privativa de liberdade é de reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, sem prejuízo das outras penas previstas neste artigo.

Art. 308, § 2º. Se da prática do crime previsto no caput resultar morte, e as circunstâncias demonstrarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo, a pena privativa de liberdade é de reclusão de 5 (cinco) a 10 (dez) anos, sem prejuízo das outras penas previstas neste artigo.

⁸⁵² Neste caso, o BGH afirmou a responsabilidade do terceiro pelo delito culposos, pois sua conduta foi causal para o acidente, violou o dever objetivo de cuidado e lhe era objetivamente previsível o resultado, além de afastar eventual consentimento válido. Percebe-se na decisão que o consumo de álcool pelo ofendido influiu no juízo sobre a responsabilidade do terceiro. É interessante destacar que, embora se afirme que não há um dever de proteger terceiros de perigos, também se sustenta que se deve atentar para a vida e a saúde alheia (No original: “Nach dem geltenden Recht besteht zwar keine allgemeine Rechtspflicht, Dritte

Um segundo julgado de grande importância trata do fornecimento de seringas para o uso conjunto de heroína (BGHSt 32, 262 – *Heroinspritzen-Fall*). Como já exposto, neste caso dois usuários de heroína encontram-se e decidem usar a droga conjuntamente. Um dos sujeitos informa ao outro que não possui seringas e que ele não conseguia mais adquiri-las, já que ninguém lhe vendia seringas na região por saberem de seu pesado consumo de drogas. Em razão disso, o outro indivíduo encarregou-se de procurar novas seringas para ambos, logrando comprá-las. A droga foi preparada para o consumo e cada um deles injetou em si mesmo a substância. Contudo, um deles – o usuário que não conseguia mais adquirir seringas – teve uma overdose e faleceu. Conforme anteriormente abordado, esta é uma hipótese de autocolocação em risco, dado que o risco aos bens jurídicos do ofendido decorre diretamente do ato de injetar em si mesmo a substância. Deste modo, a origem do risco que se realizou diretamente na lesão encontra-se na conduta do próprio ofendido. Subjetivamente, o ofendido manifesta a necessária vontade e o conhecimento dos aspectos essenciais do risco, porquanto quer fazer uso da droga e sabe dos riscos a que se submete com isso. Por outro lado, o terceiro apenas colabora para a autocolocação em risco do ofendido ao fornecer-lhe a seringa para o uso da heroína, tornando possível assim a utilização da droga.

A conduta do ofendido, ao injetar em si a heroína com a seringa adquirida pelo terceiro, configura um ato autorresponsável, uma vez que, segundo as regras da exculpação, o ofendido era capaz de entender o caráter arriscado do ato, bem como de autodeterminar-se para submeter-se ou então afastar-se do perigo por ele próprio criado. Acrescenta-se que o fato de ele ser usuário de drogas não afasta sua autorresponsabilidade, ainda que caracterizada a sua dependência da substância. É de se supor que, em seu estado, ele poderia ser culpável por um delito cometido contra alguém, sem a incidência do exculpante do art. 45 da Lei nº 11.343/2006. Por isso, a sua autorresponsabilidade e o caráter autônomo das condutas que realiza em detrimento de seus próprios bens jurídicos devem ser afirmados. Como uma decorrência ao respeito de sua autonomia, não se pode reprovar a conduta do ofendido e nem daqueles que colaboraram para sua realização.

No âmbito da imputação objetiva, sustenta-se que a conduta do terceiro criou risco permitido. Embora haja a tipificação da conduta de auxiliar alguém a indevidamente usar

vor Gefahren oder Verletzungen zu schützen (BGHSt 6, 147). Das menschliche Zusammenleben gebietet aber allgemein eine billige Rücksichtnahme auf Gesundheit und Leben anderer“).

drogas, o ato se deu em conformidade com a vontade autônoma do ofendido.⁸⁵³ Uma vez que o ofendido use a substância de modo autônomo, qualifica-se como risco permitido a conduta do terceiro que o auxilia. A lesão à vida do ofendido é a realização de um risco permitido pelo ofendido contra si mesmo, de modo autônomo e autorresponsável, quando injeta a heroína em seu sangue. Por consistir em exercício da autonomia do ofendido, o resultado lesivo que advém de tal risco não pode ser imputado ao terceiro.⁸⁵⁴

Outro caso anteriormente tratado e que agora merece nova consideração é o caso do médico com varíola (BGHSt 17, 359 – *Pockenarzt-Fall*). Relata-se que durante uma viagem de estudos um médico contraiu varíola e, sem verificar seu estado de saúde, retornou ao trabalho em sua clínica. Em razão disto, outros médicos e pacientes também adoeceram. Após tomar conhecimento de sua doença, o médico permaneceu isolado em quarentena. Neste período, o doente recebeu a visita voluntária de um religioso, que tinha completo conhecimento dos riscos a que se expunha relacionados ao contágio da varíola. Em razão da visita, o religioso infectou-se com doença. Como anteriormente afirmado, esta hipótese deve ser interpretada como autocolocação em risco por omissão. Verifica-se que o ofendido, ao voluntariamente ter contato com o terceiro infectado com varíola, expõe-se a um risco que, embora ligado ao terceiro, é juridicamente originado pelo próprio ofendido. Isso porque o ofendido podia retirar-se do ambiente a qualquer momento e assim cessar ou diminuir o risco a seus bens jurídicos. No entanto, após iniciar sua exposição ao risco decidiu nele manter-se, embora pudesse agir em sentido contrário. Portanto, é sua conduta omissiva – manter-se no risco podendo dele afastar-se – que dá origem à colocação em risco. Subjetivamente, o ofendido sabia do risco de contágio e quis arriscar-se. Afirma-se, então, a autocolocação em risco pelo ofendido. Por consequência, o terceiro é entendido como colaborador, pois contribui à autocolocação em risco do ofendido ao possibilitar sua conduta arriscada, uma vez que, sem sua doença, não existiria o risco de contágio.

Além disso, a conduta do ofendido é autorresponsável. Não se verifica a ocorrência de qualquer causa de exculpação e o ofendido tem a capacidade de

⁸⁵³ Art. 33, § 2º. Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa. Novamente, a análise se dá com a utilização do direito brasileiro, a fim de tornar o argumento mais compreensível.

⁸⁵⁴ Na decisão do BGH, entendeu-se pela não punibilidade do terceiro, aplicando-se o argumento da participação. Afirmou-se que o terceiro que colabora com uma autocolocação em risco autorresponsável toma parte em uma conduta que é atípica e, por isso, seus atos não são puníveis frente ao delito cujo bem jurídico é a vida ou a integridade física.

compreender o caráter arriscado de sua conduta e pode determinar-se conforme essa compreensão. Assim, sua conduta é manifestação legítima de sua autonomia e pode ser qualificada como autorresponsável, o que impede a reprovação penal do ofendido e do terceiro colaborador.

Pela imputação objetiva, vê-se que o risco criado pelo terceiro não pode ser qualificado como risco proibido. O terceiro encontrava-se isolado e em quarentena, para submeter-se a tratamento e evitar novas infecções. Naquelas circunstâncias, surge do terceiro somente o risco de contaminar outros indivíduos que entrem em contato com ele. Pode-se afirmar que ele criou um risco proibido em relação aos sujeitos que se expuseram ao contágio involuntariamente por não saberem da doença. Contudo, em relação ao sujeito que, sabendo do risco de infecção, decide autonomamente pela própria periclituação, o risco criado pelo terceiro é permitido. O exercício da autonomia pelo ofendido confere ao perigo que emana do terceiro a natureza risco permitido. Embora este mesmo risco criado pelo terceiro possa ser proibido em relação aos demais indivíduos, nota-se que ele é risco permitido quanto ao ofendido que age de modo autônomo de modo a concretizar este risco em detrimento de seus próprios bens jurídicos. Portanto, eventual lesão a bens jurídicos do ofendido pelo contágio com varíola não pode ser imputada ao terceiro que, em relação ao ofendido, criou um risco permitido.⁸⁵⁵

Um dos mais polêmicos caso de autocolocação em risco relaciona-se ao contágio de AIDS por meio de relações sexuais. No tópico 4.3.3., afirmou-se a autocolocação em risco nas hipóteses em que o ofendido contrai o HIV em relação sexual consentida com pessoa sabidamente infectada e sem tomar as precauções devidas. Embora o risco durante o ato sexual só exista porque o terceiro é portador do HIV, o ofendido acaba por se expor a este risco ao manter relação sexual sem a devida proteção. Tratando-se de relação consentida e voluntária, pode o ofendido interrompê-la a qualquer momento, ou seja, ele pode interferir diretamente no risco e cessá-lo diretamente por sua própria conduta. Deste modo, concluiu-se que o ofendido poderia intervir diretamente no risco com sua conduta a qualquer tempo, de modo que a sua omissão, por não cessar o risco e nele manter-se voluntariamente, é a conduta que juridicamente dá origem ao risco contra si mesmo.

⁸⁵⁵ Relata CLAUS ROXIN que, neste caso, o BGH condenou o médico por lesão corporal do religioso. Fundamentou-se a decisão no fato de que não era válido o consentimento do ofendido, uma vez que se referia a um evento passado e a consentimento só poderia se dar somente quanto a fatos presentes ou futuros (ROXIN, Claus. *Strafrecht*, v. 1, cit., p. 403).

Neste momento, cuida-se de analisar a autorresponsabilidade da conduta do ofendido, afirmando-a na hipótese de ele ser capaz de entender o risco a que se submete e de determinar-se conforme esta compreensão. Se não incidirem nenhuma das causas de exculpação, pode-se asseverar que a conduta de realizar o ato sexual com pessoa sabidamente infectada consiste em manifestação da autonomia do agente e, portanto, trata-se de um ato autorresponsável. É interessante acrescentar que, com a rejeição das regras do consentimento para mensurar a autorresponsabilidade, também restam afastadas considerações de cunho moralista. Afigura-se irrelevante qualquer indagação acerca do ato sexual sob a ótica dos bons costumes. Consequentemente, as consequências da conduta autônoma não são penalmente relevantes, na medida em que a autonomia deve ser respeitada, não reprovada.

No campo da imputação objetiva, a conduta do terceiro caracteriza, em princípio, a criação de um risco não permitido. Com efeito, ao realizar ato sexual que pode importar em infecção do HIV a outrem, o terceiro acaba por criar risco proibido à integridade física alheia.⁸⁵⁶ Contudo, outro é o quadro que se apresenta caso o ofendido saiba dos riscos e deseje a ele se expor, agindo autonomamente ao decidir pela relação sexual desprotegida. Com o exercício da autonomia por parte do ofendido, o risco do terceiro passa a ser permitido, uma vez que não cumpre à norma penal proteger o indivíduo contra si mesmo. Por isso, eventual resultado lesivo aos bens jurídicos do ofendido não acarreta a imputação objetiva ao terceiro, na medida em que se realizou tão somente um risco permitido.

O último caso a ser retomado neste tópico relaciona-se com as ações de salvamento (*Retter-Fall* – BGHSt 39, 322). Conforme já exposto, neste julgado discutiu-se a responsabilidade de um sujeito que colocou fogo na casa do ofendido. Este último, ao chegar ao local imaginava que seu irmão se encontrava em seu interior e ingressou no imóvel em chamas a fim de resgatá-lo, além de buscar seus pertences pessoais. Entretanto, o ofendido acabou por desmaiar, intoxicou-se com a fumaça e morreu. Afirmou-se, em uma primeira análise do caso, que se está diante de uma hipótese de autocolocação em risco, pois o ofendido entrou na casa em chamas com conhecimento do risco e também

⁸⁵⁶ Ressalta-se que o contágio de HIV é entendido pela jurisprudência brasileiro como lesão corporal gravíssima, pois resulta em enfermidade incurável (art. 129, § 2º, inciso II, do Código Penal), afastando-se a incidência do crime de “perigo de contágio de moléstia grave” (art. 131 do Código Penal). Nesse sentido, vide: STJ, HC 160.982/DF, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado em 17/05/2012; STF, HC 98712, Relator Ministro Marco Aurélio, 1ª Turma, julgado em 05/10/2010.

vontade de arriscar-se, mesmo que a finalidade da ação fosse salvar seu irmão. Ao voluntariamente permanecer no interior da casa incendiada, mantendo-se no risco embora pudesse dele sair conforme sua vontade, a conduta do ofendido passa a ser juridicamente a origem da colocação em risco de seus bens jurídicos. Não obstante se constate a autocolocação em risco, não se pode afirmar que ela foi autorresponsável. Isso porque o ofendido encontrava-se em situação análoga ao estado de necessidade exculpante, impelido por seu sentimento de dever frente à vida de seu irmão, não lhe sendo exigível conduta diversa. Sua conduta não consistiu em expressão completa da sua autonomia e não poderia ser reputada autorresponsável. Sendo assim, a conduta do terceiro colaborador pode ser juridicamente reprovada, porquanto o resultado sofrido pelo ofendido não pode ser reconduzido a uma manifestação legítima de sua autonomia, afigurando-se possível a imputação objetiva do resultado ao terceiro neste caso.⁸⁵⁷

Em conclusão, os casos acima objetivam somente exemplificar e concretizar a aplicação dos conceitos expostos, sem esgotar as hipóteses de autocolocação em risco autorresponsável. Além disso, por meio de sua análise pode-se ver com mais clareza o modo como se examinam os casos em que é discutida a autocolocação em risco. Em suma, deve-se inicialmente verificar se é hipótese de autocolocação em risco, caso o risco tenha origem na conduta ativa ou passiva do ofendido, bem como se os requisitos subjetivos estão presentes, enquanto conhecimento dos aspectos essenciais do risco e a vontade de arriscar-se. Após, deve ser investigado o aspecto da autorresponsabilidade por meio da incidência analógica das regras da exculpação, o que permite afirmar-se se haverá consequências penais ao terceiro colaborador. Ao fim, utiliza-se a imputação objetiva como instrumento dogmático para afastar a responsabilidade do terceiro, seja porque o risco criado é permitido, interpretando-se os tipos penais sob a ótica do respeito à autonomia individual.

Findo o estudo sobre a autocolocação em risco autorresponsável e suas consequências jurídicas, parte-se ao estudo das consequências jurídicas da heterocolocação em risco consentida.

⁸⁵⁷ O BGH decidiu neste caso pela punibilidade do terceiro que ateou fogo à casa, imputando-lhe a morte do ofendido, especialmente porque a conduta deste último de colocar-se em risco foi motivada pela tentativa de salvar seu irmão que acreditava estar dentro da casa.

5.3. Heterocolocação em risco consentida autorresponsável

Neste tópico, cuida-se das consequências jurídicas da heterocolocação em risco consentida autorresponsável e dos instrumentos dogmáticos aptos à compreensão da conduta do terceiro ofensor. O objetivo é determinar em que hipóteses a heterocolocação em risco consentida é penalmente irrelevante e investigar como a conduta do terceiro pode ser inserida nas categorias da teoria do delito.

Em primeiro lugar, cabe relembrar brevemente o conceito de heterocolocação em risco adotado neste trabalho. Conforme já analisado, caracteriza-se como heterocolocação em risco consentida a conduta do terceiro que dá origem ao risco, criando-o ou majorando-o, em relação à qual o ofendido posteriormente decide se expor. É ínsito ao conceito, por sua vez, que o ofendido também pratique uma conduta, a qual imprime o caráter consentido na heterocolocação em risco, consubstanciada no ato de se expor ao perigo. O ofendido deve se expor voluntariamente ao risco, enquanto exercício de sua autonomia, apenas tolerando-o, sem exercer influência sobre ele e com conhecimento do risco a que se expõe.⁸⁵⁸

Acrescenta-se neste ponto da exposição que a heterocolocação em risco consentida deve também ser autorresponsável.⁸⁵⁹ Tal como na autocolocação em risco, a heterocolocação em risco consentida pressupõe uma conduta autorresponsável do ofendido de se expor ao risco. É necessário que a conduta do ofendido seja o exercício de sua autonomia para que dela se possam extrair consequências penais.⁸⁶⁰ O ofendido exerce o mesmo grau de autonomia ao autocolocar-se em risco e ao consentir com a heterocolocação em risco. Sua conduta é, sob o prisma da autonomia, de igual natureza. Em ambos os casos, está o ofendido a arriscar seus bens jurídicos, seja pelo ato de criar um risco, seja por expô-los ao um risco que advém de um terceiro. Por isso, deve-se reputar autorresponsável a conduta do ofendido em uma heterocolocação em risco do mesmo modo como também é autorresponsável sua conduta em uma autocolocação em risco. Afirmada a autorresponsabilidade da conduta do ofendido como uma manifestação de sua autonomia, passa a ser respeitada pelo Direito Penal, não mais reprovada, estendendo-se essas consequências também ao terceiro que está envolvido no cenário arriscado.

⁸⁵⁸ Vide tópico 4.4.

⁸⁵⁹ Para a exposição detalhada das regras da autorresponsabilidade, vide tópico 5.1.

⁸⁶⁰ CHRISTMANN, Hagen. *Eigenverantwortliche Selbstgefährdung und Selbstschädigung*, cit., p. 679.

O ofendido, ao expor-se aos riscos criados por outrem, deve ter sua autonomia mensurada pela incidência analógica das regras da exculpação. Deste modo, aplicam-se analogamente as normas atinentes à culpabilidade para se aferir a autorresponsabilidade do ofendido em um cenário de heterocolocação em risco. Fundamenta-se essa posição, em suma, pela ideia de que a autonomia do ofendido e do ofensor tem a mesma natureza e, à vista disso, devem ser apreciadas de modo unitário.⁸⁶¹ Em resumo, isso quer dizer que o ofendido deve ser imputável, ou seja, tem que ser capaz de compreender o caráter arriscado de sua conduta de exposição ao perigo alheio e poder determinar-se conforme esta compreensão, bem como não devem incidir hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa. A aplicação destas regras ao ofendido é analógica, pontuando a necessidade de se interpretá-las de modo extensivo e teleológica, a fim de ampliar o respeito à autonomia do ofendido. Em outras palavras, os parâmetros utilizados para aferir a autorresponsabilidade do ofendido devem ser mais permissivos do que aqueles voltados ao ofensor. É possível afirmar-se a autorresponsabilidade, ainda que o ofendido tenha menos de dezoito anos de idade, por exemplo, desde que efetivamente tenha a suficiente capacidade de compreensão dos fatos e autodeterminação. Além disso, não é preciso que todos os elementos da autorresponsabilidade estejam concomitantemente presentes para se afirmar a autonomia da conduta. Apenas os fatores mais próximos e relevantes ao fato arriscado são pertinentes para o exame da autorresponsabilidade.⁸⁶² Por fim, as conclusões expostas no tópico referente à autorresponsabilidade aplicam-se também ao ofendido que se expõe a um risco alheio.⁸⁶³ Com isso, afirmando-se o caráter autorresponsável da heterocolocação em risco consentida, afasta-se a incidência do Direito Penal e a conduta do terceiro não pode ser reprovada.

Tal como na discussão acerca da autocolocação em risco autorresponsável, não basta afirmar que o ofendido age de modo autorresponsável e que o exercício legítimo da autonomia constitui um obstáculo ao poder de punir estatal frente ao ofendido e ao terceiro. É preciso determinar os instrumentos dogmáticos mais adequados para permitir o respeito à autonomia do ofendido pelo Direito Penal. No campo da heterocolocação em risco autorresponsável discutem-se duas alternativas teóricas para lidar com o problema da punibilidade do terceiro. A primeira delas defende tratar os casos de heterocolocação em risco como espécie de consentimento. O ofendido, ao expor-se ao risco alheio, estaria

⁸⁶¹ FIEDLER, Ralf-Peter. *Zur Strafbarkeit der einverständlichen Fremdgefährdung*, cit., p. 119-121.

⁸⁶² TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*, cit., p. 388.

⁸⁶³ Vide tópico 5.1.

a consentir no risco, embora não deseje a lesão ao bem jurídico. Haveria, portanto, a aplicação da tradicional figura do consentimento, afastando-se a antijuridicidade da conduta do terceiro. Questiona-se, como se fará a seguir, a aptidão do consentimento às hipóteses de colocação em risco, bem como a adequação das regras do consentimento à concepção de autonomia defendida nesta investigação. A segunda proposta refere-se à equiparação da heterocolocação em risco consentida à autocolocação em risco autorresponsável. Segundo este posicionamento, aplica-se à heterocolocação em risco consentida a imputação objetiva como instrumento dogmático para compreender-se a conduta do terceiro, tal como no autocolocação em risco autorresponsável. A equiparação, no entanto, só é possível se verificados certos requisitos. Por fim, volta-se a analisar alguns casos concretos de heterocolocação em risco expostos no capítulo anterior, complementando-os com considerações acerca das consequências jurídicas para os que são nele retratados.

5.3.1. *Consentimento do ofendido*

A primeira das propostas para lidar juridicamente com a heterocolocação em risco consentida é, tal como na colaboração em autocolocação em risco, o consentimento do ofendido.

O consentimento do ofendido manifesta-se na estrutura do delito tanto no âmbito da tipicidade, como no campo da antijuridicidade.⁸⁶⁴ Note-se que a aquiescência do ofendido que resulta em atipicidade da conduta é denominada acordo, diferenciando-se assim do consentimento em um sentido mais estrito, o qual afasta a antijuridicidade da conduta.⁸⁶⁵ Dentro do juízo de tipicidade, observa-se que o tipo objetivo de determinados delitos pressupõe, para sua realização, o dissenso do ofendido, isto quer dizer, a subsunção ao tipo objetivo depende da não concordância do ofendido com a realização da conduta.⁸⁶⁶ Esta impossibilidade de realização do tipo em razão do consentimento do ofendido revela-se por meio da própria natureza da ação tipificada, que indica sempre a

⁸⁶⁴ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, v. I, cit., p. 540.

⁸⁶⁵ PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido*, cit., p. 96-103.

⁸⁶⁶ É possível também considerar não apenas o dissenso, mas também o consenso do ofendido como elemento necessário para a configuração da ação típica, como, por exemplo, nos casos de aborto consentido: BITTENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2011, p. 362-363. Em igual sentido: PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*, cit., p. 96-98.

existência de dissenso com o ofendido.⁸⁶⁷ Nos demais casos, em que o dissenso não se coloca como pressuposto para a realização da conduta típica, fala-se do consentimento do ofendido como causa de exclusão da antijuridicidade.⁸⁶⁸ Para que ocorra a efetiva exclusão da responsabilidade do sujeito, é necessário o preenchimento de inúmeros requisitos, tais como a disponibilidade do bem jurídico, sua titularidade pelo sujeito, capacidade de consentir, ausência de vícios na vontade, manifestação prévia, expressa e contundente e, por fim, a não violação de princípio expressos da ordem jurídica.⁸⁶⁹ A indisponibilidade do bem jurídico se verifica nos casos em que existe interesse coletivo na proteção do bem jurídico individual ou também nas hipóteses em que o tipo penal tem como fim a proteção do próprio ofendido contra si mesmo.⁸⁷⁰

Em regra, o consentimento do ofendido é categoria que se ocupa das hipóteses em que o titular do bem jurídico concorda com sua lesão, ou seja, permite que outrem realize conduta que acarretará a ofensa ao seu bem jurídico. O ato de consentir com a conduta do terceiro, por sua vez, traz questionamentos não apenas sobre seus requisitos ou sua colocação na teoria do delito, mas também sobre o próprio objeto do consentimento do ofendido. Mais especificamente, questiona-se não apenas a lesão ao bem jurídico poderia ser consentida, mas também o mero risco de lesão poderia ser objeto do consentimento. O consentimento do ofendido poderia então referir-se exclusivamente à colocação em risco, que afastaria a antijuridicidade da conduta do agente.⁸⁷¹ Haveria, portanto, um consentimento do ofendido na lesão e um consentimento do ofendido no risco.

As hipóteses aqui tratadas como heterocolocação em risco consentida seriam equivalentes ao chamado consentimento do ofendido no risco ou então consentimento em crime culposos.⁸⁷² O ofendido com sua conduta se expõe ao perigo criado pelo terceiro e

⁸⁶⁷ KREY, Volker; ESSER, Robert. *Deutsches Strafrecht*, cit., p. 263.

⁸⁶⁸ KREY, Volker; ESSER, Robert. *Deutsches Strafrecht*, cit. p. 263. PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*, cit., p. 98-103.

