

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
ESCOLA DE DIREITO – PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL**

GIOVANNI VIDAL GUARAGNI

**AUTODETERMINAÇÃO E AUTORRESPONSABILIDADE:
A ATIPICIDADE DAS LESÕES CONSENTIDAS E ORIUNDAS DE RISCOS
ASSUMIDOS PELA VÍTIMA NO DIREITO PENAL**

CURITIBA

2020

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
ESCOLA DE DIREITO – PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL**

GIOVANNI VIDAL GUARAGNI

**AUTODETERMINAÇÃO E AUTORRESPONSABILIDADE:
A ATIPICIDADE DAS LESÕES CONSENTIDAS E ORIUNDAS DE RISCOS
ASSUMIDOS PELA VÍTIMA NO DIREITO PENAL**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Sánchez Rios.

CURITIBA

2020

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central
Edilene de Oliveira dos Santos CRB-9/1636

	Guaragni, Giovanni Vidal
G914a	Autodeterminação e autorresponsabilidade : a atipicidade das lesões
2020	consentidas e oriundas de riscos assumidos pela vítima no direito penal /
	Giovanni Vidal Guaragni ; orientador, Rodrigo Sanchez Rios. -- 2020
	221 f. ; 30 cm
	Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020.
	Bibliografia: f. 200-221
	1. Direito penal. 2. Liberdade. 3. Consentimento (Direito). 4. Bem jurídico.
	I. Rios, Rodrigo Sánchez. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná.
	Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título
	Doris. 4.ed. – 341.5

GIOVANNI VIDAL GUARAGNI

**AUTODETERMINAÇÃO E AUTORRESPONSABILIDADE:
A ATIPICIDADE DAS LESÕES CONSENTIDAS E ORIUNDAS DE RISCOS
ASSUMIDOS PELA VÍTIMA NO DIREITO PENAL**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Dr. Rodrigo Sánchez Rios
Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR

Dr. Paulo César Busato
Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Dra. Flávia Siqueira Cambraia
Universidade Presbiteriana Mackenzie

CIDADE, ____ DE _____ DE 2020.

Linhas nem tão tortas.

Aquilo que fizeste, já leste?
Estava lendo e vou lhe contar:
Valeu a pena cada verso que escreveste,
Está valendo todo o ser e todo o estar.

Ao estar instável, viveste e aprendeste,
Com o que, doravante, eternizado irá restar;
Daquilo que é daqui, não esqueceste,
Portanto, lembre-se do que estás a deixar;

De cada momento, do sublime, ao profano,
Também dos sentimentos, altruístas e tiranos.
Se não compreendeste, o tempo lhe ensinará

Que é de memórias e signos que vive o ser humano!
Pois seja do passado, presente ou futuro deste mundo mundano,
Cada instante valeu, está valendo e valerá!

(Giovanni Vidal Guaragni, 2017).

DEDICARAM-SE

Dedicaram-se 730 dias, ou talvez 24 anos;

Momentos de lazer e de descanso.

Dedicaram-se pais atenciosos

E a mulher, pequena grande companheira.

Dedicaram-se parentes,

Dos mais próximos, aos mais distantes.

Dedicaram-se amigos,

Dos tímidos e discretos

Aos zombeteiros e falantes.

Dedicaram-se professores e orientadores

Esclarecidos. Iluminados.

Dedicaram-se chefes e colegas de trabalho,

Que tiveram de aguentar as discussões.

Dedicaram-se seguranças, faxineiras,

Profissionais de todo tipo.

Dedicaram-se inimigos,

Ainda que não o saibam,

Ainda que nem eu mesmo saiba.

Cada um tem seus motivos, afinal.

Dedicaram-se concordantes e discordantes,

Principalmente esses.

Dedicaram-se os vivos e os mortos,

Muitos dos quais nem me entenderiam.

Todos esses a mim se dedicaram.

Grato eternamente.