⁸⁶⁹ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*, cit., p. 388.

⁸⁷⁰ Nesse sentido: REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal: Parte Geral*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 1, p. 114.

⁸⁷¹ Observa-se que nas hipóteses de heterocolocação em risco consentido é difícil imaginar-se caso de acordo. A princípio, a anuência com a mera colocação em risco, sem o consentimento quanto ao resultado, poderia se dar nos crimes de perigo, o que levaria ao acordo. Contudo, não se extrai, ao menos dos crimes de perigo relativos à periclitção à vida e à saúde (art. 130 a 136 do Código Penal) o dissenso como elemento do tipo. Por isso, eventual consentimento levaria à exclusão da antijuridicidade, mantendo-se a tipicidade da conduta. Sublinha-se que a imputação de resultado decorrente do perigo é questão diversa, pois cuida da tipicidade frente a um crime de dano, diferente do crime de perigo. Quanto a este crime de dano, o consentimento apenas poderia levar à exclusão da antijuridicidade, pois desconhece-se tipo penal cuja mera anuência no risco, porém não no resultado danoso, seja suficiente para afirmar-se o acordo.

⁸⁷² MENRATH, Marc. *Die Einwilligung in ein Risiko*. Berlin: Duncker & Humblot, 2013, p. 53

consente que o terceiro coloque seus bens jurídicos em risco, mas espera que ele não se realize em dano. No centro do consentimento no risco, assim como no consentimento na lesão, está o exercício do direito de autodeterminação pelo ofendido.⁸⁷³

É de se destacar que a utilização do consentimento do ofendido como instrumento apto para os casos de heterocolocação em risco consentida encontra acolhida por grande parte da doutrina e da jurisprudência alemãs.⁸⁷⁴ Igualmente, na doutrina nacional encontram-se defensores da aplicação do consentimento às condutas arriscadas, tratando do tema sob a insígnia de consentimento em crimes culposos.⁸⁷⁵

Viu-se que o consentimento do ofendido é refutado pela presente tese enquanto solução teórica para aferir a autorresponsabilidade das condutas de colocação em risco, conforme já analisado no tópico 5.1.1. Contudo, dada a sua recepção no âmbito da doutrina e da jurisprudência como instrumento dogmático para a compreensão da heterocolocação em risco consentida, reputa-se relevante tecer alguns comentários adicionais, por meio dos quais retomam-se algumas discussões atuais sobre a aplicação do instituto do consentimento do ofendido à heterocolocação em risco consentida, adotando-se ao mesmo tempo uma posição crítica em relação a estes mesmos debates.

Antes disso, importa ressaltar uma mudança no eixo do consentimento, segundo esta linha doutrinária e jurisprudencial, ao passar-se da lesão para o risco como objeto da vontade do ofendido. Esta transição traz, por sua vez, novas exigências à figura do

⁸⁷³ LENCKNER, Theodor; STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Vorbemerkungen zu den §§ 32 ff. *Strafgesetzbuch*: Kommentar. 28. ed. München: Beck, 2010. xxxvii, 3042, § 102.

⁸⁷⁴ MURMANN, Uwe. *Grundkurs Strafrecht*, cit., p. 166; RENGIER, Rudolf. *Strafrecht allgemeiner Teil*, cit., p. 217; KREY, Volker; ESSER, Robert. *Deutsches Strafrecht allgemeiner Teil*, cit., p. 270; FRISTER, Helmut. *Strafrecht allgemeiner Teil*, cit., p. 179; BEULKE, Werner. *Opferautonomie im Strafrecht*, cit., p. 208. Igualmente, afirmando ser esta a posição dominante na doutrina e na jurisprudência alemã: GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, cit., p. 75-76; ROXIN, Claus. *Der Streit um die einverständliche Fremdgefährdung*, cit., p. 660. Na jurisprudência, cita-se o julgado BGHSt 53, 55 (*Autorrener-Fall*), que reconhece a primazia do consentimento do ofendido e o aplica ao caso concreto.

⁸⁷⁵ PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido*, cit., p. 103-106. JUAREZ CIRINO DOS SANTOS sustenta que o consentimento real no risco afasta a tipicidade, enquanto o consentimento presumido no risco exclui a antijuridicidade (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*, cit., p. 273-274). Igualmente, afirma JUAREZ TAVARES que, não sendo possível exclusão da imputação, fala-se em exclusão da antijuridicidade, o que ocorre normalmente nos casos de consentimento tácito ou presumido (TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*, cit., p. 418-425). Além disso, conclui ROSSANA BRUM LEQUES que “existirá consentimento do ofendido se a pessoa se expuser conscientemente ao perigo causado única e exclusivamente pelo terceiro” (LEQUES, Rossana Brum. *O consentimento do ofendido como excludente do tipo no direito penal brasileiro*. São Paulo: LiberArs, 2016., p. 104). Qualifica-se também o consentimento no risco como *consentimento indireto* (GOMES, Encías Xavier. *Do consentimento no homicídio*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 89 e ss.). O consentimento no risco como solução aos casos de heterocolocação em risco consentida é negado por LUIS GRECO (GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, cit., p. 76).

consentimento. Ao se tratar a heterocolocação em risco consentida autorresponsável como hipótese de consentimento do ofendido, incluem-se algumas novas balizas no exame da consequência jurídica atribuída à conduta do terceiro: (i) o problema do valor e desvalor da ação e do resultado, (ii) o caráter indisponível de certos bens jurídicos, especialmente a vida e (iii) o respeito aos bons costumes.⁸⁷⁶ Estes parâmetros são oriundos da própria categoria do consentimento do ofendido e são tradicionalmente discutidos nesse campo. Portanto, não se originam propriamente da heterocolocação em risco consentida, mas são a ela acrescentados e por isso merecem ser examinados com maior atenção a seguir.

Ao se deslocar o objeto do consentimento ao risco, questiona-se se o desvalor da conduta e do resultado causados pelo agente encontraria seu equivalente no valor do ato de consentimento do ofendido, afastando-se a antijuridicidade da conduta. Esta discussão tem importante valor dogmático ao revelar diferentes visões acerca do Direito Penal.

Para contextualizar este debate, vale lembrar que para a configuração do injusto penal fala-se em desvalor da ação e desvalor do resultado e que, para que se afaste o injusto por meio de uma causa excludente de antijuridicidade, é necessário contrapor o desvalor da ação e do resultado pelo valor da ação e do resultado. Os desvalores que surgem com a tipicidade são compensados pelos valores que advém da juridicidade das ações recobertas pelas causas de justificação. Ao se contraporem umas às outras, exclui-se o injusto penal iniciado com a conduta típica, mas afastado com a excludente de antijuridicidade.

Com efeito, na estrutura do injusto penal, é necessária a presença do desvalor da ação e do desvalor do resultado. Pressupõe-se a existência de ambos os elementos para que se satisfaçam as exigências do tipo penal. O desvalor da ação verifica-se nos elementos subjetivos da conduta, enquanto o desvalor do resultado encontra-se na causação da situação juridicamente desaprovada.⁸⁷⁷

Feitos estes esclarecimentos, retoma-se o argumento com a constatação de importantes diferenças entre o consentimento na lesão e o consentimento no risco. Ao transpor estes elementos ao consentimento do ofendido relacionado à lesão do bem jurídico, vê-se que a conduta do agente deixa de ser um injusto penal na medida em que

⁸⁷⁶ DÖLLING, Dieter. *Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers*, cit., p. 82-83; WALTHER, Susanne. *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung*, cit., p. 33.

⁸⁷⁷ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, v. 1, cit., p. 321.

o consentimento do ofendido se refere à conduta do agente e também ao resultado, ou seja, o ofendido consente com o ato do terceiro e com o resultado lesivo que decorre daquele ato. Com isso, afasta-se o desvalor da conduta do terceiro e o consequente desvalor de seu resultado, pois o ofendido imprimiu-lhe com seu consentimento o valor da conduta e o valor do resultado. Por outro lado, na hipótese do consentimento no risco é diverso o quadro, tendo em vista que o ofendido consente apenas em relação ao risco e não quer ou aceita a ocorrência do resultado lesivo. O ofendido confere ao agente apenas o valor da conduta, mas não o valor do resultado. Portanto, o agente tem compensado desvalor da sua conduta, mas o desvalor do resultado permanece descoberto.

Para os defensores do consentimento no risco como instrumento dogmático adequado para lidar com os problemas relacionados à heterocolocação em risco consentida, a ausência de valor do resultado não constitui um obstáculo. Isso é possível, entretanto, apenas se o desvalor do resultado causado pelo agente deixe de ser necessário para a configuração do injusto penal. Partindo-se de um paradigma finalista do Direito Penal, não é preciso que o ofendido consinta com o resultado lesivo causado pelo terceiro, bastando que sua anuência faça referência à mera conduta arriscada. Em outras palavras, com o consentimento dirigido apenas à infração do dever de cuidado do terceiro e à colocação em perigo, a lesão decorrente passa a ser também necessariamente aceita pelo ofendido, que acaba por abandonar seu bem jurídico ao consentir com a periclitção.⁸⁷⁸

Sublinhe-se que esta posição fundamenta-se no fato de que, de acordo com a teoria finalista, o desvalor da conduta ocupa lugar central, afirmando-se por esse pensamento que o injusto penal é o próprio desvalor da ação pessoal e referido ao autor.⁸⁷⁹ A favor desta posição, sustenta-se que objeto da proibição penal é apenas a conduta, não o resultado, cuja ocorrência dependeria antes de tudo do acaso.⁸⁸⁰ Com efeito, pela concepção finalista o resultado lesivo não é inserido no conceito de injusto penal e a ocorrência da lesão ao bem jurídico é entendida como uma condição objetiva da punibilidade. Especialmente nos delitos culposos essa posição tem destaque, uma vez que seu ponto central seria o desvalor da ação, tornando-se o resultado um mero pressuposto

⁸⁷⁸ HAFT, Fritjof. *Strafrecht allgemeiner Teil*, cit., p. 75; HEINRICH, Bernd. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, cit., p. 197; DACH, Ralph Peter. *Zur Einwilligung bei Fahrlässigkeitsdelikten*. 1979. 126 F. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Mannheim, Mannheim, 1979, p. 13; ZIPF, Heinz. *Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht*. Neuwied: Luchterhand, 1970, p. 71.

⁸⁷⁹ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, v. 1, cit., p. 321-322.

⁸⁸⁰ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, v. 1, cit., p. 324.

da punibilidade. Deste modo, o desvalor do resultado presta-se somente a fundamentar a necessidade de pena ao agente.⁸⁸¹

A prevalência conferida ao desvalor da conduta no injusto penal baseia-se na ideia segundo a qual o Direito é um ordenamento com regras voltado a condutas humanas, regulando os indivíduos e seus atos. Por isso, ao consentir com certa conduta de um terceiro, o ofendido afasta do agente a anterior proibição de causar o resultado. Há, portanto, uma ligação necessária entre permitir a conduta e permitir o resultado, sendo que ao excluir o desvalor da conduta o ofendido acaba também por afastar o desvalor do resultado, ainda que a lesão ao bem jurídico não seja objeto de seu consentimento. O desvalor do resultado é entendido apenas como uma concretização do desvalor da conduta, isto é, não existe autonomia entre os desvalores da ação e do resultado, mas sim uma subordinação deste àquele.⁸⁸²

Portanto, pelo consentimento do ofendido como instrumento da heterocolocação em risco a antijuridicidade da conduta do terceiro é afastada pela anuência do titular do bem jurídico com a conduta arriscada, ainda que ele não queria o resultado lesivo, pressupondo-se que ao excluir o desvalor da conduta com o consentimento no risco deixa também de existir o desvalor do resultado.

Além do debate sobre o desvalor da conduta e do resultado, destaca-se a indisponibilidade de bens jurídicos como limitador do consentimento do ofendido, mais especificamente da indisponibilidade da vida, bem como da integridade física em atos contrários aos bons costumes. Segundo este requisito, a heterocolocação em risco consentida autorresponsável não afastaria a responsabilidade do terceiro, caso implique em ofensa a bens jurídicos entendidos como indisponíveis ou então em atos contrários aos bons costumes.

⁸⁸¹ WALTHER, Susanne. *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung*, cit., p. 34-35. No mesmo sentido: SCHAFFSTEIN, Friedrich. Handlungsunwert, Erfolgsunwert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten. In: STRATENWERH, Günther *et al.* (ed.). *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*. Berlin: de Gruyter, 1974, p. 567; FIEDLER, Ralf-Peter. *Zur Strafbarkeit der einverständlichen Fremdgefährdung*, cit., p. 18

⁸⁸² MURMANN, Uwe. *Grundkurs Strafrecht*, cit., p. 252; HIRSCH, Hans Joachim. Zum Unrecht des fahrlässigen Delikts. In: DÖLLING, Dieter (ed.). *Juristische Schulung humanum: Grundlagen des Rechts und Strafrecht: Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*. Berlin: Duncker & Humblot, 2003, p. 533. Veja-se também: MURMANN, Uwe. *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, cit., p. 431; FIEDLER, Ralf-Peter. *Zur Strafbarkeit der einverständlichen Fremdgefährdung*, cit., p. 19; RENZIKOWSKI, Joachim. *Eigenverantwortliche Selbstgefährdung, einverständliche Fremdgefährdung und ihre Grenzen*, cit., p. 353; FRISCH, Peter. *Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten*. Berlin: Duncker & Humblot, 1973, p. 15-16.

A questão da disponibilidade de bens jurídicos relaciona-se, por sua vez, com as indagações estruturais do Direito Penal.⁸⁸³ Quanto à indisponibilidade da vida, afirma-se que existiria um interesse público na manutenção da vida dos indivíduos, ainda que esta não seja a vontade do titular do bem jurídico.⁸⁸⁴ Além disso, existiria um interesse do próprio ofendido na manutenção da vida contrariamente à sua vontade, pois deste modo ele estaria penalmente protegido em relação a condutas alheias negligentes – embora consentidas – que acarretassem sua morte.⁸⁸⁵ A atuação estatal por meio do Direito Penal para a proteção da vida do sujeito contra sua vontade, embora consista em medida paternalista, seria justificada pela irreversibilidade da morte. Consequentemente, a seriedade e a voluntariedade do ofendido ao dispor de sua vida apenas se tornam claras nas hipóteses em que o sujeito realiza o suicídio por si mesmo, sem a assistência de terceiros. Por isso, CLAUS ROXIN entende ser legítimo o interesse público nas intervenções na vida alheia enquanto tabu.⁸⁸⁶

O caráter indisponível da vida é fundamentado, no direito alemão, pela previsão do § 216 StGB, que tipifica o homicídio a pedido e, portanto, criminaliza diretamente o ato de matar alguém com seu consentimento.⁸⁸⁷ No direito brasileiro não se encontra norma equivalente, mas pode extrair-se a indisponibilidade da vida do art. 122 do Código Penal, que proíbe a participação em suicídio.⁸⁸⁸ Igualmente, é possível vislumbrar a proibição de dispor da própria vida pelo artigo 13, *caput*, do Código Civil, que torna “defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”. Além disso, afirma-se que a vida é indisponível, pois, ainda que seja considerada um bem exclusivo de seu titular, a morte reflete-se em toda a sociedade e nas pessoas próximas ao ofendido.⁸⁸⁹

⁸⁸³ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*, cit., p. 419.

⁸⁸⁴ BLUM, Heribert. *Rechtfertigungsgründe bei Verkehrsstraftaten und Verkehrsordnungswidrigkeiten*, cit., p. 381. No direito brasileiro, afirma MARIA AUXILIADORA MINAHIM que “nenhum direito é mais fundamental do que a vida e a saúde e, portanto, merecedor de cuidados, ainda que anunciado o desinteresse do titular em sua preservação” (MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Autonomia e frustração da tutela penal*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 68).

⁸⁸⁵ DÖLLING, Dieter. *Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers*, cit., p. 86-87. Afirmando ser a preservação da vida um interesse social e indisponível ao titular do bem jurídico: GOMES, Eneias Xavier. *Do consentimento no homicídio*, cit., p. 76-78; 117-118.

⁸⁸⁶ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, v. 1, cit., p. 24.

⁸⁸⁷ KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht*, cit., p. 119-120; MURMANN, Uwe. *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, cit., p. 413.

⁸⁸⁸ “Tendo em vista a existência do crime de participação em suicídio no ordenamento jurídico-criminal pátrio, a princípio, o consentimento será considerado eficaz para a ortotanásia. Nas demais hipóteses, não produzirá efeitos” (LEQUES, Rossana Brum. *O consentimento do ofendido como excludente do tipo no direito penal brasileiro*, cit., p. 104).

⁸⁸⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*, cit., v.1., p. 176-177.

Segundo esta posição e como uma decorrência da indisponibilidade da vida, não pode o sujeito permitir que outrem atente contra ela. O titular do bem jurídico não tem a faculdade de renunciar à vida e, com este ato, excluir a incidência do Direito Penal na conduta do terceiro. Portanto, o ato do terceiro de matar alguém, mesmo com a anuência do ofendido, consubstancia em injusto penal. O consentimento do ofendido em relação à sua vida, ainda que seja entendida como bem jurídico individual, é considerado ineficaz, reforçando-se o respeito à vida alheia, e não tem o condão afastar a punibilidade da conduta do agente.⁸⁹⁰

Estas considerações seriam também aplicáveis aos casos de consentimento no risco, o que tornaria ineficaz a anuência com o ato de colocar em risco a própria vida. Sendo assim, o consentimento do ofendido com o ato arriscado do terceiro não excluiria a antijuridicidade do ato, ainda que se trate de hipótese de heterocolocação em risco consentida autorresponsável. Em outras palavras, o exercício autorresponsável da autonomia do ofendido em relação aos bens jurídicos não seria apto a impedir que o poder de punir alcance o terceiro.

Outro elemento que leva à indisponibilidade do bem jurídico e consequentemente à ineficácia do consentimento diz respeito à ofensa aos bons costumes. Constatando-se que o consentimento do ofendido importa em desrespeito aos bons costumes, ele não poderia afastar o conteúdo injusto do ato do terceiro.

O debate sobre os bons costumes e sua relação com o consentimento é especialmente presente no direito alemão. No § 228 StGB, há previsão expressa de que é antijurídica a lesão corporal consentida que ofenda os bons costumes.⁸⁹¹ Tem-se, assim, que o desrespeito aos bons costumes é uma limitação explícita ao consentimento do ofendido. Ainda que ele concorde com o ato que leva à lesão da integridade física, o terceiro pode ser punido se houver ofensa aos bons costumes. Afirma-se que a *ratio* deste dispositivo aplica-se também à proteção de bens jurídicos diferentes da integridade física, ainda que a norma só faça referência expressa à lesão corporal. Deste modo, seus efeitos expandem-se pelo ordenamento jurídico, impedindo a eficácia do consentimento do ofendido contrário aos bons costumes em relação a outros bens jurídicos.⁸⁹²

⁸⁹⁰ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, v. 1, cit., p. 558.

⁸⁹¹ § 228 Einwilligung. Wer eine Körperverletzung mit Einwilligung der verletzten Person vornimmt, handelt nur dann rechtswidrig, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt.

⁸⁹² WALTER, Tonio. Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff. *Strafgesetzbuch*: Leipziger Kommentar. 12. ed. Berlin: De Gruyter Recht, 2007, p. 776-777.

A ofensa aos bons costumes como barreira ao consentimento eficaz, embora se relacione diretamente à integridade física do sujeito, é interpretada no direito alemão como perigo à vida. Defende-se que há ofensa aos bons costumes nas hipóteses em que o ato consentido expõe a vida do ofendido diretamente à perigo. É o perigo concreto de ocasionar-se a morte do ofendido que leva à ineficácia do consentimento pelo desrespeito aos bons costumes.⁸⁹³ Além disso, para afirmar-se a contrariedade aos bons costumes a conduta do ofendido deve inseri-lo em um risco de grande intensidade, sendo que nas circunstâncias concretas o ato arriscado se dá sem uma motivação objetivamente racional pelo sujeito.⁸⁹⁴ Portanto, o desrespeito aos bons costumes está ligado à suposta irracionalidade do ato do ofendido.

Deste modo, a limitação relativa aos bons costumes relaciona-se de modo mais próximo ao consentimento no risco e à heterocolocação em risco consentida do que a indisponibilidade da vida, uma vez que lida diretamente com os riscos concretos à vida. É certo que esta interpretação acerca dos bons costumes pressupõe a indisponibilidade da vida, mas ressalta-se sua importância por ser obstáculo direto ao ato de consentir com a periclitación de bens jurídicos, a depender da intensidade do risco a que se expõe o ofendido e da hipotética irracionalidade do ato.

Os bons costumes como limite ao consentimento estão presentes no direito brasileiro. Embora não exista no ordenamento brasileiro norma com o conteúdo do § 228 StGB, podem ser extraídas do sistema obstáculos ao consentimento que se relacionam com aos bons costumes. Neste campo, destaca-se a previsão do artigo 13, *caput*, do Código Civil, que, embora não seja norma penal, traz importante diretriz ao estabelecer ao indivíduo a proibição expressa de dispor do próprio corpo de modo a contrariar os bons costumes.⁸⁹⁵

⁸⁹³PUPPE, Ingeborg. *Strafrecht allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, cit., p. 83; SCHMIDT, Rolf. *Strafrecht*, cit., p. 68; MURMANN, Uwe. *Grundkurs Strafrecht*, cit., p. 252-253; KINDHÄUSER, Urs. *Strafgesetzbuch*, cit., p. 126-127; SCHROTH, Ulrich. *Ärztliches Handeln und strafrechtlicher Maßstab: Medizinische Eingriffe ohne und mit Einwilligung, ohne und mit Indikation*. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich. (Org.). *Handbuch des Medizinstrafrechts*. 4ª ed. Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden: Boorberg, 2010, p. 44. Na jurisprudência alemã, tem relevância para a discussão os casos BGHSt 49, 166; BGHSt 17, 359; NJW 2003, 2326; BGHSt 7, 112 e BGHSt 50,80.

⁸⁹⁴ MENRATH, Marc. *Die Einwilligung in ein Risiko*, cit., p. 206.

⁸⁹⁵ Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Na doutrina nacional, também se defende que os bons costumes são barreira ao exercício do consentimento. Afirma-se que o conteúdo dos bons costumes deve ser igual tanto no Direito Civil, quanto no Direito Penal, evitando-se a criação de hipóteses diversas de antijuridicidade, o que seria contrário à ideia de ilicitude como categoria única em todo o ordenamento. Concretamente, sustenta-se que são violados os bons costumes nas hipóteses em que o ofendido se coloca contrariamente aos princípios e exigências éticas da moral e deste modo obriga-se, por seu consentimento, a suportar fatos imorais. Esta moral social orientadora do conteúdo dos bons costumes não é estanque, mas historicamente determinada e variável no tempo, é dizer, é uma moralidade média e contingente, que deve ser aferida pelo juiz ao momento da conduta realizada. Uma vez verificado que o consentimento traz ofensa aos bons costumes, a antijuridicidade do ato deve ser mantida.⁸⁹⁶

A partir destas considerações, constata-se que a barreira dos bons costumes impede a eficácia do consentimento do ofendido em condutas arriscadas, notadamente nos casos em que há intenso risco à sua vida. Entende-se, portanto, o limite dos bons costumes como um obstáculo moral ao consentimento e, deste modo, o ato de heterocolocação em risco consentida pelo ofendido não produz efeitos quanto à punibilidade da conduta do terceiro, embora o titular do bem jurídico tenha anuído com o ato de modo autorresponsável e em exercício de sua autonomia.

Conclui-se, assim, que o consentimento do ofendido como instrumento para a compreensão da heterocolocação em risco consentida autorresponsável acaba por pressupor um ponto de vista sobre o injusto penal que coloca em primeiro plano o desvalor da conduta e retira a importância do desvalor do resultado, filiando-se às ideias finalistas. Além disso, o consentimento do ofendido traz consigo limitações acerca da indisponibilidade de bens jurídicos, notadamente a vida, bem como o obstáculo referente aos bons costumes, cujo respeito imprime um cunho moral no consentimento e procura

⁸⁹⁶ PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido*, cit., p. 123-126. O autor cita como exemplo de ato ofensivo aos bons costumes o “consentimento para sevícias sexuais que produzem lesões corporais de natureza grave”. Além disso, afirma MIGUEL REALE JÚNIOR que o interesse do indivíduo em dispor de seu bem jurídico apenas é capaz de afastar o caráter ilícito da conduta se “realizada para atender interesse mais elevado, socialmente valioso” (REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*, cit., v.1., p. 177-178). Em sentido semelhante, no direito alemão, está a posição de DIETER DÖLLING, que aceita aceitando excepcionalmente a exclusão da antijuridicidade nos casos de um “consentimento qualificado”, em que o valor realizado com o ato e a autonomia do ofendido ultrapassam o injusto da morte culposamente ocorrida, sendo o grau do perigo à vida ponderado com o objetivo perseguido com o ato (DÖLLING, Dieter. *Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers*, cit., p. 90-91).

evitar a colocação em perigo da vida. Contudo, o consentimento do ofendido como instrumento da heterocolocação em risco consentida é objeto de críticas, como se verá a seguir.