A. Este livro.

RESUMO

A pesquisa trata da harmonização da intervenção estatal, no âmbito do Direito Penal, com o livre desenvolvimento da vítima. A existência de bens jurídicos indisponíveis é categoricamente rejeitada, em um autêntico tributo ao valor da individualidade no sistema criminal, imprescindível à solidez do instituto dogmático do consentimento do ofendido e às hipóteses de assunção de riscos pela vítima. No primeiro capítulo são traçados alguns limites à ingerência estatal sobre as liberdades individuais, através do *harm principle* como característica essencial do liberalismo jurídico, em oposição ao moralismo e ao paternalismo jurídico-penal. Busca-se uma definição adequada do objeto que o princípio liberal do dano busca proteger, identificando-o com o bem jurídico, que encontra sua melhor fórmula no conceito de *bem jurídico como relação de disponibilidade*. Por fim, adentra-se à temática dos bens jurídicos supraindividuais, traçando-se um paralelo para com a tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. O segundo capítulo examina o consentimento do ofendido no Direito Penal, instituto dogmático que abre alas à liberdade da vítima no interior da teoria do delito. A abordagem tem início com a tentativa de traçar contornos e enquadrar o instituto nas categorias do conceito analítico de crime, optando-se pela teoria monista do consentimento – segundo a qual a anuência da vítima para com a lesão afasta a tipicidade da conduta. Inicia-se, então, a análise de seus requisitos de validade, seguida de apontamentos sobre a doutrina do livre consentimento informado e os casos de consentimento presumido relacionados ao exercício da medicina. Faz-se uma breve incursão, por fim, na temática dos desvios cognitivos, entendidos como um possível complicador da noção de sujeito capaz e, por conseguinte, dos requisitos de validade do consentimento. O terceiro e último capítulo trata da interferência da vítima no comportamento arriscado do autor, no âmbito da imputação objetiva. Após verificar as insuficiências das teorias hodiernas, apresenta-se uma proposta pessoal, que separa o perigo da colocação em perigo e estabelece que riscos assumidos pela vítima de maneira autorresponsável não podem ser proibidos em face do ordenamento jurídico-penal. O alcance do tipo é convertido em um supracritério – que, a partir de um princípio de enantiotelidade, abarca os demais âmbitos da imputação objetiva – e o resultado lesivo é imputado à vítima, não obstante essa não o deseje, tendo em vista que a garantia das liberdades e da autodeterminação constitui o fim característico da tipificação penal.

Palavras-chave: *harm principle*; bem jurídico; liberdade; consentimento do ofendido; autorresponsabilidade.

ABSTRACT

The research deals with the harmonization of state intervention, within the ambit of Criminal Law, with the free development of the victim. The existence of undisposable legal goods is categorically rejected, in an authentic tribute to the value of individuality in the criminal system, essential to the consistency of the dogmatic institute of the consent of the offended and to the assumptions of risks by the victim. In the first chapter, some limits are drawn to state interference on individual freedoms, through the harm principle as an essential characteristic of legal liberalism, as opposed to moralism and paternalism. An adequate definition of the object that the liberal principle of damage seeks to protect is sought, identifying it with the legal good, which finds its best formula in the concept of *legal good as a relation of disposability*. Finally, the theme of supra-individual legal goods is analysed, delineating a parallel with the protection of diffuse, collective and homogeneous individual interests. The second chapter examines the consent of the offended in Criminal Law, a dogmatic institute that opens the way to the victim's freedom within the theory of crime. The approach begins with the attempt to outline and frame the institute in the categories of the analytical concept of crime, opting for the monist theory of consent – according to which the victim's consent to the injury removes the typical conduct. Then, initiates the analysis of its validity requirements begins, followed by notes on the doctrine of informed consent and the cases of presumed consent, commonly related to the practice of medicine. Finally, a brief incursion is made on the theme of cognitive deviations, understood as a possible complicator of the notion of capable subject and, therefore, of the validity requirements of consent. The third and last chapter deals with the victim's interference in the author's risky behavior, within the scope of objective imputation. After verify the failures of current theories, a personal proposal is presented, which separates the danger from the endangerment and establishes that the risks assumed by the victim in a self-responsible way cannot be prohibited by Criminal Law. The range of type is converted into a supra-criterion – which, based on the principle of enantiotelity, encompasses the other areas of objective imputation – and the harm is imputed to the victim, despite the fact that he does not want it, considering that the guarantee of freedoms and self-determination is the characteristic end of criminal typification.

Key-words: *harm principle*; legal good; liberty; consent of the offended; self-responsibility.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 INTERVENÇÃO ESTATAL NA LIBERDADE INDIVIDUAL PARA A DISPOSIÇÃO DE BENS: ASPECTOS TEÓRICOS INDISPENSÁVEIS	12
1.1 O PARÂMETRO DA LESIVIDADE NÃO CONSENTIDA COMO PRESSUPOSTO DA INGERÊNCIA PENAL ESTATAL SOBRE AS LIBERDADES INDIVIDUAIS.....	13
1.2 O OBJETO DA LESÃO PENALMENTE RELEVANTE: ENTRE O <i>HARM PRINCIPLE</i> E A CATEGORIA DO BEM JURÍDICO.....	23
1.3 O CONCEITO DE BEM JURÍDICO COMO RELAÇÃO DE DISPONIBILIDADE.....	35
1.4 BENS JURÍDICOS SUPRAINDIVIDUAIS: RELAÇÕES DE DISPONIBILIDADE DIFUSAS, COLETIVAS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEAS.....	41
2 O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA NO DIREITO PENAL	53
2.1 AFASTAMENTO DA TIPICIDADE OU JUSTIFICANTE SUPRALEGAL?	54
2.1.1 A relação entre tipicidade e antijuridicidade: <i>ratio cognoscendí</i> , <i>ratio essendí</i> e o local de análise do desvalor de resultado.....	55
2.1.2 Welzel e Jescheck: defensores do modelo dualista.....	57
2.1.3 O finalismo tardio e a tentativa de reformulação do modelo dualista ...	60
2.1.4 O consentimento da vítima no funcionalismo	63
2.1.5 Tomada de posição: o consentimento como causa de afastamento da tipicidade da consulta lesiva.....	67
2.2 REQUISITOS DO CONSENTIMENTO VÁLIDO.....	74
2.2.1 Titularidade do bem jurídico afetado	105
2.2.1.1 Da disponibilidade da vida: colaboração a suicídio e homicídio a pedido ...	105
2.2.1.1.1 Colaboração a suicídio e homicídio a pedido: aspectos teóricos	75
2.2.1.1.2 Do induzimento, instigação ou auxílio a suicídio – o antigo art. 122, CP ...	80
2.2.1.1.3 Do induzimento, instigação e auxílio a suicídio e à “automutilação”	86
2.2.1.2 Do estupro de vulnerável.....	91
2.2.1.3 Do consentimento para com lesões a bens jurídicos supraindividuais.....	92
2.2.2 Capacidades em abstrato e em concreto	96
2.2.3 Manifestação prévia, correspondência e ciência por parte do autor	99
2.2.4 O oferecimento de contraprestação ao consenciente	100
2.2.5 Requisitos do consentimento presumido	103

2.3	A DOCTRINA DO CONSENTIMENTO INFORMADO E O CONSENTIMENTO PRESUMIDO NAS RELAÇÕES MÉDICAS: UM APELO À LIBERDADE INDIVIDUAL.....	104
2.3.1	A doutrina do consentimento informado	108
2.3.2	Consentimento presumido e diretrizes antecipadas de vontade	112
2.4	UMA BREVE INCURSÃO SOBRE OS DESVIOS COGNITIVOS COMO UM COMPLICADOR DA NOÇÃO DE SUJEITO CAPAZ.....	121
2.4.1	Neurociência e livre-arbítrio: a capacidade geral em xeque.....	122
2.4.2	Neurociência e vieses: a capacidade concreta em xeque	126
3	A VÍTIMA NA IMPUTAÇÃO OBJETIVA.	132
3.1	O ÂMBITO DE ALCANCE DO TIPO: AUTOCOLOCAÇÃO EM PERIGO E HETEROCOLOCAÇÃO EM PERIGO CONSENTIDA.....	135
3.1.1	O âmbito de alcance do tipo: autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo consentida.....	136
3.1.2	Críticas aos critérios formulados por Claus Roxin	139
3.2	REARRANJOS TEÓRICOS ALTERNATIVOS: O CONTROLE DO RISCO E O POTENCIAL DE SE MANIFESTAR PELA EVITAÇÃO DO RESULTADO	141
3.3	A COMPETÊNCIA ORGANIZACIONAL DA VÍTIMA: AUTOPROTEÇÃO E AUTORRESPONSABILIDADE.....	145
3.3.1	A competência organizacional da vítima em Günther Jakobs	147
3.3.2	A autorresponsabilidade da vítima em Manuel Cancio Meliá	148
3.4	O CARÁTER PERMITIDO DOS RISCOS ASSUMIDOS PELA VÍTIMA E O ALCANCE DO TIPO COMO SUPRACRITÉRIO	152
3.4.1	É possível tratar as assunções de riscos pela vítima de modo análogo aos casos de consentimento?	155
3.4.2	Da imprescindível separação entre perigo e colocação em perigo	160
3.4.3	Requisitos necessários à imputação do resultado à vítima	164
3.4.4	Sobre a compatibilidade com o artigo 122, do Código Penal.....	170
3.4.5	A imputação de danos oriundos de condutas objetivamente orientadas à realização do resultado lesivo	173
3.4.6	A teoria do aumento do risco e a conduta arriscada da vítima.....	177
4	EXCURSO: PERDA DE IDENTIDADE E INDIVÍDUOS NARCISISTAS	180
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	197
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	200