5.3.1.1. *Crítica: Valor da ação e valor do resultado da conduta arriscada*

A primeira das críticas que se pode fazer ao consentimento do ofendido voltado à heterocolocação em risco consentida autorresponsável diz respeito ao papel do desvalor da conduta e do resultado no injusto penal. Afirmou-se anteriormente que nas hipóteses de consentimento no risco não seria necessário que o desvalor do resultado causado pelo agente seja contraposto a um valor do resultado decorrente do consentimento do ofendido, porquanto a anuência com a conduta, conferindo o valor da conduta, seria bastante para descaracterizar o injusto penal.

Os posicionamentos críticos opõem-se a esta argumentação ao defender a importância do desvalor do resultado, que não pode ser ignorado na apreciação do injusto penal. Com efeito, não é possível simplesmente excluir o desvalor do resultado do injusto da análise. Não existe desvalor do resultado sem desvalor da ação, uma vez que se proíbem penalmente resultados que decorrem da realização de condutas puníveis, sejam atos planejados pelo sujeito, sejam atos que desrespeitam o dever objetivo de cuidado.⁸⁹⁷ Esta forte ligação entre desvalor da ação e do resultado extrai-se do fato de que o desvalor da ação é deduzido do desvalor do resultado, isto é, a proibição de ação se liga diretamente com uma determinada consequência indesejada, que é o próprio resultado típico.⁸⁹⁸ Portanto, não se pode separar o resultado e a conduta, dado que não há manifestação do injusto sem o resultado exterior.⁸⁹⁹ Além disso, deve-se sublinhar que o desvalor do resultado é especialmente importante na configuração dos delitos culposos, sobrepondo-se ao desvalor da conduta em tais hipóteses.⁹⁰⁰ Na estrutura do crime culposos, vê-se que, embora identifique-se a conduta culposa pelo desvalor da ação, cabe ao resultado conferir à conduta a necessária relevância jurídico-penal, bem como é também necessário o

⁸⁹⁷ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, v. 1, cit., p. 325.

⁸⁹⁸ FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko*, cit., p. 75.

⁸⁹⁹ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, v. 1, cit., p. 327. Afirma JUAREZ TAVARES que “o desvalor do ato e o desvalor do resultado se integram em unidade recíproca, de sorte que, quase sempre, um se manifesta através do outro” (TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*, cit., p. 262). No mesmo sentido: DUTTGE, Gunnar. *Erfolgszurechnung und Opferverhalten*, cit., p. 233.

⁹⁰⁰ BEULKE, Werner. *Opferautonomie im Strafrecht*, cit., p. 217.

resultado para que se afirme a antijuridicidade da conduta e o juízo de culpabilidade, considerando-se os critérios pessoais da previsibilidade e evitabilidade do resultado.⁹⁰¹

Ao mais, não se pode ignorar que o desvalor do resultado é essencial no campo da antijuridicidade por representar a materialização da ofensa ao bem jurídico.⁹⁰² A necessidade desvalor do resultado é a própria expressão de que o Direito Penal se presta à proteção de bens jurídicos e pressupõe, por isso, sua lesão ou perigo de lesão para que incida no caso concreto e permita a limitação dos direitos dos indivíduos. Logo, é necessário conferir ao desvalor do resultado essa especial colocação no injusto penal, sem relegá-lo a uma posição secundária como faz o pensamento finalista, destacando a missão do Direito Penal como instrumento de proteção aos bens jurídicos.⁹⁰³

Além disso, rejeita-se ainda o argumento segundo o qual o desvalor do resultado não é importante para o injusto penal, pois ele se realizaria ao acaso e por isso apenas o desvalor da conduta importaria. O desvalor do resultado deve ser levado em consideração, pois não é qualquer decorrência da conduta que deve ser entendida como resultado, mas apenas aquelas consequências que podem ser imputadas ao sujeito. Por meio da imputação objetiva excluem-se os resultados que ocorrem ao acaso e sem ligação com a conduta do agente. Desta forma, a imputação objetiva afasta a distância física e temporal entre a conduta e o resultado, conferindo-lhes unidade.⁹⁰⁴ Por conseguinte, resultados criados ao acaso não são penalmente relevantes por força da inexistência de nexo de imputação objetiva. Apenas depois de se afirmar a imputação objetiva de um resultado ele constitui um desvalor e assim passa a integrar o injusto penal.

Por outro lado, esta concepção acerca do injusto penal tem consequências no campo da antijuridicidade. Considerando-se que conteúdo do injusto é caracterizado pelo desvalor da ação e do resultado, uma causa de justificação deve conter o valor tanto da ação, como do resultado, a fim de que o conteúdo do injusto da infração à norma seja compensado, porquanto ambos os elementos são equivalentes para a gravidade do injusto. Porque são exigidos o desvalor da conduta e o desvalor do resultado no injusto penal, este

⁹⁰¹ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*, cit., p. 159-160.

⁹⁰² BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*, cit., p. 171. Conforme JUAREZ TAVARES: “Na fundamentação do injusto dos delitos de resultado – os delitos culposos são em sua esmagadora maioria delitos de resultado –, basear-se tão-só no desvalor da ação é desprezar e desperceber as funções limitativas do direito penal com base na lesão ou perigo de lesão a bens jurídico” (TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*, cit., p. 159).

⁹⁰³ LENCKNER, Theodor; STERNBERG-LIEBEN, Detlev. *Vorbemerkungen zu den §§ 32*, cit., § 102. Também: DUTTGE, Gunnar. *StGB § 15 Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln*, cit., Rn. 195-196.

⁹⁰⁴ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, v. 1, cit., p. 326.

último deve ser afastado ao se verificar o valor da conduta e o valor do resultado pela causa excludente de ilicitude.⁹⁰⁵

Partindo-se da necessidade do desvalor do resultado no injusto penal, entende-se que o consentimento do ofendido não se mostra como instrumento dogmaticamente mais apto para regular as consequências jurídicas da heterocolocação em risco consentida.⁹⁰⁶ Conforme já analisado, para que reste afastada a responsabilidade penal do terceiro, seria necessário que o consentimento do ofendido se referisse não apenas à conduta, mas também ao resultado lesivo. No entanto, não é isto que ocorre na heterocolocação em risco consentida, na medida em que o ofendido não conta com a ocorrência da lesão ao bem jurídico, anuindo tão somente com a conduta arriscada. Como não há o consentimento na lesão, permanece o desvalor do resultado do terceiro e, portanto, também o injusto penal.⁹⁰⁷

Em outras palavras, não se aceita que o tipo permissivo do consentimento deixe de referir-se também ao resultado típico, porquanto o resultado é parte integrante do injusto penal e por isso seu desvalor deve também ser compensado pelo valor inerente ao consentimento. O consentimento que tenha como objeto exclusivamente o risco não é suficiente para afastar o injusto, pois caso contrário haveria uma indevida preponderância do desvalor da conduta em detrimento do desvalor do resultado.⁹⁰⁸ O resultado é necessário ao consentimento, pois se fosse suficiente apenas permissão quanto à simples ação para afastar o injusto como um todo, seria então indiferente o conteúdo do resultado. Consequentemente, toda e qualquer lesão ao bem jurídico poderia ser acobertada pelo consentimento, o que certamente ultrapassaria o campo de poder do ofendido ao manifestar seu consentimento.⁹⁰⁹ Logo, apenas o consentimento do ofendido que tenha

⁹⁰⁵ GÜNTHER, Hans-Ludwig. Vorbermerkungen vor § 32. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 7ª ed. München: Luchterhand. Losebl.-Ausg., p. 11-12.

⁹⁰⁶ ROXIN, Claus. Der Streit um die einverständliche Fremdgefährdung, cit., p. 660. Como afirma MANUEL DA COSTA ANDRADE: “O que não cremos é que deva reconduzir-se, sem mais, a *heterocolocação em perigo consentida*, na rigidez abstracta da sua estrutura típica-ideal, ao regime do consentimento. Tal só seria possível passando por sobre invencíveis descontinuidades doutrinárias e político-criminais, à custa de ficções de consentimento que redundariam em transmutação desta figura em desfavor da autonomia pessoal e da consistência da tutela jurídico-penal dos bens jurídicos.” (ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal*, cit., p. 296).

⁹⁰⁷ ROXIN, Claus. Der Streit um die einverständliche Fremdgefährdung, cit., p. 661; ROXIN, Claus. *Strafrecht*, v. 1, cit., p. 410.

⁹⁰⁸ WALTHER, Susanne. *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung*, cit., p. 35; KREY, Volker; ESSER, Robert. *Deutsches Strafrecht*, cit. p. 270-271; LENCKNER, Theodor; STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Vorbemerkungen zu den §§ 32, cit., § 102. Também: DUTTGE, Gunnar. StGB § 15 Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln, cit., Rn. 195-196.

⁹⁰⁹ FIEDLER, Ralf-Peter. *Zur Strafbarkeit der einverständlichen Fremdgefährdung*, cit., p. 73.

por objeto também a efetiva lesão ao bem jurídico é apto a afastar a antijuridicidade da conduta do terceiro.⁹¹⁰

A partir destes elementos, afirma-se que a aplicação do consentimento no risco ao fenômeno da heterocolocação em risco ao abrir mão da exigência de contraposição ao desvalor do resultado acaba por utilizar-se de uma ficção. Isso porque, a partir da mera anuência em relação à conduta arriscada, decorreria a suficiente aceitação do resultado pelo ofendido. No entanto, o assentimento relativo à ofensa ao bem jurídico não existe, pois a aceitação consciente de um risco não importa na anuência com a lesão. Há ficção na medida em que se parte de um assentimento inexistente quanto à ofensa ao bem jurídico e, a partir dele, extraem-se consequências no campo da antijuridicidade. Contudo, não se considera possível aplicar a categoria do consentimento alicerçada em uma ficção jurídica, a qual por definição não se apoia na realidade.⁹¹¹

Por fim, vê-se que o consentimento do ofendido no risco como instrumento dogmático da heterocolocação em risco consentida autorresponsável não deve ser aceita. Afinal, não se pode ignorar a importância do desvalor do resultado no injusto – especialmente quando se tem em mente a missão do Direito Penal de proteger bens jurídicos – o qual deve ser afastado pelo valor do resultado decorrente da causa excludente de antijuridicidade, a fim de que o ato deixe de ser ilícito. No entanto, uma vez que em uma heterocolocação em risco o ofendido anui apenas com o risco, mas não com a lesão ao bem jurídico, ainda assim permaneceria o desvalor da ação do agente que realiza a conduta típica, caso aceita esta proposta teórica. Por isso, tem-se que a estrutura normativa do consentimento do ofendido traz limitações que impedem sua aplicação à heterocolocação em risco consentida autorresponsável.

⁹¹⁰ GEPPERT, Klaus. Rechtfertigende „Einwilligung“ des verletzten Mitfahrers bei Fahrlässigkeitsstraftaten im Straßenverkehr?: Ein Beitrag zur dogmatischen Struktur der Einwilligung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 83, n. 4, 197, p. 975.

⁹¹¹ KREY, Volker; ESSER, Robert. *Deutsches Strafrecht*, cit. p. 270-271; SCHÜNEMANN, Bernd. Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, cit., p. 723-724; HILLENKAMP, Thomas. Verkehrsgefährdung durch Gefährdung des tatbeteiligten: OLB Stuttgart, NJW 1976, 1904. *Juristische Schulung*, n. 3, 1977, p. 171; DACH, Ralph Peter. *Zur Einwilligung bei Fahrlässigkeitsdelikten*, cit., p. 13-16; ZACZYK, Rainer. *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, cit., p. 50. No mesmo sentido: ROXIN, Claus. Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, cit., p. 250-251; FRISCH, Peter. *Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten*, cit., p. 51. Veja-se também: ZIPF, Heinz. *Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht*, cit., p. 76; FIEDLER, Ralf-Peter. *Zur Strafbarkeit der einverständlichen Fremdgefährdung*, cit., p. 72. Contrariamente à ideia de ficção: MENRATH, Marc. *Die Einwilligung in ein Risiko*, cit., p. 120 e ss.

5.3.1.2. Crítica: Indisponibilidade de bens jurídicos e bons costumes

Outro importante ponto relativo aos limites do consentimento no risco está na indisponibilidade de bens jurídicos – principalmente a vida – e no obstáculo referente aos bons costumes, que devem ser respeitados para que o consentimento seja eficaz. Como se verá, ambos são objetos de críticas.

No que toca à indisponibilidade da vida como bem jurídico, no direito alemão há críticas quanto à aplicação do § 216 StGB, que tipifica o homicídio a pedido, como barreira à anuência em atos arriscados que podem ocasionar a morte do ofendido. Afirma-se que esta norma não produz efeitos sobre as hipóteses de heterocolocação em risco consentida, uma vez que, enquanto o § 216 StGB tipifica a morte causada a pedido do ofendido, na heterocolocação em risco consentida o ofendido não quer sua morte, ele apenas prevê e aceita o risco, mas não o possível resultado lesivo. Portanto, a hipótese fática da heterocolocação em risco não se adequa à norma do § 216 StGB que, ao mais, tem conteúdo paternalista ao intervir na autonomia da vontade do sujeito. Por isso, trata-se de norma que deve ser interpretada restritivamente, impedindo-se que se expanda a sua *ratio* a cenários não abrangidos pelo tipo penal.⁹¹² Em outras palavras, a interpretação gramatical e a posição sistemática do § 216 StGB leva à conclusão de que sua aplicação se refere somente aos casos em que há morte dolosa, o que impediria sua extensão para casos de culposos, como aqueles que envolvem a heterocolocação consentida, sob pena de uma indevida extensão do tipo à revelia do princípio da legalidade. Deste modo, tem-se que a aplicação do homicídio a pedido do § 216 StGB aos casos de consentimento no risco significa transplantá-lo a fatos completamente diferentes daqueles abrangidos inicialmente pela norma.⁹¹³

⁹¹² KINDHÄUSER, Urs. *Strafgesetzbuch*, cit., p. 126. Também: DUTTGE, Gunnar. *Erfolgszurechnung und Opferverhalten*, cit., p. 231; PUPPE, Ingeborg. *Mitverantwortung des Fahrlässigkeitstäters bei Selbstgefährdung des Verletzten*, cit., p. 495.

⁹¹³ MURMANN, Uwe. *Grundkurs Strafrecht*, cit., p. 252; WALTER, Tonio. *Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff*, cit., p. 776; KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht*, cit., p. 119-120; BEULKE, Werner. *Opferautonomie im Strafrecht*, cit., p. 215-216; FIEDLER, Ralf-Peter. *Zur Strafbarkeit der einverständlichen Fremdgefährdung*, cit., p. 22. Igualmente: ROXIN, Claus. *Beteiligung an vorsätzlicher Selbstgefährdung*, cit., p. 412; SCHÜNEMANN, Bernd. *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, cit., p. 723; SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Handlungsunwert, Erfolgsunwert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, cit., p. 571; WALTHER, Susanne. *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung*, cit., p. 36; DUTTGE, Gunnar. *Fahrlässige Tötung bei illegalem Autorennen*. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2009, p. 690-691; MURMANN, Uwe. *Grundkurs Strafrecht*, cit., p. 252-253; SCHMIDT, Rolf. *Strafrecht*, cit., p. 68.

No direito brasileiro, podem ser alcançadas conclusões semelhantes a partir da leitura do artigo 122 do Código Penal. Como já ressaltado,⁹¹⁴ não se extrai da tipificação do induzimento, instigação ou participação a suicídio a tipicidade de uma hipotética participação culposa em suicídio alheio,⁹¹⁵ uma vez que da tipificação do ato doloso não depreende, por si só, a reprovação da conduta culposa.⁹¹⁶ Sem a tipificação expressa da espécie culposa, que o ato é atípico.

No entanto, o principal fundamento da disponibilidade dos bens jurídicos encontra-se nas questões de fundo do Direito Penal, relativas ao conceito de bem jurídico e sua compreensão dentro de um contexto de Estado Democrático de Direito. É possível determinar a disponibilidade de bens jurídicos pelas balizas da intervenção penal mínima e da dignidade da pessoa humana, as quais restringem a intervenção penal e protegem a esfera de liberdade do indivíduo. A partir delas, o bem jurídico é entendido como interesse e materialização da dignidade e, por conseguinte, não se coloca em contrariedade ao seu titular. O bem jurídico não deve ser entendido como um valor em si mesmo e independente de seu titular, uma vez que ele deve proteger interesses dos indivíduos e não instrumento de imposição de deveres aos seus titulares.⁹¹⁷

No que diz respeito à vida, deve-se ter em conta que o debate sobre sua disponibilidade assume contornos morais, marcados especialmente pelo pensamento kantiano. Entende-se, de acordo com uma posição *moral*, que a disposição de si mesmo é rejeitada, uma vez que com tal ato o sujeito iria contra sua própria dignidade ao deixar de ser um fim em si mesmo, tornando-se meio. Em razão disso, existe uma responsabilidade de quem deixa sua própria vida, bem como dos demais indivíduos que colaboram com esse fim. Entretanto, não se pode confundir a dignidade humana moral de KANT com o seu conceito jurídico, o qual se encontra positivado e inserido em um contexto de Estado Democrático de Direito. Se moralmente a dignidade relaciona-se com o imperativo categórico segundo o qual a pessoa é um fim em si mesma, juridicamente a dignidade deve entendida como liberdade individual de autodeterminação, fundada na racionalidade própria do ser humano. Como uma decorrência desta dignidade positivada, as decisões dos indivíduos devem ser respeitadas, a fim de que se garanta o seu desenvolvimento em sociedade.

⁹¹⁴ Vide tópico 5.2.1.

⁹¹⁵ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*, cit., p. 390-391.

⁹¹⁶ ROXIN, Claus. Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, cit., p. 245-246.

⁹¹⁷ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*, cit., p. 179.

Transpondo-se esses elementos ao suicídio, ainda que o ato seja imoral pela ótica kantiana de dignidade da pessoa, no Estado Democrático de Direito tal ato pode ser compreendido enquanto exercício de autodeterminação e manifestação da dignidade da pessoa.⁹¹⁸ Neste contexto, é interessante lembrar que mesmo KANT em sua Filosofia do Direito é contrário às intervenções paternalistas e sua posição quanto ao suicídio nesta obra difere daquela sustentada na Filosofia Moral.⁹¹⁹

Em virtude do exposto, o ato de disposição da vida não deve ser entendido em seu aspecto moral, mas sim sob viés jurídico. A partir do momento que se compreende a vida como um bem jurídico, ela passa a ser um interesse valorado em um contexto normativo, relacionando-se diretamente com seu próprio titular. Consequentemente, sem o interesse individual na manutenção da vida ela perde seu sentido enquanto bem jurídico e a intervenção penal para sua conservação resta inviabilizada. Reconhece-se que existem hipóteses em que o ato suicida não é fruto de decisão autônoma do sujeito, porém não é correto afirmar *a priori* que todo e qualquer ato suicida parte de um sujeito que não tem capacidade de autodeterminação e que por isso seria permitido desrespeitar sua vontade. É preciso determinar se o sujeito está efetivamente a exercer sua autonomia concretamente, mas não impedi-lo em qualquer hipótese de dispor do bem jurídico.⁹²⁰ Por essa razão, incriminar a eutanásia ou mesmo a participação em suicídio em si mesmas configura uma medida paternalista que visa a proteger o sujeito contra si mesmo, o que não se mostra adequado em um Estado Democrático de Direito.⁹²¹ Mesmo as regras de conteúdo protetivo, tais como as normas de natureza paternalista, não podem impedir o consentimento, uma vez que esta proteção não se deve dar por meio da eliminação de direitos ou pela submissão a constrangimentos contrários à dignidade da pessoa humana, tal como nas hipóteses em quem são impostas sanções criminais.⁹²²

Outro importante obstáculo ao consentimento enquanto instituto teórico adequado para lidar com a heterocolocação em risco diz respeito aos bons costumes, que, tal como a indisponibilidade da vida, também deve ser criticado. No direito alemão, o § 228 StGB ao limitar o consentimento nas lesões corporais aos bons costumes é reconhecido como

⁹¹⁸ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*, cit., p. 181-182. Para maior aprofundamento nas questões da moral kantiana e sua relação com a autonomia jurídica, vide Capítulo I deste trabalho.

⁹¹⁹ Vide tópico 1.6.

⁹²⁰ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*, cit., p. 182-183.

⁹²¹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*, cit., p. 183.

⁹²² TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*, cit., p. 424.

norma paternalista que por essa razão deve ser interpretada restritivamente.⁹²³ No direito brasileiro, o artigo 13 do Código Civil explicitamente determina que é defesa a disposição do próprio corpo que contrarie os bons costumes. Entretanto, esta limitação à autonomia do sujeito não pode ser aceita no âmbito penal. No campo formal, afirma-se que a exigência de conformidade aos bons costumes viola o princípio da legalidade, pois não figura no tipo penal, nem no campo do injusto.⁹²⁴ Ao mais, defende-se também a inconstitucionalidade da limitação da disposição do corpo conforme os bons costumes, tal como exposto no artigo 13 do Código Civil.⁹²⁵

Além disso, também por questões materiais não se mostra adequado defender norma que determine a obediência no campo penal aos bons costumes. Mais uma vez, ao se franquear a incidência dos bons costumes, permite-se a indevida inclusão de elementos morais no debate, que não encontram equivalente jurídico. Não se afigura correto limitar a liberdade jurídica do indivíduo com base em regras exclusivamente morais. Como já afirmado,⁹²⁶ esta diferenciação já pode ser encontrada em KANT, que no campo moral pauta-se pelos imperativos categóricos e pela imoralidade do suicídio, mas cuja Filosofia do Direito se baseia no princípio universal da coexistência da liberdade do arbítrio de cada sujeito.⁹²⁷ Por isso, o Direito ocupa-se com a liberdade externa dos sujeitos e não cabe ao Estado promover a moralidade de seus cidadãos.⁹²⁸ Não é tarefa do Estado impor um modo de ser feliz aos indivíduos, mas sim respeitar as liberdades dos sujeitos.⁹²⁹ Deve o Estado então limitar-se a garantir o necessário à convivência das pessoas, sendo a procura da felicidade uma tarefa individual.⁹³⁰

Em razão disso, não cabe ao Direito desrespeitar as decisões autônomas dos sujeitos pelo simples fato de serem contrárias à moral. As decisões dos indivíduos, independentemente de serem moralmente boas ou más, devem ser respeitadas caso não interfiram na liberdade de arbítrio alheio. Ainda que tais decisões sejam entendidas como irracionais pelos demais indivíduos da comunidade, a conduta de um indivíduo pode ser considerada autônoma e, portanto, legítima de um ponto de vista jurídico. Por

⁹²³ KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht*, cit., p. 119-120.

⁹²⁴ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*, cit., p. 422.

⁹²⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*, cit., p. 263-264.

⁹²⁶ Vide tópico 1.6.

⁹²⁷ KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*, cit., p. 36. (230)

⁹²⁸ HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*, cit., p. 235.

⁹²⁹ KANT, Immanuel. Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, cit., p. 290.

⁹³⁰ MURMANN, Uwe. *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, cit., p. 60.

consequente, não é lícito retirar os efeitos jurídicos da expressão da autonomia e da dignidade humana exclusivamente porque contrária aos bons costumes.

Assim, a limitação do ato de disposição do bem jurídico à conformidade com os bons costumes deve ser rejeitada, pois restringe a liberdade jurídica do indivíduo exclusivamente com base em ditames morais. Igualmente, é preciso afirmar o caráter disponível da vida, entendida como bem jurídico enquanto interesse do sujeito, do qual não se podem extrair deveres contra o próprio titular do bem jurídico.

A partir destas críticas, é possível concluir mais uma vez que o consentimento do ofendido não constitui instrumental teórico apto à compreensão e para lidar com os desafios que a heterocolocação em risco consentida autorresponsável impõe. Isso porque dogmaticamente o consentimento no risco desconsidera a importância do desvalor do resultado no injusto penal e, assim, não se coaduna com a missão do Direito Penal de proteção de bens jurídicos. Além disso, as limitações relativas à indisponibilidade da vida e ao respeito aos bons costumes não se harmonizam com o caráter autorresponsável da heterocolocação em risco, uma vez que não conferem a necessária eficácia à decisão autônoma do sujeito ao se pautar por elementos exclusivamente morais para negar a liberdade jurídica do indivíduo no Estado Democrático de Direito. Portanto, as limitações dogmáticas do consentimento colocam-se em contrariedade às exigências da dignidade da pessoa humana e da autonomia individual do ofendido, mantendo a antijuridicidade da conduta do terceiro que acaba por lesar o bem jurídico do ofendido, o qual anui com a colocação em um risco alheio.

5.3.2. Equiparação da heterocolocação em risco consentida autorresponsável com autocolocação em risco: a imputação objetiva como solução

Demonstrada a inadequação do *consentimento do ofendido* como instrumento da heterocolocação em risco consentida autorresponsável, este tópico cuida de uma outra importante proposta de solução dogmática ao problema da colocação em um risco alheio: a equiparação entre a heterocolocação em risco consentida e a autocolocação em risco. Em termos gerais, procura-se conferir à heterocolocação em risco consentida o mesmo tratamento jurídico dedicado à autocolocação em risco. Assim, os mesmos instrumentos dogmáticos utilizados para aferir as consequências jurídicas da autocolocação em risco também o serão para a heterocolocação em risco consentida autorresponsável.

Para tanto, expõe-se inicialmente os aspectos gerais e critérios da equiparação, propondo-se a partir daí uma leitura crítica desta alternativa teórica sob o prisma da isonomia e da autonomia do indivíduo, pontos em comum entre a autocolocação em risco e a heterocolocação em risco consentida. Após, examina-se a imputação objetiva como alternativa dogmática para a heterocolocação em risco consentida autorresponsável adotada pela presente tese. Ao fim, serão analisados alguns casos com o fim de ilustrar concretamente as decorrências desta posição.

5.3.2.1. Requisitos para a equiparação entre autocolocação em risco e heterocolocação em risco consentida

Primeiramente, examinam-se os requisitos para a equiparação entre a autocolocação em risco e a heterocolocação em risco consentida, como expostos por CLAUS ROXIN.⁹³¹ Não se ignora que os pressupostos, cujo preenchimento determina o tratamento igualitário entre a autocolocação e heterocolocação em risco consentida, ainda não são pacíficos e o tratamento da matéria ainda não é claro.⁹³² Com efeito, não há critérios amplamente aceitos para se determinar a autorresponsabilidade para fins de equiparação, embora a proposta de CLAUS ROXIN traga contornos que permitem a aplicação prática da equiparação.⁹³³

Afirma-se que o tratamento jurídico entre ambas as categorias deve ser igual nos casos em que a heterocolocação em risco consentida pode ser equiparada sob todos os aspectos relevantes à autocolocação em risco. Esta equiparação por sua vez tem fundamento nos valores que subjazem à norma. Observa-se uma aplicação analógica *in bonam partem* das regras da autocolocação em risco à heterocolocação em risco consentida, por meio da qual se afirma a não punibilidade do terceiro colaborador dada as semelhanças entre ambas as categorias.⁹³⁴

Defende CLAUS ROXIN que a equiparação se sujeita a alguns requisitos e não pode se dar de modo irrestrito. Isso porque em uma heterocolocação em risco consentida o

⁹³¹ Como afirma LUÍS GRECO, há diversas teorias que tratam da heterocolocação em risco consentida como alternativas ao consentimento. Todavia, dentre elas destaca-se no debate a posição de CLAUS ROXIN por sua importância (GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, cit., p. 77-79).

⁹³² DUTTGE, Gunnar. StGB § 15 Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln, cit., § 15 Rn. 195-196.

⁹³³ LOTZ, Martin. *Die einverständliche, beidseitig bewusst fahrlässige Fremdschädigung*, cit., p. 253.

⁹³⁴ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, v. 1, cit., p. 411; ROXIN, Claus. Der Streit um die einverständliche Fremdgefährdung, cit., p. 663-664; ROXIN, Claus. Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, cit., p. 252.

ofendido está comparativamente mais exposto aos fatos do que em uma autocolocação em risco, tendo em vista que nesta última hipótese o ofendido pode – diferentemente da heterocolocação em risco consentida – influir no risco com sua própria conduta. Na heterocolocação em risco consentida, por sua vez, há um menor poder de evitação (*Vermeidemacht*) do resultado lesivo pelo ofendido. Em razão disso, sustenta-se o preenchimento de alguns pressupostos para que ocorra a equiparação entre ambas as categorias. Mais precisamente, apenas nos casos em que a heterocolocação em risco consentida se aproxima da autocolocação em risco sob todos os aspectos relevantes, é possível se falar em equiparação entre as figuras. Portanto, os requisitos ou pressupostos residem basicamente nos aspectos relevantes da autocolocação em risco que, se presentes também na heterocolocação em risco, permitem a equiparação.⁹³⁵

Os pressupostos exigidos por CLAUS ROXIN podem ser resumidos a dois, a partir dos quais são desenvolvidos alguns desdobramentos: (i) a relação entre a ofensa ao bem jurídico e o risco assentido e (ii) semelhança da autorresponsabilidade do ofendido às situações de autocolocação em risco.

Quanto ao primeiro requisito, destaca-se que a lesão deve ser consequência do risco ao qual o ofendido voluntariamente se expôs. *A contrario sensu*, a ofensa ao bem jurídico não pode ser resultado de falhas, vícios ou erros.⁹³⁶ Deve haver uma relação direta entre o risco que é objeto da anuência do ofendido e a lesão sofrida por ele. Ao assentir com a heterocolocação em risco e expor-se a um perigo que provém da conduta de um terceiro, somente as consequências daquele perigo podem ser tratadas por equiparação como hipóteses de autocolocação em risco. Por outro lado, nos casos em que a ofensa ao bem jurídico não se liga à conduta arriscada assentida pelo ofendido, não se pode falar em equiparação com autocolocação em risco. Se o dano não decorre do risco assentido, não é possível atribuí-lo ao ofendido, dado que a periclitación não foi objeto de sua vontade e, portanto, não é abarcada pelo exercício da autonomia da vontade.

O segundo requisito diz respeito à equiparação da autorresponsabilidade. Exige-se para a equiparação entre a heterocolocação em risco consentida e a autocolocação em risco igual medida de autorresponsabilidade. Em outras palavras, é preciso que a heterocolocação em risco consentida seja, do ponto de vista do ofendido, tão

⁹³⁵ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, v. 1, cit., p. 411; ROXIN, Claus. *Der Streit um die einverständliche Fremdgefährdung*, cit., p. 664.

⁹³⁶ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, v. 1, cit., p. 411.

autorresponsável quanto uma autocolocação em risco a fim de que se promova uma equiparação entre elas. Afirma-se que o ofendido deve ser tão responsável quanto o terceiro pelo ato que conjuntamente realizam. O requisito da equiparação de autorresponsabilidade é formado pelo conjunto de outros pressupostos. Para ROXIN, há igual autorresponsabilidade nos casos de heterocolocação em risco consentida em que o ofendido é imputável, não é objeto de constrangimento, e vislumbra o risco na mesma medida do terceiro.⁹³⁷ Desta forma, o ofendido tem, em comparação com o terceiro, a mesma responsabilidade pelo fato que dá origem ao risco ao se expor ao perigo por decisão livre e própria, sem ter sido impelido pelo terceiro ou subjugado à sua vontade. Ao se estabelecer a equiparação da autorresponsabilidade na heterocolocação em risco consentida, o menor poder de evitação do resultado inerente à figura passa a ser compensado pela vontade do ofendido em expor-se à conduta arriscada. Deste modo, o principal critério que justifica a diferenciação entre a autocolocação em risco e a heterocolocação em risco consentida, que é o diverso poder de evitação do resultado passa para um segundo plano, na medida em que o ato do ofendido é igualmente autorresponsável e o resultado pode lhe ser atribuído tal como em uma autocolocação em risco.⁹³⁸

Preenchidos tais requisitos, a heterocolocação em risco consentida é equiparada à autocolocação em risco, uma vez que aquela se aproxima desta sob todos os aspectos relevantes. Esta equiparação refere-se às consequências jurídicas das categorias e, portanto, aplicar-se-ia à heterocolocação em risco consentida a solução jurídica da autocolocação em risco, que, segundo CLAUS ROXIN, encontra-se na quebra da imputação objetiva por estar o resultado fora do âmbito do tipo ao não se inserir no fim de proteção da norma.

A posição de CLAUS ROXIN, contudo, enfrenta críticas. Contrariamente à equiparação entre as figuras, afirma-se que tal tentativa equivaleria à “quadratura do círculo”, pois não se poderia considerar uma mesma conduta como uma lesão a outrem

⁹³⁷ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, v. 1, cit., p. 411-412; ROXIN, Claus. Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, cit., p. 252. Igualmente: LENCKNER, Theodor; STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Vorbemerkungen zu den §§ 32, cit., Rn. 106.

⁹³⁸ ROXIN, Claus. Der Streit um die einverständliche Fremdgefährdung, cit., p. 664. CLAUS ROXIN exemplifica seu argumento com o caso do passageiro de motorista embriagado. Afirma-se que há diferenças valorativas entre as hipóteses de, por um lado, deixar-se transportar por um motorista alcoolizado que alerta o ofendido sobre seu estado e mesmo assim deseja ser ocupar o lugar de passageiro e, por outro lado, do caso em que o motorista embriagado convence o ofendido que está apto a conduzir o veículo. Igualmente: ROXIN, Claus. Zur einverständlichen Fremdgefährdung: Zugleich Besprechung von BGH, Urteil v. 20. 11. 2008 – 4 StR 328/08. *Juristenzeitung*, v. 8, 2009, p. 401.

marcada pela autoria e, ao mesmo tempo, uma participação em uma autocolocação em risco, caso se adote como critério de diferenciação entre as condutas o domínio do fato.⁹³⁹ Argumenta-se que a autocolocação em risco e a heterocolocação em risco consentida não seriam figuras comparáveis e mereceriam tratamento jurídico diverso.⁹⁴⁰ No entanto, estas críticas devem ser refutadas, uma vez que a diferenciação entre a autocolocação em risco e a heterocolocação em risco consentida não se dá pelos critérios de autoria e participação, conforme já analisado, mas sim pela origem do risco.⁹⁴¹ Além disso, observa-se que a equiparação diz respeito apenas às consequências jurídicas, mantendo-se cada uma das categoriais sua independência enquanto conceitos diversos.

Por outro lado, a posição de CLAUS ROXIN encontra acolhida na doutrina, embora existam divergências quanto a alguns pontos de sua teoria.⁹⁴² Neste contexto, o pensamento de BERND SCHÜNEMANN aproxima-se da posição de CLAUS ROXIN. Sustenta SCHÜNEMANN que a valoração jurídica da autocolocação em risco e da heterocolocação em risco consentida deve ser a mesma, com a quebra no nexo de imputação objetiva em ambos os casos. Para que a heterocolocação em risco consentida possa afastar a responsabilidade penal do terceiro, é preciso que o ofendido seja imputável e sua conduta seja livre. Esta liberdade da conduta do ofendido verifica-se, por exemplo, de modo negativo, na medida em que o ofendido não é forçado a realizá-la pelo terceiro ou mesmo pelo ordenamento jurídico.⁹⁴³

Igualmente, Manuel CANCIO MELIÁ defende que as figuras da autocolocação em risco e a heterocolocação em risco consentido devem possuir a mesma solução jurídica

⁹³⁹ KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht*, cit., p. 120.

⁹⁴⁰ HIRSCH, Hans Joachim. Zum Unrecht des fahrlässigen Delikts, cit., p. 533. Em igual sentido, ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG nega a equiparação e defende que a heterocolocação em risco consentida é sempre punível (ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Strafrechtliche Gleichbehandlung der Mitwirkung an einer Selbstgefährdung und der einverständliche Fremdgefährdung? Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension: Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013*. Berlin: Dunker & Humblot, 2013, p. 400; ORDEIG, Enrique Gimbernat. Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Número extraordinario 2, 2004, p. 88-90.)

⁹⁴¹ Vide tópico 4.2.4.

⁹⁴² Acolhendo a posição de CLAUS ROXIN: FIEDLER, Ralf-Peter. *Zur Strafbarkeit der einverständlichen Fremdgefährdung*, cit., p. 97.

⁹⁴³ SCHÜNEMANN, Bernd. Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, cit., p. 722-723. Igualmente, afirma HARRO OTTO que, sob o ponto de vista da responsabilidade, não haveria diferenciação entre a autocolocação em risco e a heterocolocação em risco consentida, porquanto o sujeito que se expõe a uma situação de perigo de modo responsável e com o conhecimento dos riscos deve arcar com suas consequências e sem criar responsabilidade penal a terceiros (OTTO, Harro. *Grundkurs Strafrecht: Allgemeine Strafrechtslehre*, cit., p. 70).

ao negar a diferenciação entre as figuras.⁹⁴⁴ Sustenta que para que haja a imputação ao âmbito de responsabilidade do ofendido não é necessário determinar se a execução do ato se deu pelo ofendido ou pelo terceiro. Afirmado-se a atividade conjunta de ambos, já é possível, em princípio, a imputação ao âmbito de responsabilidade da vítima. Isso se justifica, uma vez que a atribuição do resultado decorre da própria autonomia do ofendido e não deve seguir as regras de autoria e participação. Com a interação fática da atuação do ofendido, o fator dominante em termos normativos é sua conduta autorresponsável.⁹⁴⁵ Deste modo, para que se quebre o nexo de imputação objetiva, é necessário o preenchimento dos seguintes requisitos, assim apontados por CANCIO MELIÁ: (i) a necessidade de que as atividades realizadas conjuntamente pelo ofendido e pelo terceiro permaneçam em conformidade com o plano conjuntamente organizado; (ii) o comportamento do ofendido não deve ser instrumentalizado pelo terceiro, por não ter conhecimento e responsabilidade necessários para tornar o comportamento autorresponsável e; (iii) o terceiro não pode ter deveres especiais de cuidado frente aos bens jurídicos do ofendido.⁹⁴⁶

Também Diego-Manuel LUZÓN PEÑA considera, em termos gerais, correta a posição de ROXIN quanto à equiparação da heterocolocação em risco consentida e a autocolocação em risco. Entende o autor, entretanto, que as consequências jurídicas têm origem no princípio da alteridade ou não-identidade, o qual se relaciona com o princípio da lesividade ou ofensividade. Por isso, em tese é possível a imputação do resultado ao terceiro nos casos de heterocolocação em risco consentida, pois o terceiro lesiona o bem jurídico do ofendido. Contudo, deixa de haver imputação nos casos em que é possível a equiparação entre as figuras. Afirmar LUZÓN PEÑA que a equiparação entre a autocolocação em risco e a heterocolocação em risco consentida não se dá a partir dos requisitos exigidos por CLAUS ROXIN, mas sim por meio do critério do controle do risco

⁹⁴⁴ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Opferverhalten und objektive Zurechnung. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 2, n. 111, 1999, p. 370; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, cit., p. 179 e ss.

⁹⁴⁵ CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍAZ-ARANDA, Enrique. *La imputación normativa del resultado a la conducta*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, 2007, p. 29-30. Afirmar-se no referido trecho que: “En atención a ese carácter preferente del ámbito de responsabilidad de la víctima, la atribución de los daños no puede seguir las mismas reglas que determinan, mediante la teoría de autoría y participación, cuál es el grado de responsabilidad que corresponde a los distintos intervinientes en un hecho consistente en la realización de una infracción que afecta un tercero.”

⁹⁴⁶ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Opferverhalten und objektive Zurechnung*, cit., p. 375-381; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, cit., p. 284 e ss.; CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍAZ-ARANDA, Enrique. *La imputación normativa del resultado a la conducta*, cit., p. 29.

pelo ofendido, ou seja, o ofendido deve ter o controle do risco, ainda que compartilhado com o terceiro, para que o resultado seja considerado uma obra sua e assim sobressaia-se o princípio da identidade a ponto de equiparar a heterocolocação em risco consentida à autocolocação em risco.⁹⁴⁷

Na doutrina nacional, os argumentos favoráveis à equiparação são acolhidos por JUAREZ CIRINO DOS SANTOS. Deste modo, sempre que o dano for consequência do risco consentido, o ofendido tiver a mesma compreensão do perigo, além de igual responsabilidade que o terceiro, realiza-se a equiparação entre a autocolocação em risco e a heterocolocação em risco consentida.⁹⁴⁸

A posição de ROXIN também é acolhida por JUAREZ TAVARES, que insere a heterocolocação em risco consentida no alcance do tipo, tal como a autocolocação em risco. Para ele, deixa de haver imputação do resultado quando o ofendido se mostra como “ponto de gravidade”, pois a produção do resultado lesivo depende de sua atuação, o que se verifica nos casos em que “o perigo ou a lesão decorra da ação determinada ou induzida pela vítima e não de uma atuação isolada do agente”.⁹⁴⁹

Entretanto, os argumentos de CLAUS ROXIN, ainda que sejam corretos quanto à sua conclusão no que diz respeito ao igual tratamento jurídico das figuras da autocolocação em risco e heterocolocação em risco consentida, merecem críticas a partir da noção de autonomia desenvolvida neste trabalho. Propõe-se, assim, uma leitura alternativa da equiparação originalmente proposta por ROXIN.

Primeiramente, entende-se que não há propriamente uma equiparação entre a autocolocação em risco e a heterocolocação em risco consentida. Ao se falar em equiparação, pressupõe-se que a heterocolocação em risco consentida é um *minus* em relação à autocolocação em risco e que, apenas se preenchidos certos requisitos, ela pode ser igualada à autocolocação em risco. Equipara-se a heterocolocação em risco consentida à autocolocação em risco, não o contrário. Elege-se, assim, a autocolocação em risco como modelo de atuação do ofendido em situações arriscadas, sendo que a heterocolocação em risco consentida somente pode usufruir do mesmo *status* depois de

⁹⁴⁷ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Principio de alteridad o de identidad vs. Principio de autorresponsabilidad. Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo. *Nuevo Fuero Penal*. v. 6, nº 74, janeiro-junho 2010, p. 69-77. Rebatendo as críticas: ROXIN, Claus. Der Streit um die einverständliche Fremdgefährdung, cit., p. 668-669.

⁹⁴⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*, cit., p. 177-178.

⁹⁴⁹ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*, cit., p. 392-393.

verificado o preenchimento de alguns pressupostos. Neste cenário, a heterocolocação em risco consentida é entendida como figura menor, que apenas e excepcionalmente pode ter as mesmas consequências jurídicas da autocolocação em risco, em uma verdadeira analogia *in bonam partem*. Segundo esta concepção, não haveria uma relação direta entre heterocolocação em risco consentida e a quebra da imputação objetiva, dada a intermediação da autocolocação em risco. Se para a autocolocação em risco basta constatar-se o caráter autorresponsável do ofendido para que reste afastada a responsabilidade do terceiro colaborador, na heterocolocação em risco consentida seria necessário algo mais, além da autorresponsabilidade, que corresponde justamente aos requisitos ou pressupostos da equiparação, cujo conteúdo é discutido na doutrina. Portanto, tem-se que as consequências jurídicas da heterocolocação em risco consentida dependeriam da afirmação da autorresponsabilidade e dos requisitos da equiparação.

Defende-se nesta pesquisa que a heterocolocação em risco consentida não pode ser compreendida como um *minus* em relação à autocolocação em risco. Ambas são figuras de igual valor e importância. Colocando a mesma assertiva em termos ainda mais apurados, ainda que sejam fenômenos diversos, a heterocolocação em risco consentida e a autocolocação em risco são figuras iguais sob o ponto de vista da autonomia do indivíduo e da autorresponsabilidade. A rigor, não se pode falar em equiparação de categorias que já são iguais como expressão da autonomia, que é o aspecto relevante da comparação. Em ambos os casos, o ofendido exerce sua autonomia e age de modo igualmente autorresponsável. O conteúdo autônomo que marca a colocação em risco é o mesmo, seja o risco criado pela conduta do próprio ofendido, seja originado da conduta do terceiro. A autocolocação em risco e a heterocolocação em risco consentida têm igual carga de autonomia do ofendido. A par das diferenças entre os fenômenos, há sempre a expressão de um mesmo valor: a autonomia do indivíduo, decorrência de sua dignidade humana.⁹⁵⁰

Portanto, não é necessário falar em equiparação entre autocolocação em risco e heterocolocação em risco consentida para que as consequências de uma se apliquem à

⁹⁵⁰ Como afirma INGEBORG PUPPE, tanto na autocolocação em risco como na heterocolocação em risco consentida, deve a decisão do ofendido sobre o perigo a seu bem jurídico ser manifestação de sua autonomia (PUPPE, Ingeborg. *Strafrecht allgemeiner Teil*, cit., p. 84.). Partindo-se de tais premissas, os defensores deste posicionamento sustentam que não seria possível entender o motivo pelo qual um determinado comportamento dirigido a si próprio é permitido e, enquanto lesão consentida realizada por outrem deveria ser proibida (KÖHLER, Michael. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. Berlin: Springer, 1997, p. 256.)

outra. Isso porque as consequências jurídicas da heterocolocação em risco consentida decorrem diretamente da autorresponsabilidade, tal como na autocolocação em risco. Por conseguinte, não se é necessária a utilização de uma analogia a fim de que se aplique as consequências jurídicas da autocolocação em risco à heterocolocação em risco consentida. A heterocolocação em risco consentida e a autocolocação em risco relacionam-se com a autorresponsabilidade em igual medida. Por isso, sendo autorresponsável a conduta do ofendido, a consequência jurídica e o instrumento dogmático utilizado devem ser os mesmos nos casos de autocolocação em risco e de heterocolocação em risco consentida, quais sejam: a não punibilidade do terceiro decorre da impossibilidade de imputação, porquanto a conduta autônoma e autorresponsável do ofendido transforma o perigo criado pelo terceiro em um risco permitido. Esta questão será retomada a seguir. Antes, porém, cumpre tecer mais algumas considerações, dando continuidade ao argumento.

Defende-se ser mais correto substituir a ideia de equiparação pela isonomia de tratamento. Se ambas as figuras são expressões de um mesmo valor e as situações fáticas são semelhantes, seu tratamento jurídico deve ser o mesmo. Para que se respeite a autonomia do ofendido que age de modo autorresponsável, o ordenamento jurídico não se pode conferir tratamentos diversos ao exercício do mesmo direito. Portanto, deve haver a aplicação isonômica das consequências jurídicas da autorresponsabilidade, prescindindo-se de uma equiparação entre figuras semelhantes no campo fenomenológico e iguais em termos valorativos.

Deste modo, afasta-se o argumento da equiparação e em seu lugar propõe-se a isonomia no tratamento jurídico da autocolocação em risco e da heterocolocação em risco consentida, considerando-se que ambas as categorias têm igual importância enquanto manifestações da autorresponsabilidade do ofendido.

Partindo-se da isonomia entre as categorias, deve-se questionar se há realmente requisitos para que o tratamento jurídico seja igual em ambas as hipóteses. Como já analisado, ao defender a equiparação CLAUS ROXIN submete-a ao preenchimento de alguns requisitos. Por outro lado, ao utilizar-se a isonomia entre as figuras, exige-se apenas que o dano ao bem jurídico seja resultado do risco assentido de modo autorresponsável pelo ofendido. Vislumbram-se, portanto, dois elementos de acordo com esta proposta de isonomia de tratamento: (i) a ofensa ao bem jurídico deve ser a realização concreta do risco assentido pelo ofendido, e; (ii) o assentimento do ofendido deve ser

autorresponsável. Ressalta-se que estes elementos se aplicam de igual modo à heterocolocação em risco consentida e à autocolocação em risco. Em ambos os casos, é sempre necessário que o dano se ligue ao risco assentido e que a conduta do ofendido seja autorresponsável, a fim de que se apliquem as consequências jurídicas que decorrem do respeito à autonomia pelo ordenamento jurídico. Não se está a falar em requisitos para a equiparação da heterocolocação em risco consentida à autocolocação em risco, mas sim em elementos comuns a ambas as hipóteses, uma vez que se está diante de figuras de igual importância e valor.