INTRODUÇÃO

Liberdade. O que essa palavra desperta? A essência do ser humano, ou uma mera invenção? A sensação mais primeva de fazer deliberadamente porque se quer, ou a ilusão de atribuir a si algo que o entorno propiciou? Imagem e semelhança de Deus, ou fetiche delirante de poder? Infinita ou limitada?

Talvez as discussões jurídicas e filosóficas mais fascinantes da história da humanidade tenham girado em torno da noção de liberdade.

Sobre o ser humano livre é que o presente trabalho se edifica. Especificamente, a pesquisa trata da harmonização da intervenção estatal, no âmbito do Direito Penal, com o livre desenvolvimento da vítima. A existência de bens jurídicos indisponíveis é categoricamente rejeitada, em um autêntico tributo ao valor da individualidade no sistema criminal, imprescindível ao instituto dogmático do consentimento do ofendido e às hipóteses de assunção de riscos pela vítima.

O primeiro capítulo tem início com a tentativa de traçar limites à ingerência estatal sobre as liberdades individuais, valendo-se do *harm principle* como característica essencial do liberalismo jurídico, em oposição ao moralismo e ao paternalismo jurídico-penal. Em seguida, busca-se uma definição adequada do objeto da lesão contra a qual o princípio liberal do dano busca proteger. Após identificar o objeto da lesão com o bem jurídico, a terceira seção é dedicada ao conceito de *bem jurídico como relação de disponibilidade*. Enxergar o bem jurídico como relação de disponibilidade é inserir a vítima no âmago do conceito, alçando sua autonomia e liberdade ao posto de elementos constitutivos de todo objeto de proteção penal, orientando o caráter deontológico do bem jurídico em perspectiva liberal e reafirmando sua relevância a partir das bases da própria teoria. Por fim, adentra-se à temática dos bens jurídicos supraindividuais, traçando-se um paralelo para com a tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Após o estabelecimento de bases teóricas, o segundo capítulo examina o consentimento do ofendido no Direito Penal, instituto dogmático que abre alas à liberdade da vítima no interior da teoria do delito. A abordagem tem início com a tentativa de traçar contornos e enquadrar o instituto nas categorias do conceito analítico de crime, optando-se pela teoria monista do consentimento – segundo a qual a anuência da vítima para com a lesão afasta a tipicidade da conduta lesiva.

Parte-se, então, aos requisitos do consentimento válido, seguidos de apontamentos sobre o livre consentimento informado e os casos de consentimento presumido relacionados ao exercício da medicina. Por fim, faz-se uma breve incursão sobre os desvios cognitivos, entendidos como um possível complicador da noção de sujeito capaz e, por conseguinte, dos requisitos de validade do consentimento.

Apesar de essencial, a figura do consentimento para com o dano não esgota as hipóteses de contribuição da vítima para o menoscabo de seus próprios bens. Mesmo que a vítima não consinta com o resultado lesivo e a tipicidade objetiva esteja preenchida em seus dois aspectos, dever-se-á apurar a quem a produção do resultado deve ser imputada no caso concreto. Na medida em que, nos crimes de dano, todo resultado lesivo advém de um perigo de dano que lhe antecede e, nos crimes de perigo, o resultado em si corresponde ao perigo de dano, a noção de *risco* atua como pedra angular da imputação objetiva.