A relação entre lesão e risco não traz dificuldades: a ofensa ao bem jurídico deve ser o resultado concreto do risco assentido. Como já afirmado, não se exige que o ofendido saiba que o dano ocorrerá, mas é necessário que ele saiba dos aspectos essenciais do risco e queira arriscar-se. Agindo deste modo, o ofendido concorda com a periclitación de seus bens jurídicos, sendo que eventual lesão passa a ligar-se à sua vontade. Por outro lado, se a ofensa ao bem jurídico tem origem em fato estranho ao risco objeto do assentimento, o resultado lesivo deixa de relacionar-se com a vontade do sujeito.⁹⁵¹

Outro aspecto importante diz respeito ao caráter autorresponsável do assentimento do ofendido em relação ao risco. Para que se extraiam as consequências jurídicas do respeito à autonomia do indivíduo, é preciso que seu ato seja autorresponsável. Os pressupostos do ato autorresponsável já foram abordados na presente tese.⁹⁵² Em resumo, pode-se afirmar que as consequências jurídicas da heterocolocação em risco consentida e da autocolocação em risco decorrem da autorresponsabilidade do ofendido. A autorresponsabilidade é reflexo da autonomia, a qual deve ser entendida juridicamente, sem a inclusão de elementos de origem exclusivamente moral. Para aferir-se a autorresponsabilidade, utilizam-se analogicamente as regras da exculpação, de modo a contemplar um critério unitário para apreciar a responsabilidade do ofendido e do agente. É autorresponsável o ofendido – tanto em autocolocação em risco como em heterocolocação em risco consentida – aquele cuja conduta não causa a incidência de normas que afastam a culpabilidade do sujeito, especialmente aquelas relativas à imputabilidade e à exigibilidade de conduta diversa.⁹⁵³ Portanto, os requisitos para a

⁹⁵¹ Vide tópico 4.4.3.

⁹⁵² Vide tópico 5.1. Ressalta-se que uma igual *autorresponsabilidade* também é afirmada por ROXIN como critério de equiparação da heterocolocação em risco consentida à autocolocação em risco (ROXIN, Claus. *Strafrecht*, v. 1, cit., p. 411-412).

⁹⁵³ Para detalhamentos dos requisitos das regras da exculpação, vide tópico 5.1.2. Acrescenta-se a aplicação de tais normas não seria estranha ao argumento da equiparação de ROXIN. Ao afirmar que o ofendido deve

aplicação isonômica das consequências jurídicas da autocolocação em risco e da heterocolocação em risco autorresponsável correspondem aos pressupostos da conduta autorresponsável, os quais correspondem às normas da exculpação. Constatando-se a autorresponsabilidade da conduta, ela deve ser reconhecida como exercício da autonomia do indivíduo e um reflexo da dignidade da pessoa humana. Portanto, a heterocolocação em risco consentida autorresponsável tem as mesmas consequências jurídicas da autocolocação em risco autorresponsável.⁹⁵⁴

Neste contexto, ressalta-se que a aferição da autorresponsabilidade se dá exclusivamente com base nos elementos referentes ao próprio ofendido. Vê-se, por exemplo, nos argumentos de ROXIN, que o ofendido deve vislumbrar o risco na mesma medida que o terceiro, bem como ambos terem igual responsabilidade pelo fato.⁹⁵⁵ Haveria, portanto, um juízo comparativo entre o ofendido e o terceiro para aferir-se a autorresponsabilidade. No entanto, a autorresponsabilidade se mensura exclusivamente pelo próprio indivíduo. Sublinha-se que para se afirmar o caráter autônomo da conduta do sujeito não é correto incluir-se dados relativos ao conhecimento e à vontade que estão além do ofendido, isso porque, embora seja uma característica abstratamente atribuída a todos os indivíduos, a verificação *concreta* da autonomia se dá ao olhar individualmente o sujeito determinado, dentro do contexto fático em que está inserido. Pouco importa se um sujeito age de modo mais ou menos autônomo do que outro, desde que sua conduta seja suficientemente autônoma para ser qualificada como autorresponsável. O juízo sobre a autonomia não depende dos sujeitos envolvidos. Ao revés, ele compreende um juízo absoluto, porém de acordo com o indivíduo cuja conduta se examina, tendo sempre em mente as circunstâncias concretas nas quais ele se encontra inserido. Em outras palavras,

ser imputável, a proposta de ROXIN pode ser interpretada como uma indicação de que devem ser aplicadas as regras da exculpação para determinar-se a equiparação (LOTZ, Martin. *Die einverständliche, beidseitig bewusst fahrlässige Fremdschädigung*, cit., p. 253).

⁹⁵⁴ Não se pode deixar de lado, igualmente, que a própria configuração do caráter *consentido* da heterocolocação em risco traz elementos ligados à autonomia do ofendido, uma vez que se ocupa da *consciência do risco* e da *vontade de arriscar-se*. Entretanto, a caracterização da heterocolocação em risco consentida é anterior à afirmação da *autorresponsabilidade*. Por isso, defeitos nos aspectos subjetivos do ofendido – também relacionados à autonomia – podem afastar a configuração da heterocolocação em risco consentida, o que por si impede a aplicação de suas consequências jurídicas e torna desnecessário o exame da autorresponsabilidade. Sobre esta questão, vide tópico 4.4.3.

⁹⁵⁵ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, v. 1, cit., p. 411-412. Sobre o requisito referente ao igual conhecimento do risco entre o ofendido e o terceiro, afirma-se criticamente que esta fórmula é vazia e não possibilita novas respostas, mas apenas abre caminho a confusões, uma vez que as regras para determinação da autorresponsabilidade – tanto pelas regras do consentimento, quanto pelas regras da exculpação – já pressupõe tal conhecimento do risco (LOTZ, Martin. *Die einverständliche, beidseitig bewusst fahrlässige Fremdschädigung*, cit., p. 254).

o indivíduo é ou não é suficientemente autônomo e autorresponsável em sua conduta naquele cenário, sendo irrelevante, por exemplo, se outrem foi mais autônomo por ter uma compreensão mais apurada do risco.⁹⁵⁶

Por fim, considerando o tratamento isonômico das consequências jurídicas da heterocolocação em risco consentida e da autocolocação em risco, é preciso discutir a própria utilidade da diferenciação entre os conceitos. Com efeito, autores como CANCIO MELIÁ⁹⁵⁷ e BERND SCHÜNEMANN⁹⁵⁸ negam a diferenciação entre autocolocação em risco e heterocolocação em risco consentida ao atribuírem a ambas as mesmas consequências jurídicas. No entanto, defende-se que a diferenciação entre as figuras deve ser mantida, ainda que as consequências jurídicas sejam as mesmas, desde que o ato do ofendido seja expressão de sua autonomia e autorresponsabilidade. A diferenciação se faz necessária, uma vez que a autocolocação em risco e a heterocolocação em risco consentida constituem diferentes fenômenos. No campo fático, tem-se que na autocolocação em risco a conduta do ofendido dá origem ao risco e o terceiro apenas colabora com essa ação, ao passo que na heterocolocação em risco consentida o risco tem origem na conduta do terceiro e a exposição ao perigo é assentida pelo ofendido, a quem posteriormente cabe tão somente tolerar o risco, sem qualquer possibilidade de nele interferir. Em cada um destes institutos o ofendido e o terceiro assumem diferentes papéis na criação do risco, do que se extrai, em princípio, diferentes poderes de evitação do resultado por parte do ofendido. São, portanto, fenômenos diferentes que merecem a apropriada qualificação jurídica. Rotulá-los sob uma única rubrica parece uma simplificação indevida da realidade a fim de que ela sirva à dogmática jurídica, quando o ideal e o esperado seriam justamente o contrário.

Além das diferenças existentes na configuração fenomenológica de ambas as categoriais, não se vislumbra exatamente um obstáculo na diferenciação conceitual das

⁹⁵⁶ Criticamente, afirma-se também que não é necessário que o ofendido seja a *principal força* (*treibende Kraft*) no acontecimento arriscado. Ainda que haja eventual *persuasão* do terceiro, desde que ela não se torne um *constrangimento*, é irrelevante determinar qual dos sujeitos teve a iniciativa da conduta arriscada, qual deles influenciou o outro e em que intensidade isso se deu, ou mesmo se o ofendido decidiu arriscar-se a após titubear sobre o risco (JETZER, Laura. *Einverständliche Fremdgefährdung im Strafrecht: Zugleich ein Beitrag zur Mitwirkung an Selbstgefährdung*. Zürich: Schulthess Juristische Medien, 2015, p. 107).

⁹⁵⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel. Opferverhalten und objektive Zurechnung, cit., p. 370; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, cit., p. 207 e ss. Na doutrina brasileira: GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 119.

⁹⁵⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, cit., p. 723.

figuras, ainda que as consequências jurídicas a elas atribuídas sejam as mesmas. Afinal, diferentes categorias jurídicas não têm sua existência autônoma justificada apenas pelas consequências jurídicas que delas decorrem, sendo perfeitamente possível, ao menos em um plano lógico, que duas diferentes figuras coexistam de modo independente, embora acarretem as mesmas consequências jurídicas. Cita-se, a título de exemplo, as diversas classificações do dolo, tais como dolo direto, indireto e eventual, as quais acarretam a mesma consequência jurídica tal como ocorre com as diferentes espécies de culpa. Tais categorias são juridicamente diferenciadas por constituírem fenômenos distintos. Mesmo que o tratamento jurídico recebido seja o mesmo, isso em nada altera a configuração fática das hipóteses.

Acrescente-se que a diferenciação pode trazer vantagens, tendo em vista que a apreciação individualizada da heterocolocação em risco consentida prestigia a autonomia do ofendido. É importante abordar essa figura de modo específico para que reste consolidado que também por ela é possível que o ofendido exerça a sua autonomia, tal como nas hipóteses de autocolocação em risco. Ainda que o risco tenha origem na conduta do terceiro e o ofendido apenas exponha-se ao perigo, sua conduta é manifestação da autorresponsabilidade em igual medida. É importante identificar que o ofendido, nos casos de heterocolocação em risco consentida, pode ter um menor poder de evitação do resultado, dado que não pode influir diretamente no curso do risco. Porém, isso não torna menos autônoma sua decisão de expor-se ao risco. Caso a lesão ao bem jurídico decorra de fato estranho ao risco assumido, não se pode falar nem em heterocolocação em risco consentida, nem em autocolocação em risco. Há, portanto, utilidade em tratar-se de modo específico da heterocolocação em risco consentida, porquanto há o reconhecimento das diferenças fáticas em relação à autocolocação em risco e, ao mesmo tempo, sublinha-se que tais diferenças não impedem o igual exercício da autonomia, atribuindo-se as mesmas consequências jurídicas a ambas as categorias.

Em conclusão, viu-se que na equiparação tal como defendida por CLAUS ROXIN, exige-se que a heterocolocação em risco consentida assemelhe-se à autocolocação em risco em todos os aspectos relevantes, destacando-se que a lesão deve ser decorrência do risco assumido e que terceiro e ofendido tenham igual medida de autorresponsabilidade. Realizada a equiparação, aplicam-se à heterocolocação em risco consentida as mesmas consequências jurídicas da autocolocação em risco. Embora correta a teoria de CLAUS ROXIN quanto ao seu resultado, propõe-se uma outra leitura quanto a seus fundamentos e

requisitos. Defende-se ser mais correto falar-se em isonomia de tratamento entre ambas as figuras, pois a equiparação pressupõe uma superioridade da autocolocação em risco, o que é equivocado, tendo em vista que as duas categorias têm igual valor enquanto expressões da autonomia do ofendido. Partindo-se da isonomia, os requisitos para que a heterocolocação em risco consentida tenha o mesmo tratamento jurídico da autocolocação em risco correspondem à necessária ligação entre o dano e o risco assentido, bem como ao preenchimento dos requisitos da autorresponsabilidade enquanto aplicação analógica das regras da exculpação. Por fim, sustenta-se que, embora tenham as mesmas consequências jurídicas, autocolocação em risco e heterocolocação em risco consentida são figuras que merecem ser diferenciadas, uma vez que constituem fenômenos diversos, importando ressaltar ainda que a heterocolocação em risco consentida é também manifestação da autonomia e autorresponsabilidade do ofendido.

5.3.2.2. Heterocolocação em risco autorresponsável e imputação objetiva

Afirmado o tratamento isonômico entre a autocolocação em risco e a heterocolocação em risco consentida, aplicam-se a ambas as figuras as mesmas consequências jurídicas e instrumentos dogmáticos.

Partindo-se da concepção de CLAUS ROXIN, a heterocolocação em risco consentida deve ser compreendida dentro do alcance do tipo e do fim de proteção da norma, no campo da imputação objetiva tal como a autocolocação em risco, figura à qual se equipara.⁹⁵⁹ Em outras palavras, nos casos de heterocolocação em risco consentida, o terceiro não é punível, pois o resultado não lhe pode ser objetivamente imputado em razão da autorresponsabilidade do ofendido, acarretando a atipicidade da conduta.⁹⁶⁰ A autorresponsabilidade é o fator que aproxima a heterocolocação em risco consentida à autocolocação em risco, permitindo a quebra do nexo de imputação.⁹⁶¹ A impossibilidade de se imputar um resultado objetivamente a alguém em casos de heterocolocação em risco consentida baseia-se, assim como na autocolocação em risco, na ideia de fim de proteção da norma. A teoria do fim de proteção da norma tem a função de um princípio norteador

⁹⁵⁹ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, v. 1, cit., p. 411.

⁹⁶⁰ ROXIN, Claus. Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, cit., p. 250-251; HAFT, Fritjof. *Strafrecht allgemeiner Teil*, cit., p. 76.

⁹⁶¹ HELLMANN, Uwe. Einverständliche Fremdgefährdung und objektive Zurechnung, cit., p. 282-283.

em tais casos.⁹⁶² Portanto, para ROXIN a heterocolocação em risco consentida é um problema que encontra suas respostas no campo de imputação objetiva, que deve ser negada nos casos em de heterocolocação em risco consentida, pois o resultado da conduta do terceiro ofensor encontra-se fora do alcance do tipo por ir além do fim de proteção da norma, dada a equiparação com a autocolocação em risco.⁹⁶³

Também BERND SCHÜNEMANN defende que o resultado decorrente da heterocolocação em risco consentida foge ao fim de proteção da norma. A quebra do nexo de imputação objetiva na hipótese de heterocolocação em risco consentida, por meio do fim de proteção da norma, é consequência jurídica adequada ao perfil liberal do ordenamento jurídico ao tratar o cidadão como indivíduo autônomo, prestigiando-se sua autorresponsabilidade, e que não é o objeto de tutela pelo Estado em suas escolhas.⁹⁶⁴

Igualmente, a posição GÜNTHER JAKOBS aproxima-se dos argumentos de CLAUS ROXIN quanto à conduta arriscada do ofendido.⁹⁶⁵ JAKOBS lida com o problema por meio das categorias de “consentimento não final” (*unfinale Einwilligung*) e de atuação em risco próprio (*Handeln auf eigene Gefahr*). Qualificam-se como “consentimento não final” as hipóteses em que as consequências lesivas da conduta do terceiro não são assentidas pelo ofendido, embora elas sejam “custos indesejados de um contato social”,⁹⁶⁶ o que para JAKOBS não se confunde com um consentimento culposos, por defender que só se pode falar em consentimento doloso.⁹⁶⁷ Por outro lado, na atuação em risco próprio o ofendido lida “inconscientemente de forma descuidada com os próprios bens” e assim afasta a responsabilidade do causador do dano. Isso porque ao ofendido cabe autoprotger-se e por isso torna-se responsável pelas consequências conhecidas e desconhecidas da situação

⁹⁶² ROXIN, Claus. Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, cit., p. 251. No mesmo sentido: RUDOLPH, Hans-Joachim. Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre. *Juristische Schulung*, n. 12, 1969, p. 557; WALTHER, Susanne. *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung*, cit., p. 46; HECKER, Bernd; WITTECK, Lars. Fahrlässige Tötung oder straflose Mitwirkung am Selbstmord bei Vornahme einer vom Suizidenten gesteuerten Tötungshandlung? *Juristische Schulung*, n. 5, 2005, p. 400.

⁹⁶³ Para detalhes acerca do *alcance do tipo* e *fim de proteção da norma*, v. tópico 5.2.2.

⁹⁶⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, cit., p. 723-724; SCHÜNEMANN, Bernd. Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1986, p. 440.

⁹⁶⁵ JAKOBS afirma expressamente que atuação em risco próprio segue as ideias principais defendidas por ROXIN em seu trabalho “Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten”, publicado em 1973 no *Festschrift* para Wilhelm Gallas (JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: Teoria do injusto penal e culpabilidade*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes; Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 365, nota 468; JAKOBS, Günther. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 2ª ed. Berlim: de Gruyter, 1991, p. 253, nota 199).

⁹⁶⁶ JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal*, cit., p. 361; JAKOBS, Günther. *Strafrecht*, cit., p. 250.

⁹⁶⁷ JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal*, cit., p. 364; JAKOBS, Günther. *Strafrecht*, cit., p. 253.

de risco. As hipóteses de atuação em risco próprio verificam-se quando o titular do bem jurídico pode vislumbrar o risco tão bem quanto o terceiro e ocasiona a conduta danosa sem um motivo jurídico relevante. Tal como em uma proibição de regresso, embora exista a causalidade do terceiro, fala-se em uma atribuição da causa juridicamente relevante do dano ao âmbito do titular do bem jurídico.⁹⁶⁸

Destaca-se também no campo das consequências jurídicas a posição de MANUEL CANCIO MELIÁ, que diverge parcialmente de CLAUS ROXIN ao defender a existência de uma hipótese específica de imputação objetiva para lidar com os casos de autocolocação em risco e heterocolocação em risco consentida. Afirma CANCIO MELIÁ que o fundamento da organização social é o direito do indivíduo ao livre desenvolvimento. Como uma decorrência disto, o cidadão deve ser entendido como pessoa autônoma e responsável por seus atos. Por isso, a disposição de seus bens não pode ser incriminada pelo Direito Penal, sendo que o terceiro que toma parte em tal disposição apenas excepcionalmente pode ser punido. Como o sujeito tem o direito de agir livremente e organizar sua vida, pode também expor-se a riscos e assumir os danos decorrentes.⁹⁶⁹ O ofendido, por ser pessoa e nessa condição tomar parte dos fatos que levam à lesão de seu bem jurídico, deve ser incluído no processo de imputação como sujeito responsável.⁹⁷⁰ O princípio da autorresponsabilidade – baseado no reconhecimento da liberdade do sujeito e da atribuição de responsabilidade ao próprio titular dos bens jurídicos – reflete-se na imputação ao âmbito de responsabilidade da vítima.⁹⁷¹ CANCIO MELIÁ defende a imputação ao âmbito de responsabilidade do ofendido como uma terceira categoria autônoma da imputação objetiva nos casos em que o ofendido e o terceiro conjuntamente realizam atos adequados a lesionar o bem jurídico.⁹⁷²

Novamente, embora corretas as soluções quanto à não imputação objetiva do resultado ao terceiro inserido em uma heterocolocação em risco consentida autorresponsável, defende-se neste trabalho que o desfecho de não imputação se dê por

⁹⁶⁸ JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal*, cit., p. 365; JAKOBS, Günther. *Strafrecht*, cit., p. 253.

⁹⁶⁹ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Opferverhalten und objektive Zurechnung*, cit., p. 373-374.

⁹⁷⁰ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Opferverhalten und objektive Zurechnung*, cit., p. 366.

⁹⁷¹ CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍAZ-ARANDA, Enrique. *La imputación normativa del resultado a la conducta*, cit., p. 28-29.

⁹⁷² CANCIO MELIÁ, Manuel. *Opferverhalten und objektive Zurechnung*, cit., p. 375. CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍAZ-ARANDA, Enrique. *La imputación normativa del resultado a la conducta*, cit., p. 27. Para posição semelhante na doutrina brasileira, veja-se: SILVA JÚNIOR, Délio Lins e. *Imputação objetiva e conduta da vítima*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 184-185. Cita-se também ALESSANDRA ORCESI PEDRO GRECO que traz posição semelhante ao afirmar que a autocolocação em risco é hipótese autônoma da imputação objetiva (GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*, p. 164 e ss.).

outro fundamento. Uma vez que a autocolocação em risco e a heterocolocação em risco consentida merecem um tratamento isonômico no que tange às consequências jurídicas, aplica-se a esta última figura a solução dogmática já proposta quando do estudo da autocolocação em risco, isto é, a quebra do nexo de imputação objetiva por meio da categoria do risco permitido.⁹⁷³

Conforme já exposto,⁹⁷⁴ o exercício da autonomia pelo ofendido transforma em risco permitido o perigo criado pelo terceiro, de sorte que o resultado decorrente não pode ser imputado ao agente. Ao agir de modo autorresponsável, o indivíduo quebra o nexo de imputação objetiva que poderia ser atribuído ao terceiro, pois a lesão ao bem jurídico passa a ser decorrência de um risco permitido pelo ordenamento jurídico. Ao terceiro não pode ser imputado um resultado lesivo que se deve ao comportamento autorresponsável do ofendido em relação aos seus próprios bens jurídicos.⁹⁷⁵ Isto é decorrência da própria concepção de Direito Penal, cuja tarefa cinge-se exclusivamente a evitar ofensas ao bem jurídico contrárias à vontade de seu titular, sendo penalmente irrelevante as lesões que se dão em conformidade à conduta voluntária do ofendido.⁹⁷⁶ Portanto, segundo interpretação teleológica da norma, o tipo penal não procura evitar riscos assentidos de modo autorresponsável pelo titular do bem jurídico, mas apenas perigos a bens jurídicos alheios contrários à vontade do ofendido. Por essa razão, a exposição autorresponsável a um perigo alheio pelo titular do bem jurídico tem o condão de torná-lo um risco permitido.

O caráter permitido do risco se estende também a outras pessoas que se inserem na conduta autônoma do ofendido em detrimento do seu bem jurídico, uma vez que elas – ao criarem o risco com sua conduta – tornam-se sujeitos que atuam em prol do exercício da autonomia pelo ofendido, sendo esta última valor maior a ser tutelado em respeito à dignidade humana. Com o exercício da autonomia pelo ofendido, torna-se permitido o risco criado pela conduta do terceiro. Em outras palavras, ao consentir com o perigo que advém do terceiro, o risco passa a ser qualificado como permitido, pois é conforme à vontade autônoma do titular do bem jurídico. O risco criado pelo terceiro, embora possa ser em um momento inicial ser entendido como não permitido por tratar-se de perigo voltado a bem jurídico alheio, muda sua natureza ao ser encampado pela vontade do

⁹⁷³ Vide tópico 5.2.2.

⁹⁷⁴ Vide tópico 5.2.2.

⁹⁷⁵ KÜHL, Kristian. *Strafrecht allgemeiner Teil*, cit., p. 57; EBERT, Udo. *Strafrecht allgemeiner Teil*, cit., p. 49.

⁹⁷⁶ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, v. 1, cit., p. 24.

ofendido. Esse mesmo risco ao ser assentido pelo ofendido tem alterada a sua qualificação jurídica. Isso porque o risco criado pelo terceiro passa a fazer parte do exercício da autonomia do ofendido, ou seja, o perigo é instrumentalizado de modo autorresponsável pelo titular do bem jurídico em favor de sua autonomia. Por sua vez, eventual resultado lesivo ao bem jurídico se dá em razão da vontade do ofendido em arriscar-se. Sem a conduta autorresponsável de exposição do bem jurídico ao perigo, nenhuma ofensa ocorreria. Portanto, sobrepõe-se a autonomia do ofendido, enquanto exercício de direito, ao risco originalmente proibido, tornando-o permitido.