Dessa forma, o terceiro capítulo trata das tentativas de sistematizar um tratamento dogmático adequado à interferência da vítima no comportamento arriscado do autor. A primeira proposta estudada é a da autocolocação em perigo e a heterocolocação em perigo consentida, divisão adotada por Claus Roxin. Em seguida, examinam-se duas fórmulas alternativas, que enfatizam o controle do risco, e o potencial de manifestação pela evitação do resultado. Num terceiro momento, a pesquisa se volta ao critério da competência da vítima, de Jakobs, que teve seus contornos definidos com maior precisão pelo doutrinador espanhol Manuel Cancio Meliá, através do denominado *princípio da autorresponsabilidade*. Por fim, apresenta-se um posicionamento pessoal, que culmina na conclusão de que os riscos assumidos pela vítima de maneira autorresponsável não podem ser proibidos em face do ordenamento jurídico-penal, por não estarem abarcados pela norma.

Antes das considerações finais, que retomam de maneira sintética as conclusões dos três capítulos da obra, apresenta-se um excursão, no qual são realizadas algumas meditações singelas acerca das condições sociais, psicológicas e tecnológicas que envolvem o desempenho do indivíduo nas sociedades contemporâneas e do papel da tutela penal nesse contexto.

1 INTERVENÇÃO ESTATAL NA LIBERDADE INDIVIDUAL PARA A DISPOSIÇÃO DE BENS: ASPECTOS TEÓRICOS INDISPENSÁVEIS.

A teoria do bem jurídico vem, nos últimos anos, motivando debates doutrinários acalorados na dogmática penal. A imprecisão do conceito, aliada à ampliação da tutela penal sobre bens jurídicos coletivos, tem causado certo alarde por parte de teóricos que, ante a expansão do Direito Penal, hasteiam bandeiras em prol da liberdade negativa¹ do cidadão e criticam a utilização do bem jurídico como instrumento de legitimação da atividade legislativa tipificadora.

As tradições filosóficas europeias continentais e anglo-americanas, ademais, têm se aproximado, buscando prestar auxílio mútuo e compatibilizar as teorias do bem jurídico e do *harm principle*, no intuito de construir uma fundamentação mais robusta ao impedimento de intervenções estatais em comportamentos imorais, autolesivos e heterolesões consentidas.

Este capítulo trata dos limites da ingerência estatal sobre as liberdades individuais, iniciando pelo estudo do *harm principle* como característica essencial do liberalismo jurídico (seja na vertente radical de John Stuart Mill ou na moderada de Joel Feinberg²), em oposição ao moralismo e ao paternalismo jurídico-penal.

Em seguida, busca-se uma definição adequada do objeto da lesão contra a qual o princípio liberal do dano busca proteger. Após descartar algumas sugestões fornecidas pela doutrina norte-americana (bem-estar; objetos; direitos; e interesses), conclui-se que a noção de *bem jurídico* é a que melhor se enquadra

¹ Diretamente relacionado à liberdade de ação, o conceito de liberdade negativa estabelece que “um sujeito é ‘livre’ na medida em que há certo espaço externo no qual sua atividade pode se realizar sem que haja intervenções de outros sujeitos” (HONNETH, Axl. Of the poverty of our liberty: the greatness and limits of Hegel’s doctrine of ethical life. In: HONNETH, Axl; RANCIÈRE, Jaques. **Recognition and Disagreement: a critical encounter on the politics of freedom, equality, and identity**. New York: Columbia University Press, 2016, p. 161, tradução livre). Nesse sentido, “quanto maior a área de não interferência, maior a liberdade” (BERLIN, Isaiah. Two concepts of liberty. In: BERLIN, Isaiah. **The Proper Study of Mankind: an anthology of essays**. London: Chatto & Windus, 1997, p. 195, tradução livre). À liberdade negativa corresponde uma noção de “liberdade de” algo, o que pressupõe a “ausência de qualquer impedimento e de qualquer obstáculo, dado que o obstáculo [...] deve indicar uma noção positiva” (SCHOPENHAUER, Arthur. **O Livre Arbítrio**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012, p. 23). No âmbito jurídico, aproxima-se da ideia de “direito em sentido forte”, segundo a qual quando alguém tem o ‘direito’ de fazer algo, é errado interferir com a realização desse comportamento ou ao menos necessário que haja razões especiais que justifiquem essa interferência (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002, p. 289).