Afigura-se necessário conferir o caráter permitido ao risco voltado ao bem jurídico, a fim de evitar juízos contraditórios sobre o risco. O risco criado pelo terceiro ao bem jurídico é único e não pode ser valorado como permitido em relação ao ofendido, porque autonomamente consentiu com ele ao expor-se de modo autorresponsável, e ao mesmo tempo não permitido em relação ao terceiro, que o criou com sua conduta. O risco pode apenas ser qualificado como risco permitido ou não permitido em relação a um determinado bem jurídico. Neste cenário, deve prevalecer o caráter permitido do risco, tanto em relação ao ofendido quanto ao terceiro criador do perigo. Entendimento contrário ofenderia a dignidade da pessoa humana e a autonomia, dado que rotularia como não permitido o exercício de um direito por seu titular. A dignidade humana e a autonomia são valores que constituem o sujeito e seu exercício é inerente à condição de pessoa. Exercer a autonomia, ainda que tal conduta acarrete a lesão a bens jurídicos, é ato lícito e não deve ser reprimido pelo Estado. Portanto, quando o ofendido exercendo sua autonomia expõe-se de modo autorresponsável ao risco alheio, ele faz uso do perigo que advém da conduta do terceiro conforme sua vontade, instrumentalizando o risco em favor de sua autonomia. Como o risco alheio serve de meio para o exercício da autonomia – fim da conduta do ofendido – ele se torna risco permitido frente àquele bem jurídico, ainda que tenha sido criado pela conduta do terceiro. Caso este risco realize-se em lesão, ela será o resultado de um risco permitido, impedindo-se o nexo de imputação objetiva.

Ressalta-se que mesmo diante de deveres paternalistas do terceiro frente ao ofendido o exercício da autonomia torna permitido o risco. Sob a ótica do paternalismo moderado admite-se a intervenção na conduta do ofendido apenas nos casos em que a ação ou omissão não é suficientemente autônoma. Consubstanciando a conduta em efetivo exercício da autonomia, não pode o Estado ou outro indivíduo paternalisticamente

impedir o ato do ofendido ao qualificar como proibido o risco criado pelo terceiro e possibilitar a imputação de eventual resultado lesivo ao agente.⁹⁷⁷

O caráter permitido do risco depende diretamente da natureza autorresponsável da conduta do ofendido, o que se afere pela aplicação analógica das regras da exculpação. Caso se entenda que a conduta do ofendido não é autorresponsável, o risco criado pelo terceiro é qualificado como proibido, uma vez que deixa de ser um instrumento para o exercício da autonomia do ofendido. Isso não impede, entretanto, que o risco possa ser permitido em razão de outras causas, tal como o regular exercício de um direito do próprio agente. Se o ofendido se expõe a um risco que em si mesmo é permitido, eventual resultado não será imputado ao terceiro, ainda que o ato de exposição ao risco não seja autorresponsável. O caráter autorresponsável da conduta do ofendido é apenas umas das possíveis causas que tornam permitido o risco, não se excluindo outras possibilidades.

Cabe lembrar que o **alcance do tipo** como preceituado por CLAUS ROXIN é categoria da imputação objetiva que não tem lugar como figura autônoma, ainda que se possa utilizar sua *ratio* para se interpretar o risco permitido decorrente de uma conduta autônoma e autorresponsável por parte do ofendido. O alcance do tipo expressa-se como fim de proteção da norma e possui o condão de quebrar o nexo de imputação objetiva nos casos em que o resultado ocorrido está excluído do fim de proteção da norma, pois não se deu de modo contrário à previsão típica.⁹⁷⁸ Contudo, a figura do alcance do tipo não tem um conteúdo definido e é antes uma perspectiva valorativa, reforçando o caráter teleológico da interpretação, mas da qual não se afigura possível extrair conclusões de modo direto.⁹⁷⁹ Além disso, critica-se o alcance do tipo por sua vagueza, o que permitiria uma limitação arbitrária do tipo.⁹⁸⁰ Também afirma-se criticamente que o alcance do tipo é antes um mero conceito formal, sem aplicação direta a casos concretos.⁹⁸¹ Estas considerações, embora plausíveis, não impedem a utilização da *ratio* do alcance do tipo e do fim de proteção da norma, a fim de se realizar uma interpretação teleológica da norma, qualificando como permitido o risco criado pelo terceiro e ao qual o ofendido

⁹⁷⁷ Vide tópico 3.1.

⁹⁷⁸ GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, cit., p. 103.

⁹⁷⁹ ROXIN, Claus. Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, cit., p. 243-249; 258-259. O tema foi também abordado por Claus Roxin anteriormente, porém com o uso do termo *âmbito de proteção da norma* (*Schutzbereich der Norm*) (ROXIN, Claus. *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, cit., p. 132 e ss.). Vide tópico 5.2.2.

⁹⁸⁰ WALTHER, Susanne. *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung*, cit., p. 681-682. Criticamente: FRISCH, Wolfgang. *Selbstgefährdung im Strafrecht*, cit., p. 1-7.

⁹⁸¹ GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, cit., p. 108-109.

expõe-se de modo autorresponsável. Portanto, ao entender como risco permitido a conduta do terceiro, resolve-se de modo satisfatório e integral os problemas suscitados pela heterocolocação em risco consentida, especialmente no que diz respeito à eventual punibilidade do terceiro.

Igualmente, rejeita-se a solução proposta por CANCIO MELIÁ, que defende a ausência de nexo de imputação objetiva por meio da criação de uma categoria autônoma, o âmbito de responsabilidade da vítima.⁹⁸² Ainda que se admita seu argumento no que diz respeito à necessidade de quebra do nexo de imputação objetiva ao terceiro, afirmando-se a responsabilidade da vítima pelo risco ao qual assentiu, entende-se que a solução dogmática pelo risco permitido é dotada de maior simplicidade, não sendo necessária criação de novas categorias à imputação objetiva.

Por fim, acrescenta-se que com a utilização da **imputação objetiva** como categoria para viabilizar dogmaticamente soluções à heterocolocação em risco consentida autorresponsável como obstáculo à responsabilização do terceiro alcança-se resultado que **prestigia a autonomia** do ofendido enquanto conceito jurídico, afastando-se elementos exclusivamente morais.

Além disso, a imputação objetiva oferece **respostas adequadas** à heterocolocação em risco consentida autorresponsável, sem as críticas existentes quanto à figura do consentimento do ofendido.

Primeiramente, no campo da imputação objetiva não há o debate acerca do valor e desvalor da conduta e do resultado. No consentimento, fala-se em ficção quanto ao valor do resultado, pois o ofendido não deseja a lesão ao bem jurídico. Porém, enquanto causa excludente da antijuridicidade, deve o desvalor do resultado ser compensado pelo valor do resultado. No campo da imputação objetiva, esta discussão não tem lugar, uma vez que se está no âmbito da tipicidade e não é preciso fazer tal compensação de desvalor e valor. Não há, portanto, a ficção presente na figura do consentimento.⁹⁸³ O ofendido, ao expor-se ao risco de modo assentido e autorresponsável, confere ao risco o caráter permitido e isso basta para que não se impute objetivamente o resultado ao terceiro. Não é preciso que o ofendido queira a lesão a seu bem jurídico, uma vez que na imputação

⁹⁸² CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍAZ-ARANDA, Enrique. *La imputación normativa del resultado a la conducta*, cit., p. 28-29.

⁹⁸³ SCHÜNEMANN, Bernd. *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, cit., p. 723-724.

objetiva importa acima de tudo a figura do risco, seja sua criação, seja sua realização. Sendo permitido o risco, o resultado não poderá ser imputado objetivamente ao terceiro. A imputação objetiva mostra-se mais apta às situações de heterocolocação em risco consentida autorresponsável, porque tal instrumento dogmático lida em primeiro plano com o risco, que é aspecto central da heterocolocação em risco consentida. Portanto, a imputação objetiva é superior ao consentimento do ofendido por trazer respostas adequadas às situações em que o titular assente apenas com a periclitación de seu bem jurídico.

Destaca-se que no campo da imputação objetiva encontram-se também soluções aos questionamentos acerca da indisponibilidade da vida e dos atos contra os bons costumes. No consentimento, tradicionalmente limita-se a conduta do ofendido à disponibilidade dos bens jurídicos, destacando-se que a vida seria bem jurídico indisponível. Isso se extrai no direito alemão do § 216 StGB, que pune o homicídio a pedido, e no direito brasileiro do art. 122 do Código Penal e do art. 13, *caput*, do Código Civil. Ao dispor da própria vida, o ato de consentimento seria ineficaz, uma vez que haveria um interesse público em sua manutenção. Também é considerado ineficaz o consentimento do ofendido contrário aos bons costumes, como previsto expressamente no § 228 StGB, sendo que se encontra norma de conteúdo semelhante no art. 13, *caput*, do Código Civil brasileiro. Interpreta-se usualmente a ofensa aos bons costumes como atos em que há perigo à vida, riscos de grande intensidade e sem uma motivação racional para a realização do ato, bem como nas hipóteses em que o ofendido age contrariamente à moral social.⁹⁸⁴

Entretanto, no campo da imputação objetiva estes obstáculos não estão presentes. No direito alemão, defende-se que não se aplicam as limitações decorrentes dos §§ 216 e 228 StGB nos casos em que se utiliza a imputação objetiva como instrumento da heterocolocação em risco consentida e também da autocolocação em risco, ainda que exista o risco de vida, pois isso acarretaria em uma moralização arbitrária da aplicação do direito.⁹⁸⁵ Além disso, os obstáculos referentes à indisponibilidade da vida e aos bons costumes como causas de ineficácia do consentimento não teriam lugar, pois a discussão acerca da imputação objetiva situa-se no campo da tipicidade, anterior à análise

⁹⁸⁴ Para a discussão aprofundada acerca do consentimento, vide tópico 5.3.1.

⁹⁸⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, cit., p. 723.

antijuridicidade.⁹⁸⁶ Portanto, ao discutirem-se as consequências jurídicas da heterocolocação em risco consentida no campo da imputação objetiva, o juízo sobre a não punibilidade da conduta do terceiro surge em momento lógico anterior à figura do consentimento do ofendido como causa excludente de ilicitude. Desta maneira, o exame da vontade do ofendido se dá sem os obstáculos da alegada indisponibilidade da vida e da ofensa aos bons costumes. A análise da conduta do ofendido frente ao risco pela imputação objetiva reforça o respeito à autonomia do ofendido enquanto conceito jurídico, afastado de elementos moralizantes, uma vez que acaba por permitir o ato de periclitacão da vida, entendida como bem jurídico enquanto interesse, e não submete a vontade do sujeito ao respeito aos bons costumes, o que limita indevidamente o exercício jurídico da autonomia por razões eminentemente morais.⁹⁸⁷

Portanto, conclui-se que a imputação objetiva é a sede apropriada para instrumentalizar dogmaticamente as consequências jurídicas da heterocolocação em risco consentida autorresponsável, dedicando-lhe o mesmo tratamento jurídico oferecido à colaboração em autocolocação em risco autorresponsável. A heterocolocação em risco consentida constitui problema jurídico que pode ser resolvido pela figura do risco permitido. Com a conduta autorresponsável do ofendido ao expor-se ao risco alheio, o perigo criado pelo terceiro torna-se permitido, pois passa a ser instrumento do exercício da autonomia do ofendido. Deve-se interpretar a norma penal teleologicamente, a fim de apenas qualificar como proibidos os riscos contrários à vontade do titular do bem jurídico. Do mesmo modo, o risco é permitido em relação ao terceiro que o criou com sua conduta e eventual resultado lesivo decorrente da realização de tal risco não lhe pode ser objetivamente imputado. Uma vez que as soluções jurídicas decorrem do caráter permitido do risco, não se faz necessária a criação de novas categorias na imputação objetiva específicas para abarcar os casos de colocação do ofendido em risco. Igualmente, defende-se que a imputação objetiva é o campo apropriado para a valoração das consequências da heterocolocação em risco consentida autorresponsável, por deixar de lado a discussão acerca do valor e desvalor do resultado, permitir que a manifestação da

⁹⁸⁶ KINDHÄUSER, Urs. *Strafgesetzbuch*, cit., p. 791; OSWALD, Katja. Heilversuch, Humanexperiment und Azneimittelforschung: Eine systematische Einordnung humanmedizinischer Versuchsbehandlung aus strafrechtlicher Sicht. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich (Org.). *Handbuch des Medizinstrafrechts*. 4. ed. Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden: Boorberg, 2010. XVIII, p. 694.

⁹⁸⁷ Para o exame detalhado da disponibilidade da vida e da rejeição dos bons costumes, vide tópico 5.3.1.2. Acerca da disponibilidade da vida: BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*, cit., p. 181-183.

autonomia do ofendido seja plenamente respeitada ao possibilitar a colocação em perigo da vida, bem como ao afastar os limites moralizantes dos bons costumes.

5.3.2.3. *Casos de heterocolocação em risco consentida e suas consequências jurídicas*

Com base nestes elementos teóricos, passa-se à análise de exemplos de sua aplicação por meio de casos já anteriormente examinados quando da configuração da heterocolocação em risco consentida.⁹⁸⁸ Para melhor contextualizá-los, serão expostos brevemente os fatos e sua qualificação como heterocolocação em risco consentida e após serão debatidas as suas consequências jurídicas.

Trata-se primeiramente do caso da travessia do rio Memel (*Memel-Fall* – RGSt 57, 172), julgado pelo *Reichsgericht* alemão em 1923. Dois passageiros solicitaram ao barqueiro que os transportassem à outra margem do rio, porém o pedido foi negado pelo condutor em razão das condições climáticas, que ameaçariam a vida daqueles que navegassem naquele momento. Devido à insistência dos passageiros, o barqueiro realizou a travessia, mas, embora tenha conduzido a embarcação com cuidado, um dos indivíduos caiu nas águas do rio e afogou-se.⁹⁸⁹ Como já analisado, este caso configura uma heterocolocação em risco consentida, dado que o risco tem origem na conduta do barqueiro ao atravessar o rio e os transportados somente expuseram-se voluntariamente a este risco. A conduta dos passageiros foi consentida por saberem dos aspectos essenciais do risco e, com essa consciência, quererem expor-se ao risco. Uma vez iniciada a exposição ao risco, nada mais lhes era possível senão tolerar o perigo, sem influírem no correr dos fatos.

Acrescenta-se que a conduta dos passageiros foi autorresponsável, pois, segundo as normas da exculpação, não incidiu qualquer fato que afastasse sua culpabilidade, especialmente porque eram imputáveis e não havia qualquer causa de inexigibilidade de conduta diversa. Uma vez que as condutas são autorresponsáveis, elas devem ser respeitadas pelo Direito Penal por consistirem em exercício da autonomia dos indivíduos, sem qualquer reprovação ao ofendido ou a terceiros. No campo da imputação objetiva, pode-se afirmar que o risco criado pelo ofendido é permitido, pois nele incidiu a

⁹⁸⁸ Vide tópico 4.4.4.

⁹⁸⁹ RGSt 57, 172. LOTZ, Martin. *Die einverständliche, beidseitig bewusst fahrlässige Fremdschädigung*, cit., p. 73-77.

autonomia dos ofendidos ao agirem de modo autorresponsável. Logo, o resultado danoso não deve ser imputado objetivamente ao barqueiro.

Um segundo caso diz respeito ao consumo de heroína (BGHSt 49, 34). Neste caso, dois sujeitos pretendem usar heroína juntos, porém um deles não poderia injetar em si a substância em razão dos tremores em suas mãos. Por isso, o outro usuário a pedido injeta a heroína no corpo do ofendido, que falece logo após em razão dos efeitos da droga.⁹⁹⁰ Este é um caso de heterocolocação em risco consentida, pois o risco tem origem na conduta do terceiro ao injetar a heroína. O ofendido, por sua vez, tão somente se expôs ao risco, ciente de seus aspectos essenciais e com vontade de arriscar-se. Igualmente, ao ofendido cabia apenas tolerar o risco criado pelo terceiro, sem possibilidade de influir diretamente nele.

No mais, pode-se afirmar que a conduta do ofendido é autorresponsável, segundo as regras da exculpação, pois era imputável e não incidia qualquer causa de inexigibilidade de conduta diversa. O fato de estar fisicamente debilitado não retira do ofendido a possibilidade de exercer sua autonomia, especialmente porque nada indica que ele deixou de entender o caráter arriscado da conduta e de autodeterminar-se para expor-se ao risco. Por isso, não incide a causa de exculpação do art. 45 da Lei nº 11.343/06. Constatado o caráter autorresponsável da conduta, impede-se a reprovação penal ao ofendido e ao terceiro. Por fim, nega-se o nexo de imputação objetiva do resultado, porquanto o risco criado pelo terceiro ao injetar a heroína torna-se permitido em virtude do exercício da autonomia do ofendido.

Um terceiro exemplo a ser comentado refere-se a práticas sadomasoquistas (*Sadomasochismus-Fall* – BGHSt 49, 166). Relata-se que o agente asfixiou a ofendida com uma barra de ferro durante o ato sexual a seu pedido, dado que esta prática já havia sido realizada anteriormente com outros instrumentos. O terceiro mostrou-se inicialmente reticente com o uso da barra de ferro por considerar demasiadamente perigoso, mas a ofendida convenceu-o a realizar o ato. Com a pressão no pescoço da ofendida, contudo, interrompeu-se o fluxo de sangue, causando sua morte. Como já visto, qualifica-se este caso como uma heterocolocação em risco consentida, uma vez que o risco tem origem na conduta do terceiro, que pressiona o pescoço da ofendida com a barra de ferro. A exposição ao risco alheio pela ofendida é consentida, pois ela sabe dos aspectos essenciais

⁹⁹⁰ BGHSt 49, 34. LOTZ, Martin. *Die einverständliche, beidseitig bewusst fahrlässige Fremdschädigung*, cit., p. 115-124.

do risco e quis arriscar-se. À ofendida cabia apenas tolerar a exposição ao risco, sem possibilidade de intervir diretamente em seu curso, dado que a diminuição ou cessação do risco podia ser realizada efetivamente apenas pelo terceiro.

Ao mais, tem-se que a conduta da ofendida é autorresponsável, uma vez que é imputável e não há causas de inexigibilidade de conduta diversa. Por ser exercício legítimo de sua autonomia, não pode o Direito Penal reprovar a conduta de criação e exposição ao risco. No campo da imputação objetiva, vê-se que o risco criado pelo terceiro é permitido, porquanto a exposição pela ofendida representa o exercício de sua autonomia. Além disso, sublinha-se que não há qualquer óbice relativo aos bons costumes relacionado à prática sexual, uma vez que significaria uma indevida limitação da autonomia por razões exclusivamente morais. Portanto, o resultado lesivo sofrido pela ofendida não pode ser objetivamente imputado ao terceiro, uma vez que se tratava de risco permitido o perigo por ele criado e realizado.

Também se analisa o caso da prestação de serviço cívico (*Zivildienst-Fall* – BGH NStZ 2003, 537). Relata-se que um jovem prestador de serviço cívico alternativo ao serviço militar era incumbido dos cuidados de um homem com distrofia muscular, que, devido ao estágio avançado de sua doença, podia mexer tão somente os dedos e comunicar-se. O jovem foi convencido pelo paciente a colocá-lo dentro de sacos plásticos e depois abandoná-lo em um *container* no qual se armazenava lixo, pois assim realizaria uma fantasia sexual do ofendido. O paciente disse ao jovem que esse ato seria seguro e já fora realizado outras vezes, sendo que pela manhã outros funcionários o retirariam do *container* com segurança. O jovem realizou o desejo do paciente, que foi encontrado morto na manhã seguinte por asfixia e hipotermia.⁹⁹¹ Tem-se no caso hipótese de heterocolocação em risco consentida, pois o jovem com sua conduta deu origem ao risco no momento em que deixou o ofendido abandonado no *container*. O ofendido tinha consciência dos aspectos essenciais do risco, especialmente porque deu as orientações ao terceiro, e queria expor-se ao perigo. Ao ser deixado no *container*, o ofendido apenas podia tolerar o risco, sem possibilidade de influir diretamente nele em razão de seu estado de saúde.

Além disso, o ofendido agiu de modo autorresponsável quando se expôs ao risco criado pelo terceiro, uma vez que sua conduta não é marcada por qualquer causa de

⁹⁹¹ BGH NStZ 2003, 537. ROXIN, Claus. *Strafrecht*, v. 1, cit., p. 412-413.

exculpação, ressaltando-se que seu estado de saúde debilitado não era obstáculo para a compreensão do caráter arriscado da conduta ou para a sua autodeterminação. Por ser autorresponsável, a conduta do ofendido pode ser entendida como exercício da autonomia, a qual deve ser respeitada pelo ordenamento jurídico, impedindo-se eventual reprovação penal. No campo da imputação objetiva, tem-se que o risco criado pelo ofendido é permitido, uma vez que está em conformidade com a vontade autônoma e autorresponsável do ofendido. Por tratar-se de risco permitido, o resultado lesivo não pode ser atribuído ao terceiro.

Também se examina o caso referente aos surfistas de automóveis (*Autosurfer-Fall* – OLG Düsseldorf NStZ RR 1997, 325). Neste caso, um grupo de jovens “surfavam” na parte superior de veículos, enquanto um terceiro conduzia o carro com velocidade aproximada de oitenta quilômetros por hora. Em um dado momento, um jovem cai do alto do veículo em movimento e lesiona-se gravemente.⁹⁹² Esta configura mais uma hipótese de heterocolocação em risco consentida, dado que o risco tem origem com a conduta do motorista. Por sua vez, o ofendido sabe dos aspectos essenciais do risco ao “surf” o automóvel e manifesta a suficiente vontade de arriscar-se. Ao ofendido cabia apenas tolerar o risco criado pelo terceiro, que conduzia o veículo, sendo que não lhe era possível influir no curso do risco diretamente.

Afirma-se também que a conduta do ofendido era autorresponsável por não haver notícia de qualquer causa de exculpação a afastar sua culpabilidade. Devido ao caráter autorresponsável, sua conduta pode ser entendida como manifestação da autonomia e, como tal, tem que ser respeitada pelo Direito Penal. No campo da teoria do delito, por sua vez, o resultado lesivo não pode ser imputado objetivamente ao terceiro que conduzia o veículo, tendo em vista que o risco criado se tornou permitido com a exposição autorresponsável do ofendido.

Um último caso que merece atenção trata da corrida de automóveis (*Autorennen-Fall* – BGHSt 53, 55). Relata-se que um grupo de jovens realizava teste de aceleração em rodovias e, numa destas corridas, outro veículo transitava na via de modo regular. Ao desviar deste veículo, um dos motoristas participantes da corrida perde a direção e colide, causando a morte do passageiro. Como visto, este caso qualifica-se como uma

⁹⁹² OLG Düsseldorf NStZ-RR 1997, 325. ROXIN, Claus. Der Streit um die einverständliche Fremdgefährdung, cit., p. 656. Comentários também em SAAL, Martin. Zur strafrechtlichen Bewertung des "Auto-Surfens", cit., p. 49-54, 1998.

heterocolocação em risco consentida, porquanto o risco tem origem na conduta do terceiro, que conduzia em alta velocidade o veículo que participava da corrida. O ofendido, por sua vez, tinha consciência dos elementos essenciais do risco ao tomar o lugar de passageiro, especialmente porque sabia que participaria de corrida, bem como manifestou a vontade de arriscar-se. Uma vez iniciado o risco, o ofendido, contudo, nada podia fazer para influir diretamente nele, pois a direção do carro estava na mão do terceiro.

A isso acresce-se que a conduta do ofendido era autorresponsável, pois o sujeito era imputável e não incidiram hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa. Consequentemente, o ato do ofendido ao expor-se ao risco caracteriza uma manifestação de sua autonomia e deve ser respeitado como tal. Pela imputação objetiva, o risco criado pelo terceiro ao conduzir o veículo tornou-se permitido frente ao bem jurídico do ofendido, dado que inserido no exercício da autonomia deste último. Por se tratar de risco permitido, a lesão ao bem jurídico não pode ser imputada objetivamente ao terceiro.

CONCLUSÃO

1. Com base na filosofia moral de KANT, afirma-se que o ofendido é pessoa, ser racional e livre. Por ser pessoa, é sujeito ao qual se atribui autonomia e poder de autodeterminação. A autonomia da vontade, por sua vez, é o fundamento da dignidade da pessoa humana, tornando o indivíduo um fim em si mesmo. Por isso, nas relações humanas o sujeito não pode ser tratado exclusivamente como meio, mas sim como fim. Por ser um fim em si mesmo, existem deveres morais do sujeito em relação a si mesmo ligados à autopreservação, o que acarreta a reprovação do suicídio. Mesmo assim, KANT não chega a asseverar a imoralidade das ações arriscadas feitas pelo sujeito contra si mesmo, contemplando algumas situações-limite, sobre as quais ele não profere um juízo definitivo. Além disso, verifica-se uma relação muito próxima entre autonomia e razão, mais precisamente, a autonomia só seria efetivamente exercida enquanto cumprimento da lei moral. Ainda assim, o indivíduo possui livre arbítrio para realizar atos contrários ou indiferentes à Moral.