² A distinção é reconhecida na doutrina e se fundamenta no fato de o primeiro autor circunscrever as razões legítimas à criminalização de comportamentos ao *harm principle*, ao passo em que o segundo admite também a intervenção estatal baseada em um princípio de ofensa (*offense principle*) (PERŠAK, Nina. **Criminalising harmful conduct: the harm principle, its limits and continental counterparts**. New York: Springer, 2007, p. 13). A distinção entre será abordada adiante.

como objeto de proteção do *harm principle*. Entretanto, uma abordagem breve das críticas recentes dirigidas a esse conceito tradicional do direito penal europeu continental abre alas à proposta trazida no terceiro item.

A terceira seção apresenta o *bem jurídico como relação de disponibilidade* como uma possível resposta às críticas que buscam complementar a teoria do bem jurídico a partir de fundamentos externos, remetendo, por exemplo, à autonomia do sujeito ou aos direitos fundamentais, consagrados na Constituição. Enxergar o bem jurídico como relação de disponibilidade, conceito que aparece em parcela minoritária da doutrina, é inserir a vítima da lesão, e titular dessa relação, no âmago do conceito. A autonomia e a liberdade (em suas acepções negativa e positiva³) da vítima passam a ser elemento constitutivo de todo objeto de proteção penal, orientando o caráter deontológico do bem jurídico em perspectiva liberal e reafirmando sua relevância a partir das bases da própria teoria.

Por fim, adentra-se à temática dos bens jurídicos supraindividuais, diretamente relacionada à teoria dos direitos fundamentais, e à proteção de relações de disponibilidade titularizadas pela coletividade, por grupos determinados de indivíduos, pelo Estado ou por indivíduos indetermináveis e sujeitos a perigos de lesão de caráter massificado.

1.1 O PARÂMETRO DA LESIVIDADE NÃO CONSENTIDA COMO PRESSUPOSTO DA INGERÊNCIA PENAL ESTATAL SOBRE AS LIBERDADES INDIVIDUAIS.

³ A liberdade positiva deriva do “desejo, por parte do indivíduo, de ser seu próprio mestre” (BERLIN, Isaiah. Two concepts of liberty. In: BERLIN, Isaiah. **The Proper Study of Mankind: an anthology of essays**. London: Chatto & Windus, 1997, p. 195, tradução livre), dizendo respeito à qualidade daquele “que se move por ato da própria vontade, não agindo senão em conformidade com essa” (SCHOPENHAUER, A. **O Livre Arbítrio**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012, p. 24.). A ausência de resistências externas, aqui, não é suficiente, sendo necessário um agente encarregado de deliberar e guiar suas próprias escolhas. Pode ser resumida pelo papel ativo e responsável que se deve desempenhar (FROMM, Erich. **The fear of freedom**. 1942, p. 55. Disponível em: <<https://ia801205.us.archive.org/0/items/ErichFrommTheArtOfLoving/Erich%20Fromm/Erich%20Fromm%20-%20The%20Fear%20Of%20Freedom.pdf>>. Acessado em: maio de 2019); pela “atividade espontânea da personalidade total e integrada. A atividade espontânea não é a atividade compulsiva, para a qual o indivíduo é movido por seu isolamento e impotência; não é a atividade do autômato, correspondente à adoção acrítica de padrões sugeridos de fora” (*Ibidem*, p. 217-218); pela possibilidade de depender apenas de si mesmo (independência), não de vontades/discricionariedade externas, aproximando-se da ideia de autonomia como autocontrole – presente quando o sujeito não é governado por outrem ou por ninguém, mas governa e controla a si próprio (FEINBERG, Joel. **Harm to self: the moral limits of criminal law**. New York: Oxford University Press, 1986, p. 40-42).

Basta, para que uma conduta seja penalmente sancionada, que sua prática configure uma imoralidade diante do imaginário social dominante? É legítima uma legislação cujo intuito seja, pura e simplesmente, reforçar uma concepção moral? Caso padrões morais não constituam elemento suficiente a legitimar a incriminação de um comportamento, poderiam ser punidos o dano autoinfligido ou consentido?