2. Já a Filosofia do Direito de KANT indica outro conteúdo acerca da autonomia. O Direito regula exclusivamente as liberdades externas dos sujeitos a fim de tornar possível a convivência entre os arbítrios dos indivíduos. Não cumpre ao Direito a regulação de atividades internas ou disposições morais, nem é sua tarefa a moralização ou promoção de virtudes. A partir destas considerações, tem-se que KANT nega a concepção paternalista de Estado. Por isso, mesmo para KANT não é possível transpor conceitos morais para o Direito. Quanto aos atos do sujeito em relação a si mesmo, ainda que seja imoral o suicídio, não há um dever jurídico de conservação da própria vida.

3. A dignidade da pessoa humana – positivada no Direito e com papel hermenêutico em relação a todo o ordenamento – confere legitimidade e fundamento moral ao Estado ao atribuir valor absoluto ao indivíduo e afirmar que ele é um fim em si mesmo. Do ponto de vista do seu conteúdo, a dignidade da pessoa humana consagra a autonomia do indivíduo, sua autodeterminação e o livre desenvolvimento da personalidade no campo do Direito, bem como assegura à pessoa a qualidade de sujeito. Igualmente, pela dignidade da pessoa humana o indivíduo é posto no centro da ordem jurídica. Deste modo, é o Estado e a comunidade quem devem servir ao indivíduo, não o inverso. A partir da previsão da dignidade humana, o Direito defende uma concepção de

pessoa, tutelando-se o sujeito concreto, vale dizer, o sujeito que não age de modo puramente racional. Neste ponto, constata-se um distanciamento entre autonomia jurídica e autonomia moral. Enquanto a autonomia moral é exercida apenas enquanto cumprimento da lei moral por um sujeito racionalmente abstrato, a autonomia jurídica refere-se ao sujeito concreto não puramente racional, que tem a liberdade de agir de modo não moral e não racional e mesmo assim ser protegido pelo Direito em suas escolhas. Por ser juridicamente livre, o indivíduo possui uma esfera de ação independente e responsável, limitada tão somente pelo respeito à liberdade alheia. A liberdade pode ser exercida mesmo que não estejam presentes as condições fáticas ideais e ainda que os fatores da incerteza e do risco sejam inerentes às ações. Além disso, não é possível limitar o exercício da autonomia com o suposto fim de proteger a dignidade do próprio indivíduo, impondo-lhe deveres em relação a si mesmo.

4. O Direito Penal, por sua vez, procura limitar o exercício da autonomia por meio de normas paternalistas, as quais se justificam por alegadamente promover um bem ou evitar um mal ao sujeito. Sob a perspectiva do paternalismo moderado, admite-se a intervenção estatal apenas nos casos em que o ato do sujeito não se mostre suficientemente voluntário, permitindo-se que ele adote condutas lesivas ou arriscadas contra si, caso esta seja sua real vontade. De acordo com esta vertente, não se aceita a interferência estatal que obriga o sujeito a agir contra suas escolhas autônomas em relação a si, ainda que se alegue que a interdição lhe seja benéfica, pois esta interdição não se coaduna com seu *status* enquanto pessoa e viola sua autonomia. Em verdade, a autonomia representa um obstáculo à intervenção paternalista. O Direito Penal deve reprovar lesões e perigos a bens jurídicos alheios. Por isso, verifica-se a incompatibilidade entre o paternalismo penal e o princípio da lesividade e da subsidiariedade.

5. A autonomia jurídica deve ser entendida como voluntariedade, que se afere sem o uso de critérios como a racionalidade, a razoabilidade ou a prudência das escolhas, diferenciando-se neste ponto da autonomia moral. Ao se exercer esta autonomia para a assunção de riscos, deve-se igualmente deixar de lado concepções excessivamente racionalistas de autonomia. Mesmo que a conduta arriscada não seja razoável ou prudente, ela pode ser suficientemente voluntária e fruto da autonomia do sujeito. No exercício da autonomia, pode o sujeito dispor de seus bens jurídicos. Isso afasta, por sua vez, a indisponibilidade de bens jurídicos *per se* e de modo absoluto, mesmo em relação à vida e à integridade física. Por outro lado, se a vontade está viciada – por exemplo, por

compulsões, coerções, distúrbios psicológicos e erro – a voluntariedade da conduta não se encontra suficientemente configurada, o que impede o exercício da autonomia.

6. A autonomia jurídica pode ser determinada com o auxílio das normas penais. O Direito Penal possui normas para aferir a responsabilidade de agentes que lesam ou colocam em perigo bens jurídicos alheios, as quais podem ser aplicadas analogicamente para determinar a autonomia do ofendido que age contra si mesmo. Da análise do ordenamento jurídico-penal é possível extrair parâmetros relativos à liberdade do indivíduo em categorias como o dolo, a culpa, o erro e especialmente das normas que regulamentam a culpabilidade do sujeito. A liberdade do sujeito é pressuposto para sua responsabilização penal. Ao se examinar o caráter autônomo da conduta do ofendido, sua liberdade deve ser entendida como objeto de proteção, e não de reprovação do Direito Penal.

7. A responsabilidade penal apresenta-se como uma decorrência da autonomia, com uma diferença fundamental no que tange à essência dos dois institutos: ao passo que a autonomia é atributo da natureza humana, a responsabilidade é fenômeno jurídico. Dado que o ofendido é responsável por seus atos em relação a si mesmo, o Estado deve assegurar o exercício de sua liberdade ao máximo. Admite-se a intervenção estatal apenas nos casos em que a conduta não é autônoma. Ao contrário, caso seja constatada a autonomia da conduta do sujeito, ainda que ela se volte contra si, ela deve ser respeitada. Igualmente, não se pode aceitar a intervenção penal sobre o terceiro que se insere na conduta voluntária do sujeito que age contra si, em respeito à autonomia do titular do bem jurídico.

8. A fim de se compreender as figuras da autocolocação em risco e heterocolocação em risco consentida, é preciso diferenciar as condutas de colocação em risco e de lesão. Defende-se que esta distinção deve ocorrer no momento em que a conduta é realizada e se dá de modo objetivo, sem considerar aspectos subjetivos dos sujeitos, de acordo com certeza ou incerteza da ocorrência do dano em um prognóstico de desenvolvimento adequado do risco criado com a conduta. Deste modo, qualifica-se como lesiva a conduta da qual surge risco que leva à certeza da ocorrência do dano, sendo excepcional sua não ocorrência. Por outro lado, é conduta de colocação em risco a criação de perigo em relação ao qual é incerto o prognóstico de dano, dado que o desenvolvimento do risco é incontrollável.

9. Feita esta primeira delimitação, a autocolocação em risco, colaboração em autocolocação em risco e a heterocolocação em risco consentida devem ser diferenciadas. Rejeita-se o critério conforme a dogmática do concurso de pessoas, uma vez que em um cenário de colocação em risco nenhum dos sujeitos tem o efetivo domínio dos fatos arriscados. Além disso, nos delitos culposos adota-se a teoria unitária do concurso de pessoas, não se diferenciando entre autor e partícipe. Igualmente, nas hipóteses de colocação em risco destaca-se a incerteza da produção do resultado devido à incontrollabilidade do risco, do que decorre a impossibilidade de dominá-lo.

10. Justifica-se a diferenciação entre autocolocação em risco e heterocolocação em risco consentida em razão do poder de evitação do resultado pelo ofendido, o qual difere em grau em cada uma das figuras. Para tanto, adota-se como critério da origem do risco, tal como esboçado por CLAUS ROXIN. A fim de distinguir os dois institutos, deve-se identificar qual dos sujeitos realiza a conduta que dá origem ao risco que leva diretamente à lesão do bem jurídico. Este critério, por sua vez, deve ser interpretado sob o prisma da autonomia. A conduta humana, afinal, deve ser entendida como exteriorização da personalidade, conforme preconizado por ROXIN, e como manifestação da autonomia do indivíduo. Os diferentes graus do poder de evitação do resultado são reflexos da autonomia do ofendido, uma vez que ele decide, por meio de sua conduta, o modo pelo qual se expõe ao risco. Deste modo, forma-se um liame entre a autonomia do ofendido e eventual dano decorrente do risco, que pode ser imediato ou mediatizado pela conduta do terceiro.

11. A autocolocação em risco configura-se em seu aspecto objetivo nos casos em que a conduta que dá origem ao risco que acarreta de modo direto e imediato o dano é realizada pelo próprio ofendido. Esta conduta do ofendido pode criar ou majorar o risco contra si mesmo, sendo possível que ela se dê também na forma de omissão, quando o ofendido deixa de agir para cessar ou diminuir o risco e assim permanece na situação perigosa. Pela faceta subjetiva da autocolocação em risco, o ofendido realiza a conduta que dá origem ao risco com conhecimento acerca do perigo e com vontade de arriscar-se. O conhecimento do risco refere-se a seus aspectos essenciais, que correspondem à existência do risco e ao seu provável desenvolvimento. Por outro lado, o desconhecimento de aspectos não essenciais não impede a caracterização da autocolocação em risco, uma vez que algum grau de desconhecimento pelo sujeito é inerente às situações arriscadas.

Igualmente, deve o ofendido ser animado pela vontade de arriscar-se, ainda que o ato não se mostre razoável, racional ou prudente.

12. A colaboração em autocolocação em risco caracteriza-se, de seu turno, pela presença da figura do terceiro. Trata-se, antes de tudo, de uma autocolocação em risco. Por isso, é a conduta do ofendido continua a dar origem ao risco que direta e imediatamente leva à lesão, não a conduta do terceiro. O terceiro colaborador tão somente realiza conduta que de algum modo contribui para o risco ao bem jurídico originado pela conduta do ofendido. Portanto, eventual risco criado pelo terceiro colaborador relaciona-se apenas indireta e mediatamente com eventual lesão ao bem jurídico do ofendido. Esta conduta do terceiro pode se ligar à existência do risco ou ao seu desenvolvimento e torna-se relevante ao Direito Penal ao possibilitar ou facilitar a realização da conduta pelo ofendido, ou então ao manter o risco criado anteriormente pelo ofendido, assegurando seu desenvolvimento. A colaboração do terceiro pode ser material ou intelectual. Já o aspecto subjetivo da conduta do terceiro colaborador é irrelevante. Importa apenas que sua conduta se insira objetivamente no contexto do exercício de autonomia do ofendido. Em razão disso, eventual superioridade de conhecimento ou mesmo uma disparidade de vontade em relação ao ofendido não possuem relevância, desde que o ofendido tenha conhecimento suficiente dos aspectos essenciais do risco e vontade de arriscar-se. Por fim, nega-se um dever do terceiro colaborador de informar o ofendido acerca do risco que poderá ter origem com a conduta de autocolocação em risco, uma vez que o terceiro não tem o dever de proteger o ofendido de si mesmo de riscos que advêm do próprio titular do bem jurídico.

13. A heterocolocação em risco consentida caracteriza-se pela conjunção de condutas do terceiro e do ofendido. Nesta hipótese, objetivamente o risco que acarreta direta e imediatamente a lesão ao bem jurídico do ofendido tem origem na conduta do terceiro. O ofendido tão somente se expõe voluntariamente a esse risco. A conduta do terceiro cria ou majora um determinado risco e pode ser comissiva ou omissiva, caso ele seja garante do ofendido. No âmbito subjetivo, é de pouca relevância o conhecimento e a vontade do terceiro ao realizar sua conduta, desde que o ofendido se exponha voluntariamente ao risco originado pela conduta do terceiro. Do mesmo modo, a heterocolocação em risco consentida não resta descaracterizada por uma eventual superioridade de conhecimento do terceiro ou pela disparidade de vontade entre os sujeitos.

14. O ofendido, ao se expor voluntariamente ao risco originado do terceiro, confere o caráter consentido à heterocolocação em risco, embora se defenda ser mais correto o uso do termo *assentido*. A conduta do ofendido não dá origem ao risco, consistindo tão somente na exposição ao perigo que provém da conduta do terceiro, o que pode se dar por ação ou omissão. Após expor-se voluntariamente ao risco, cabe ao ofendido apenas tolerá-lo até sua cessação ou diminuição, sem possibilidade de interferir de modo imediato e direto no perigo. Por não poder interferir no curso do risco, há um menor poder de evitação do resultado lesivo. Ainda assim, eventual resultado lesivo relaciona-se com o exercício da autonomia do ofendido. Subjetivamente, o ofendido deve realizar sua conduta com conhecimento dos aspectos essenciais do risco e vontade de arriscar-se. Tal como na autocolocação em risco, ele deve saber da existência do risco e seu provável desenvolvimento, acrescentando-se que, por tratar de heterocolocação em risco consentida, ele também deve saber sobre a necessária tolerância ao risco. Como se está diante de fatos arriscados, admite-se um inerente grau de desconhecimento, desde que não afete os aspectos essenciais do risco. Além disso, também na heterocolocação em risco consentida deve o ofendido também ter vontade de arriscar-se, sendo irrelevante eventual caráter não razoável, irracional ou imprudente do ato. A possível superioridade de conhecimento ou disparidade de vontade não impede a heterocolocação em risco consentida, caso o ofendido preencha os necessários elementos subjetivos. Todavia, diferentemente da autocolocação em risco, afirma-se o dever do terceiro em informar o ofendido acerca dos aspectos essenciais do risco. Isso porque, na heterocolocação em risco consentida, o risco advém da conduta do terceiro que, a princípio, tem o dever de não lesar ou colocar em perigo bens jurídicos alheios. Por isso, é dever do terceiro evitar que ofendidos se exponham ao seu risco de forma não voluntária.

15. Caracterizadas a autocolocação em risco, a colaboração em autocolocação em risco e a heterocolocação em risco consentida, tem-se que para que a conduta do terceiro inserido nestes contextos não seja punível é necessário se aferir a autorresponsabilidade da conduta do ofendido, em respeito à sua autonomia e dignidade da pessoa humana. Uma primeira proposta para tanto dá-se por meio da aplicação das regras que regulamentam o consentimento do ofendido. Em outras palavras, busca-se analisar a conduta do titular do bem jurídico por estes parâmetros. Todavia, rejeita-se essa argumentação, pois ela impõe indevidas limitações ao exercício da autonomia jurídica do sujeito, notadamente por restringi-la a bens jurídicos disponíveis, excluindo os atos que colocam em risco a vida e

por condicionar o ato do sujeito à conformidade em relação aos bons costumes. Entende-se que a autorresponsabilidade do ofendido deve ser aferida por meio das regras da exculpação, aplicando analogicamente as normas que tratam da culpabilidade. Deste modo, reputa-se autorresponsável a conduta do ofendido caso não incidam normas que afastam a culpabilidade de sujeito, especialmente as regras relativas à imputabilidade e à inexigibilidade de conduta diversa. Estas normas devem ser interpretadas de modo extensivo e teleológico, sob o prisma do ofendido e em favor de sua liberdade. É importante ressaltar que as regras da exculpação mostram-se consentâneas com a autonomia jurídica do ofendido, pois deixam de lado elementos morais e tratam de modo unitário a autonomia dos ofendidos e dos ofensores.

16. Quanto aos instrumentos dogmáticos que informam a punibilidade do terceiro que colabora em uma autocolocação em risco, destacam-se o argumento da participação e a imputação objetiva. Segundo o argumento da participação, com origem na jurisprudência alemã, não se pune a colaboração em autocolocação em risco, porquanto são impuníveis a participação em autolesão e o próprio ato do ofendido. No entanto, esta posição peca por seu formalismo e não impede por completo a punição do terceiro como autor de um delito contra o ofendido. Além disso, o ordenamento brasileiro pune a participação em autolesão (art. 122 do CP), embora seja atípica a modalidade culposa.

17. Defende-se que o instrumento mais adequado para a compreensão das consequências jurídicas da colaboração em autocolocação em risco é a imputação objetiva, uma vez que o fundamento material da não punibilidade é justamente a autorresponsabilidade do ofendido. O caráter autônomo da conduta do ofendido em autocolocação em risco impede a imputação objetiva do resultado. O ofendido exerce um direito e o Estado não deve limitar sua liberdade de lidar com seus próprios bens jurídicos. Por isso, deve-se reputar permitido o risco que advém da autocolocação em risco autorresponsável. Já a conduta do terceiro colaborador insere-se no exercício da autonomia do ofendido, o que faz com que o risco criado com sua conduta também se torne permitido. O caráter permitido do risco pode ser extraído a partir de uma interpretação teleológica da norma, que não se presta a proteger o indivíduo contra si mesmo quando ele age autonomamente. Com isso, deixa de se aplicar o alcance do tipo e o fim de proteção da norma, categorias da imputação objetiva apontadas por CLAUS ROXIN para lidar com a colocação em risco. Utiliza-se, de todo modo, a *ratio* destas categorias por meio da interpretação teleológica da norma.

18. Acerca dos instrumentos dogmáticos relativos à heterocolocação em risco consentida autorresponsável encontra-se posição doutrinária que procura compreendê-la como espécie de consentimento do ofendido, denominando-a de consentimento no risco. Contudo, rejeita-se este posicionamento. Para que seja negada a responsabilidade do terceiro, afastando-se a antijuridicidade de sua conduta, é necessário que o desvalor do resultado seja compensado pelo valor do resultado, o que não ocorre nas hipóteses em que o ofendido não quer o resultado lesivo, como nos cenários em que ele consente tão somente com a colocação em risco. Além disso, o consentimento do ofendido traz limitações morais indevidas ao exercício da liberdade e da autonomia jurídica, atinentes à indisponibilidade de bens jurídicos e ao respeito aos bons costumes.

19. Adota-se proposta alternativa pela qual se confere à heterocolocação em risco consentida autorresponsável o mesmo tratamento jurídico atribuído à autocolocação em risco e colaboração em autocolocação em risco autorresponsável, valendo-se da imputação objetiva enquanto instrumento dogmático. Esta posição tem origem no pensamento de CLAUS ROXIN, que defende a equiparação da heterocolocação em risco consentida à autocolocação em risco, desde que preenchidos requisitos ligados à relação entre o risco e o dano, bem como à autorresponsabilidade do ofendido. Entende-se, todavia, que a heterocolocação em risco consentida e a autocolocação em risco autorresponsáveis são manifestações da autonomia em igual valor e importância. Por sua vez, a ideia de equiparação indica que a heterocolocação em risco consentida ficaria em posição secundária em relação à autocolocação. Em razão disso, mostra-se mais correto se falar em tratamento isonômico entre as figuras, uma vez que suas consequências jurídicas decorrem diretamente da autorresponsabilidade em igual medida. Com reconhecimento do tratamento isonômico entre as figuras, basta que a heterocolocação em risco consentida seja uma conduta autorresponsável do ofendido para que ela tenha consequências jurídicas, sem a necessidade do preenchimento de outros requisitos, tal como ocorre na proposta da equiparação entre os institutos. Acrescenta-se que, embora as consequências jurídicas da heterocolocação em risco consentida e autocolocação em risco autorresponsáveis sejam as mesmas, deve-se manter a diferenciação entre ambas as categorias, pois são fenômenos diversos, com diferentes papéis ao ofendido e ao terceiro.

20. Como resultado do tratamento isonômico entre a heterocolocação em risco consentida e a autocolocação em risco, adota-se a imputação objetiva como instrumento dogmático. Para CLAUS ROXIN, o resultado lesivo decorrente da heterocolocação em risco

consentida não é imputado ao terceiro, pois ele se encontra fora do alcance do tipo, tal como nos casos de colaboração em autocolocação em risco. Contudo, defende-se que o risco permitido é a categoria adequada para se lidar com o problema, impedindo-se, assim, a imputação objetiva do resultado ao terceiro. Assim como na colaboração em autocolocação em risco, a conduta autorresponsável do ofendido em heterocolocação em risco consentida, por ser exercício da autonomia, torna permitido o risco criado pelo terceiro, uma vez que a norma penal, interpretada teleologicamente, não reprova condutas autorresponsáveis do sujeito em relação a si mesmo. Desta forma, o risco originado pela conduta do terceiro acaba por ser instrumentalizado de modo autorresponsável pelo ofendido em favor de sua autonomia, de sorte que o caráter permitido do risco se estende ao perigo do terceiro. Com isso, eventual resultado danoso da colocação em risco não pode ser imputado objetivamente ao terceiro. Acrescenta-se que mesmo no caso de a norma eventualmente impor deveres paternalistas ao terceiro, considera-se possível que o exercício da autonomia do ofendido torne permitido o risco criado em face de seus bens jurídicos, dentro de uma perspectiva do paternalismo moderado. Por fim, conclui-se que a imputação objetiva é o instrumento dogmático adequado para lidar com a heterocolocação em risco consentida autorresponsável, pois permite o respeito à autonomia jurídica do ofendido ao afastar a punibilidade da conduta dos terceiros. Utilizando-se imputação objetiva são superados os problemas existentes no consentimento do ofendido, uma vez que deixa de existir o debate acerca o desvalor do resultado. Do mesmo modo, por meio da imputação objetiva afasta-se a incidência indevida de elementos moralizantes, tais como a indisponibilidade da vida e o respeito aos bons costumes, os quais não podem impedir o exercício da autonomia jurídica do ofendido e nem os seus efeitos no que diz respeito à punibilidade da conduta de terceiros.

21. Por fim, cabe também concluir de modo geral que a autonomia do ofendido, juridicamente compreendida, é o vetor axiológico para a compreensão jurídico-penal de suas condutas arriscadas, bem como de seus efeitos em relação a terceiros. A autonomia é a chave interpretativa que permeia os fundamentos teóricos da relação entre o ofendido e o risco no Direito Penal. De modo mais específico, é possível constatar a presença da autonomia no critério diferenciador entre autocolocação em risco e heterocolocação em risco consentida, pois ao eleger-se origem do risco tem-se em mente a compreensão da conduta humana enquanto manifestação da personalidade do sujeito. Também se verifica a autonomia como vetor na determinação do conteúdo da conduta de autocolocação em

risco e heterocolocação em risco consentida, especialmente em relação aos elementos subjetivos da conduta do ofendido. Além disso, a autonomia se faz presente de modo marcante na definição da autorresponsabilidade. Ao se adotar as regras da exculpação nesta tarefa, prestigia-se o caráter jurídico da autonomia pela aplicação analógica de normas atinentes à culpabilidade do sujeito, afastando-se elementos moralizantes. Também se vê a autonomia jurídica do ofendido nas consequências jurídicas de sua conduta, retirando-se a reprovação penal do terceiro que se insere no exercício da autonomia pelo ofendido, o que se dá essencialmente por meio da utilização da imputação objetiva, afirmando-se o caráter permitido dos riscos marcados pela autorresponsabilidade do ofendido. Afinal, não é tarefa do Direito Penal proteger o sujeito autônomo de si mesmo. A utilização da imputação objetiva permite que a autonomia jurídica do ofendido seja respeitada por completo, sem os obstáculos moralizantes da indisponibilidade de bens jurídicos e respeito aos bons costumes.

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 6ª ed. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal: Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no Direito Penal brasileiro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Direitos Humanos e Direito Penal: limites da intervenção penal racional no Estado Democrático de Direito. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio (Orgs.). *Direito Penal contemporâneo: questões controvertidas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 153-194.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BECKENKAMP, Joãozinho. Kant e o problema do mal na Filosofia Moral. *Dissertatio*, n. 4, p. 111-134.

BECKENKAMP, Joãozinho. Introdução. In: KANT, Immanuel. *Princípios metafísicos da doutrina do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. XIII-LXXIII.

BENDA, Julien. *O pensamento vivo de Kant*. Trad. Wilson Veloso. São Paulo: Livraria Martins; EDUSP, 1976.

BEULKE, Werner. Opferautonomie im Strafrecht: Zum Einfluss der Einwilligung auf die Beurteilung der einverständlichen Fremdgefährdung. In: DANNECKER, Gerhard *et al.* (Orgs.). *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007*. Köln: Heymanns, 2007, p. 207-218.

BIRNBACHER, Dieter. Paternalismus im Strafrecht: ethisch vertretbar? In: HIRSCH, Andreas von; NEUMANN, Ulfried; SEELMANN, Kurt (Org.). *Paternalismus im Strafrecht: Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten*. Baden-Baden: Nomos, 2010, p. 11-26.

BIRNBACHER, Dieter. Annäherungen an das Instrumentalisierungsverbot. In: BRUDERMÜLLER, Gerd; SEELMANN, Kurt (Org.). *Menschenwürde: Begründung, Konturen, Geschichte*. Würzburg: Königshausen & Neumann, 2012, p. 9-23.

BITTENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2011

BLUM, Heribert. Rechtfertigungsgründe bei Verkehrsstraftaten und Verkehrsordnungswidrigkeiten. *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2011, p. 378-383.

BRANDÃO, Cláudio. A culpabilidade na dogmática penal. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio (Orgs.). *Direito Penal contemporâneo: questões controvertidas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 195-212.

CALLEGARI, André Luís. *Teoria geral do delito e da imputação objetiva*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. *O tipo objetivo da instigação no sistema brasileiro do concurso de pessoas*. 314 páginas. 2015. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

CANCIO MELIÁ, Manuel. Opferverhalten und objektive Zurechnung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 2, n. 111, 1999, p. 357-387.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal: Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*. 2ª ed. Barcelona: Bosch, 2001.

CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍAZ-ARANDA, Enrique. *La imputación normativa del resultado a la conducta*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, 2007.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Ática, 2012.

CHRISTMANN, Hagen. Eigenverantwortliche Selbstgefährdung und Selbstschädigung. *Juristische Ausbildung*, n. 10, 2002, p. 679-683.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade da pessoa humana: teorias da prevenção geral positiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DACH, Ralph Peter. *Zur Einwilligung bei Fahrlässigkeitsdelikten*. 1979. 126 F. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Mannheim, Mannheim, 1979

DELEUZE, Gilles. *A filosofia crítica de Kant*. Trad. Germiniano Franco. Lisboa: Edições 70, 2012.

DERKSEN, Roland. *Handeln auf eigene Gefahr*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992.

DÖLLING, Dieter. Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, n. 1, 1984, p. 71-94.

DREIER, Horst. Die Bedeutung und systematische Stellung der Menschenwürde im deutschen Grundgesetz. In: SEELMANN, Kurt (Org.). *Menschenwürde als Rechtsbegriff*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2004, p. 33-48.

DU BOIS-PEDAIN, Antje. Die Beteiligung an fremder Selbstschädigung als eigenständiger Typus moralisch relevanten Verhaltens: Ein Beitrag zur Strukturanalyse des indirekten Paternalismus. In: HIRSCH, Andreas von; NEUMANN, Ulfried; SEELMANN, Kurt (Org.). *Paternalismus im Strafrecht: Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten*. Baden-Baden: Nomos, 2010, p. 33-56.

DÜRIG, Günter. Der Grundsatz von der Menschenwürde: Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes. In: BRUDERMÜLLER, Gerd; SEELMANN, Kurt (Org.). *Menschenwürde: Begründung, Konturen, Geschichte*. Würzburg: Königshausen & Neumann, 2012, p. 173-187.

DUTTGE, Gunnar. Erfolgzurechnung und Opferverhalten: Zum Anwendungsbereich der einverständlichen Gefährdung. *Festschrift für Harro Otto: Zum 70. Geburtstag am 1. April 2007*. Köln, München: Heymanns, 2007, p. 227-247.

DUTTGE, Gunnar. Fahrlässige Tötung bei illegalem Autorennen. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2009, p. 690-692.

DUTTGE, Gunnar. § 15 Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln. In: DÖLLING, Dieter; DUTTGE, Gunnar; RÖSSNER, Dieter; AMBOS, Kai (Orgs.). *Gesamtes Strafrecht: StGB, StPO, Nebengesetze*. 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 2011, p. 194-222.

DWORKIN, Gerald. Paternalism. *The Monist*, v. 56, n. 1, 1972, p. 64-84.

EBERT, Udo. *Strafrecht allgemeiner Teil*. 3^a ed. Heidelberg: Müller, 2001.

ENDERS, Christoph. Die Menschenwürde als Recht auf Rechte: Die mißverstandene Botschaft des Bonner Grundgesetzes. In: SEELMANN, Kurt (Org.). *Menschenwürde als Rechtsbegriff*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2004, p. 49-61.

FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of Criminal Law: Harm to self*. New York: Oxford University Press, 1986.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*. 1^a ed. Giessen: Heyer, 1801.

FIEDLER, Ralf-Peter. *Zur Strafbarkeit der einverständlichen Fremdgefährdung*: Unter besonderer Berücksichtigung des viktimologischen Prinzips. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1990.

FRISCH, Peter. *Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten*. Berlin: Duncker & Humblot, 1973.

FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko*: Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen. Köln: Heymann, 1983.

FRISCH, Wolfgang. *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*. Heidelberg: Müller, 1988.

FRISCH, Wolfgang. Selbstgefährdung im Strafrecht: Grundlinien einer opferorientierten Lehre vom tatbestandsmäßigen Verhalten. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1992, p. 1-7; 62-67.

FRISTER, Helmut. *Strafrecht allgemeiner Teil*: Ein Studienbuch. 4^a ed. Munique: Beck, 2009.

GEPPERT, Klaus. Rechtfertigende „Einwilligung“ des verletzten Mitfahrers bei Fahrlässigkeitsstraftaten im Straßenverkehr?: Ein Beitrag zur dogmatischen Struktur der Einwilligung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 83, n. 4, p. 947-1001.

GOMES, Eneias Xavier. *Do consentimento no homicídio*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GRECO, Luís. *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*. Berlin: Duncker & Humblot, 2009.

GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato: Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. In: GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto (Org.). *Autoria como domínio do fato*: Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 19-46.

GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como fundamento da autoria no direito penal brasileiro. In: GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto (Org.). *Autoria como domínio do fato*: Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 47-80.

GÜNTHER, Hans-Ludwig. Vorbermerkungen vor § 32. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 7ª ed. München: Luchterhand. Losebl.-Ausg, p. 1-51.

HAFT, Fritjof. *Strafrecht allgemeiner Teil*: Eine Einführung für Anfangssemester. 9ª ed. München: C.H. Beck, 2004.

HASSEMER, Winfried. *Warum Strafe sein muss*: Ein Plädoyer. Berlin: Ullstein, 2009.

HECKER, Bernd; WITTECK, Lars. Fahrlässige Tötung oder straflose Mitwirkung am Selbstmord bei Vornahme einer vom Suizidenten gesteuerten Tötungshandlung? *Juristische Schulung*, n. 5, 2005, p. 397-401.

HEINRICH, Bernd. *Strafrecht: Allgemeiner Teil I*. 2ª ed. Stuttgart: Kohlhammer, 2010

HELLMANN, Uwe. Einverständliche Fremdgefährdung und objektive Zurechnung. *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*. Berlin: De Gruyter, 2001, p. 271-285.

HERDEGEN, Matthias. Deutungen der Menschenwürde im Staatsrecht. In: BRUDERMÜLLER, Gerd; SEELMANN, Kurt (Org.). *Menschenwürde*: Begründung, Konturen, Geschichte. Würzburg: Königshausen & Neumann, 2012, p. 57-66.

HILLENKAMP, Thomas. Verkehrsgefährdung durch Gefährdung des tatbeteiligten: OLB Stuttgart, NJW 1976. *Juristische Schulung*, n. 3, 1977, p. 166-172.

HIRSCH, Andrew von. Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 67, julho-agosto de 2007, p. 11-28.

HIRSCH, Hans Joachim. Zum Unrecht des fahrlässigen Delikts. In: DÖLLING, Dieter (ed.). *Juristische Schulung humanum: Grundlagen des Rechts und Strafrecht: Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*. Berlin: Duncker & Humblot, 2003, p. 515-536.

HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. Trad. Christian Viktor Hamm e Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HOFFMANN-HOLLAND, Klaus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 2ª ed. Frankfurt am Main: Verl. Recht u. Wirtschaft, 2011.

HONNETH, Axel. *O direito da liberdade*. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

HRUSCHKA, Joachim. Kant, Feuerbach und die Grundlagen des Strafrechts. In: PAEFFGEN, Hans-Ullrich *et al.* (Orgs.). *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*. Berlin: Duncker & Humblot, 2011, p. 17-37

HUSAK, Douglas. Penal paternalism. In: COONS, Christian; WEBER, Michael (Org.). *Paternalism: Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 39-55.

JAKOBS, Günther. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 2ª ed. Berlim: de Gruyter, 1991.

JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: Teoria do injusto penal e culpabilidade*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes; Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

JESCHECK, Hans Heinrich. *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*. 5ª ed. Berlim: Duncker & Humblot, 1996.

JETZER, Laura. *Einverständliche Fremdgefährdung im Strafrecht: Zugleich ein Beitrag zur Mitwirkung an Selbstgefährdung*. Zürich: Schulthess Juristische Medien, 2015.

KANT, Immanuel. *A religião nos limites da simples razão*. Trad. Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 1992.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. 9ª ed. Trad. Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 2008.

KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. Trad. Clélia Aparecida Martins. Petrópolis: Vozes, 2013.

KANT, Immanuel. Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis. Disponível em: <https://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/kant/aa08/Inhalt8.html>. Acesso: 09/01/2018.

KAUFMANN, Arthur. Problemgeschichte der Rechtsphilosophie. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried; NEUMANN, Ulfried (Org.). *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*. 8. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2011, p. 26-147.

KINDHÄUSER, Urs. *Strafgesetzbuch: Lehr- und Praxiskommentar*. 4ª ed. Baden-Baden: Nomos, 2010.

KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 4ª ed. Baden-Baden: Nomos, 2011.

KÖHLER, Michael. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. Berlim: Springer, 1997.

KREY, Volker; ESSER, Robert. *Deutsches Strafrecht, allgemeiner Teil: Studienbuch in systematischer-induktiver Darstellung*. 4ª ed. Stuttgart: Kohlhammer, 2011.

KÜHL, Kristian. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 6ª ed. München: Franz Vahlen, 2008.

KÜHL, Kristian; LACKNER, Karl. *Strafgesetzbuch: Kommentar*. 27ª ed. München: C. H. Beck, 2011.

LAMPE, Ernst-Joachim. Die Bedeutung der menschlichen Freiheit in der neueren Lehre vom Strafrecht. In: LAMPE, Ernst-Joachim; PAUEN, Michael; ROTH, Gerhard (Org.). *Willensfreiheit und rechtliche Ordnung*. Frankfurt: Suhrkamp, 2008, p. 304-331.

LENCKNER, Theodor; STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Vorbemerkungen zu den §§ 32 ff. In: SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst (Orgs.). *Strafgesetzbuch: Kommentar*. 28^a ed. München: Beck, 2010, Rn. 29-52a.

LEQUES, Rossana Brum. *O consentimento do ofendido como excludente do tipo no direito penal brasileiro*. São Paulo: LiberArs, 2016.

LOTZ, Martin. *Die einverständliche, beidseitig bewusst fahrlässige Fremdschädigung*. Berlin: Duncker & Humblot, 2017.

LUF, Gerhard. Der Grund für den Schutz der Menschenwürde: konsequentialistisch oder deontologisch. In: BRUDERMÜLLER, Gerd; SEELMANN, Kurt (Org.). *Menschenwürde: Begründung, Konturen, Geschichte*. Würzburg: Königshausen & Neumann, 2012, p. 43-56.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Principio de alteridad o de identidad vs. Principio de autorresponsabilidad. Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo. *Nuevo Fuero Penal*. v. 6, n° 74, janeiro-junho 2010, p. 58-80.

MARX, Wolfgang. Grundrechte: Keine kollektiven Intuitionen, sondern Grundlegungsbedingung der Generierung eines Rechtssystems. In: BRUDERMÜLLER, Gerd; SEELMANN, Kurt (Org.). *Menschenwürde: Begründung, Konturen, Geschichte*. Würzburg: Königshausen & Neumann, 2012, p. 79-91.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal: Limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso de normas penais*. 1^a ed. São Paulo: LiberArs, 2015.

MASTRONARDI, Philippe. Verrechtlichung der Menschenwürde: Transformation zwischen Religion, Ethik und Recht. In: SEELMANN, Kurt (Org.). *Menschenwürde als Rechtsbegriff*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2004 p. 93-115.

MATÍNEZ, Milton Cairoli. La inexigibilidad de otra conducta: Una aproximación desde la dogmática. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (Orgs.). *Direito Penal como crítica da pena: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de setembro de 2012*. Trad. Augusto Assis. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 37-52.

MENRATH, Marc. *Die Einwilligung in ein Risiko*. Berlin: Duncker & Humblot, 2013.

MERKEL, Reinhard. Handlungsfreiheit, Willensfreiheit und strafrechtliche Schuld. In: LAMPE, Ernst-Joachim; PAUEN, Michael; ROTH, Gerhard (Org.). *Willensfreiheit und rechtliche Ordnung*. Frankfurt: Suhrkamp, 2008, p. 332-370.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Autonomia e frustração da tutela penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; Silva, Marco Antonio Marques da (Org.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 167-176.

MOHR, Georg. Welche Freiheit braucht das Strafrecht? In: LAMPE, Ernst-Joachim; PAUEN, Michael; ROTH, Gerhard (Org.). *Willensfreiheit und rechtliche Ordnung*. Frankfurt: Suhrkamp, 2008, p. 72-98.

MORA, José Ferrater. *Dicionário de Filosofia*. Trad. Roberto Leal Ferreira e Álvaro Cabral. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MÜLLER, Jörn. Ein Phantombild der Menschenwürde: Begründungstheoretische Überlegungen zum Zusammenhang von Menschenrechte und Menschenwürde. In: BRUDERMÜLLER, Gerd; SEELMANN, Kurt (Org.). *Menschenwürde: Begründung, Konturen, Geschichte*. Würzburg: Königshausen & Neumann, 2012, p. 117-147.

MURMANN, Uwe. *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*. Berlin: Springer, 2005.

MURMANN, Uwe. *Grundkurs Strafrecht*. 1ª ed. München: C. H. Beck, 2011.

NIPPERDY, Carl Hans. Die Würde des Menschen. In: BRUDERMÜLLER, Gerd; SEELMANN, Kurt (Org.). *Menschenwürde: Begründung, Konturen, Geschichte*. Würzburg: Königshausen & Neumann, 2012, p. 189-238.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A Vítima e o Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Número extraordinario 2, 2004, p. 88-90.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. Strafrechtliche Gleichbehandlung der Mitwirkung an einer Selbstgefährdung und der einverständliche Fremdgefährdung? *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension*: Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013. Berlin: Dunker & Humblot, 2013, p. 389-402.

OSWALD, Katja. Heilversuch, Humanexperiment und Arzneimittelforschung: Eine systematische Einordnung humanmedizinischer Versuchsbehandlung aus strafrechtlicher Sicht. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich (Org.). *Handbuch des Medizinstrafrechts*. 4. ed. Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden: Boorberg, 2010, p. 669-728.

OTTO, Harro. Eigenverantwortliche Selbstschädigung und -gefährdung sowie einverständliche Fremdschädigung und -gefährdung. In: JESCHECK, Hans-Heinrich; VOGLER, Theo (Orgs.). *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989*. Berlin: de Gruyter, 1989, p. 157-175.

OTTO, Harro. *Grundkurs Strafrecht*: Allgemeine Strafrechtslehre. 7^a ed. Berlin: de Gruyter, 2004.

PASCAL, Georges. *O pensamento de Kant*. Trad. Raimundo Vier. Petrópolis: Vozes, 1983.

PATON, H. J. *The Categorical Imperative*: A study in Kant's Moral Philosophy. Londres: Hutchinson's University Library, 1946.

PAUEN, Michael. Freiheit, Schuld und Strafe. In: LAMPE, Ernst-Joachim; PAUEN, Michael; ROTH, Gerhard (Org.). *Willensfreiheit und rechtliche Ordnung*. Frankfurt: Suhrkamp, 2008, p. 41-71.

PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido*: na teoria do delito. 3^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PIMENTA, Pedro Paulo Garrido. *Reflexão e moral em Kant*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

PIOVESAN, Flávia. Dignidade humana e a proteção dos direitos sociais nos planos global, regional e local. In: MIRANDA, Jorge; Silva, Marco Antonio Marques da (Org.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. 2^a ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 401-416.

PUPPE, Ingeborg. Mitverantwortung des Fahrlässigkeitstäters bei Selbstgefährdung des Verletzten: Zugleich Besprechung von BGH, Urteil vom 20.11.2008. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2009, p. 486-496.

PUPPE, Ingeborg. Vorbemerkungen zu §§ 13 ff. In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ullrich (Orgs.). *Strafgesetzbuch*. 3^a ed. Baden-Baden: Nomos, v. 1, 2010, p. 415-528.

PUPPE, Ingeborg. *Strafrecht Allgemeiner Teil: im Spiegel der Rechtsprechung*. 2^a ed. Baden-Baden: Nomos, 2011.

RAWLS, John. *História da filosofia moral*. 1^a ed. Trad. Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal: Parte Geral*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2004.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal: Parte Geral*. 3^a ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2009.

RENGIER, Rudolf. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 2^a ed. München: Beck, 2010.

RENIKOWSKI, Joachim. *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997.

RENIKOWSKI, Joachim. Eigenverantwortliche Selbstgefährdung, einverständliche Fremdgefährdung und ihre Grenzen: Besprechung zu BGH v. 20. 11. 2008 – 4 StR 328/08 (BGH HRRS 2009 Nr. 93). *Online Zeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht*, n. 9, 2009, p. 347-355.

REYES, Yesid. Theoretische Grundlagen der objektiven Zurechnung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 105, n. 1, 1993, p. 108-136.

ROXIN, Claus. Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten. *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*. Berlin: de Gruyter, 1973, p. 241-259.

ROXIN, Claus. *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*. Berlin: Walter de Gruyter, 1973.

ROXIN, Claus. Beteiligung an vorsätzlicher Selbstgefährdung. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1984, p. 410-412.

ROXIN, Claus. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. München: C. H. Beck, v. 2, 2003.

- ROXIN, Claus. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 4ª ed. München: C. H. Beck, v. 1, 2006.
- ROXIN, Claus. Zur einverständlichen Fremdgefährdung: Zugleich Besprechung von BGH, Urteil v. 20. 11. 2008 – 4 StR 328/08. *Juristenzeitung*, v. 8, 2009, p. 399-403.
- ROXIN, Claus. Sobre a discussão acerca da heterocolocação em perigo consentida. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (Orgs). *Direito Penal como crítica da pena: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de setembro de 2012*. Trad. Augusto Assis. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 563-586.
- ROXIN, Claus. Der Streit um die einverständliche Fremdgefährdung. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2012, p. 655-669.
- RUDOLPHI, Hans-Joachim. Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre. *Juristische Schulung*, n. 12, 1969, p. 549-557.
- RUDOLPHI, Hans-Joachim. Vorbemerkungen vor § 1. In: RUDOLPHI, Hans-Joachim *et al.* (Orgs.). *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 7ª ed. München: Luchterhand. Losebl.-Ausg, p. 1-53.
- SAAL, Martin. Zur strafrechtlichen Bewertung des "Auto-Surfens". *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 1998, p. 49-54.
- SÁNCHEZ, Bernardo José Feijoó. Actuación de la víctima e imputación objetiva: Comentario de la STS de 17 de septiembre de 1999. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Número 5, 2000, p. 265-334.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: Parte geral*. 7ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- SARLET, Ingo W. Comentários ao art. 1º, III. In: Canotilho, J. J. Gomes; MENDES; Gilmar; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Org.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013, p. 121-132.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- SAFATLE, Vladimir. *O dever e seus impasses*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

SCHAFFSTEIN, Friedrich. Handlungsunwert, Erfolgsunwert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten. In: STRATENWERH, Günther *et al.* (ed.). *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*. Berlin: de Gruyter, 1974

SCHMIDT, Rolf. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 9^a ed. Grasberg bei Bremen: Schmidt, 2010.

SCHNEEWIND, Jerome B. Autonomia, obrigação e virtude: uma visão geral da filosofia moral de Kant. In: GUYER, Paul (Org.). *Kant*. 2. ed. Aparecida: Idéias & Letras, 2009, p. 396-408.

SCHNEIDER, Hartmut. Vorbemerkung zu den §§ 211 ff. In: JOECKS, Wolfgang; MIEBACH, Klaus (Orgs.). *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: §§ 185 - 262 StGB*. München: C. H. Beck, 2003, Rn. 30-36.

SCHROTH, Ulrich. Ärztliches Handeln und strafrechtlicher Maßstab: Medizinische Eingriffe ohne und mit Einwilligung, ohne und mit Indikation. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich. (Org.). *Handbuch des Medizinstrafrechts*. 4^a ed. Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden: Boorberg, 2010, p. 21-50.

SCHÜNEMANN, Bernd. Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte. *Juristische Arbeitsblätter*, 1975, p. 435-444; 511-516; 575-584; 647-656; 715-724; 787-798.

SCHÜNEMANN, Bernd. Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1986, p. 193-200; 439-443.

SCHÜNEMANN, Bernd. Die Kritik am strafrechtlichen Paternalismus: Eine Sisyphus-Arbeit? In: HIRSCH, Andreas von; NEUMANN, Ulfried; SEELMANN, Kurt (Org.). *Paternalismus im Strafrecht: Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten*. Baden-Baden: Nomos, 2010, p. 221-240.

SCHÜTTAUF, Konrad. Menschenwürde: Zur Struktur und Geschichte des Begriffs. In: BRUDERMÜLLER, Gerd; SEELMANN, Kurt (Org.). *Menschenwürde: Begründung, Konturen, Geschichte*. Würzburg: Königshausen & Neumann, 2012, p. 25-41.

SEELMANN, Kurt. Menschenwürde und die zweite und dritte Formel des Kategorischen Imperativs: Kantischer Befund und aktuelle Funktion. In: BRUDERMÜLLER, Gerd;

SEELMANN, Kurt (Org.). *Menschenwürde: Begründung, Konturen, Geschichte*. Würzburg: Königshausen & Neumann, 2012, p. 67-77.

SILVA JÚNIOR, Délio Lins e. *Imputação objetiva e conduta da vítima*. Curitiba: Juruá, 2008.

STRATENWERTH, Günter. Einverständliche Fremdgefährdung bei fahrlässigem Verhalten. In: PAEFFGEN, Hans-Ullrich; BÖSE, Martin *et al.* *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion*: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker & Humblot, 2011, p. 1017-1024.

STREE, Walter. Beteiligung an vorsätzlicher Selbstgefährdung: BGHSt 32, 262 und BGH NStZ 1984, 452. *Juristische Schulung*, n. 3, 1985, p. 179-184.

TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. 4ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. *A criação do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TIEDEMANN, Paul. *Menschenwürde als Rechtsbegriff*: Eine philosophische Klärung. 3ª ed. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2012.

VANCOURT, Raymond. *Kant*. Trad. António Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1986.

VORMBAUM, Thomas. *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*. 2ª ed. Heidelberg: Springer, 2011.

WALTER, Tonio. Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff. In: LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm; RISSING-VAN SAAN, Ruth; TIEDEMANN, Klaus (Orgs.). *Strafgesetzbuch*: Leipziger Kommentar. 12ª ed. Berlin: De Gruyter Recht, 2007, p. 703-814.

WALTHER, Susanne. *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung*: Zur Abgrenzung der Verantwortungsbereiche von Täter und "Opfer" bei riskantem Zusammenwirken. Freiburg i. Br: Eigenverl. Max-Planck-Inst. für ausländisches und internat. Strafrecht, 1991.

WALTHER, Susanne. Wo beginnt die Strafbarkeit desjenigen, der irrtümlich eine „irrtümliche“ Selbstgefährdung ermöglicht?: Anmerkung zu BGH 1 StR 518/08 v. 29. April 2009 (HRRS 2009 Nr. 482); zugleich zur Reichweite von BGHSt 32, 262 und zur

Einschränkung bei der Überlassung von Drogen. *Online Zeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, v. 12, 2009, p. 560-564.

WEBER, Klaus. Suchtmittelsubstitution. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich. (Org.). *Handbuch des Medizinstrafrechts*. 4^a ed. Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden: Boorberg, 2010, p. 729-777.

ZACZYK, Rainer. *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*. Heidelberg: Müller, 1993,

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*: Parte geral. 9^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZIPF, Heinz. *Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht*. Neuwied: Luchterhand, 1970.