Tais questionamentos podem ser formulados de inúmeras maneiras e, ao longo da história, motivaram intensos debates teóricos e doutrinários, chegando à concretude em casos célebres. No que tange à proteção de concepções morais, ganham relevo o episódio britânico *Shaw vs. Director of Public Prosecutions* – envolvendo o debate sobre a punibilidade da afronta à moral pública através da edição e publicação de revistas com nomes, endereços, fotografias (nuas, em alguns casos) e práticas sexuais de prostitutas⁴ – e o debate sobre a constitucionalidade do tipo penal de incesto (§173 StGB), na Alemanha, julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão, no ano de 2008⁵. Já no que diz respeito aos comportamentos autolesivos ou às práticas de lesão consentida, destacam-se os casos de renúncia à transfusão de sangue por paciente Testemunha de Jeová⁶, as discussões sobre eutanásia e diretivas antecipadas de vontade⁷, a questão do porte de uso de drogas para uso pessoal⁸, a discussão sobre a obrigatoriedade do uso de cinto de segurança em veículos automotores⁹ e os diversos outros debates

⁴ Discutido em: HART, Herbert Lionel Adolphus. **Law, liberty and morality**. Stanford: Stanford University Press, 1963.

⁵ Discutido em: GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 *Strafgesetzbuch*). **Revista brasileira de ciências criminais**, n. 82, jan.-fev., 2010.

⁶ Discutido em: BARROSO, Luís Roberto. **Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de jeová: dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>>. Acesso em: fevereiro de 2019.

⁷ Discutido em: BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, vol. 38, nº 1, 2010.; JAKOBS, Günther. **Suicídio, eutanásia e direito penal**. Barueri, SP: Manoele, 2003; MARTEL, Leticia de Campos Velho. **Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida**. 475f. Rio de Janeiro, 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro.; PESSINI, Leo. **Eutanásia: por que abreviar a vida?** São Paulo: Edições Loyola, 2004; MCMAHAN, Jeff. **A ética no ato de matar: problemas às margens da vida**. Porto Alegre: Artmed, 2011.

⁸ Tema nº 506, atualmente afetado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em decisão proferida em 08/12/2011, que reconheceu repercussão geral do RE nº 635659/SP, de relatoria do Min. Gilmar Mendes.

⁹ Claus Roxin aborda o tema de maneira breve em artigo traduzido recentemente, firmando sua posição no sentido de que a proibição legal, nesse caso, estaria justificada, na medida em que “passageiros sem cinto, bem como (moto)ciclistas sem capacete, colocam os outros participantes do acidente em risco de sofrerem uma pena por um homicídio culposo ou por uma lesão corporal grave,

quanto à recusa à intervenção médica em geral¹⁰. Por fim, o que ficou conhecido como caso do Canibal de Rothenburg¹¹ pode ser citado como um episódio que suscita tanto discussões sobre aspectos morais, quanto paternalistas do Direito.

A concepção que estabelece que o Direito possa voltar sua ordem normativa para proibir condutas intrinsecamente imorais e socialmente indesejáveis, contrárias a valores objetivos, ainda que não repercutam em danos ou riscos sobre a esfera jurídica de ninguém, leva o nome de *moralismo jurídico*. O mero fato de certos padrões de comportamento constituírem a moral positiva de uma sociedade seria

enquanto que com a utilização do cinto ou do capacete não teria ocorrido nenhuma ou ao menos uma lesão corporal mais leve. O impedimento de um risco de responsabilização de terceiros possui para estes um carácter mantenedor da liberdade e, por isso mesmo, de um bem jurídico; os terceiros são assim protegidos contra lesões que possam resultar da negligência alheia” (ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. **Revista dos Tribunais**, vol. 922/2012, p. 291/322, Ago. 2012, p. 299).

¹⁰ Discutido em: CORRÊA, Adriana Espindola. **Consentimento livre e esclarecido: o corpo objeto de relações jurídicas**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010; DUMAS, Camila Cristina de Oliveira; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Quando o paciente diz não: uma análise da recusa de tratamento no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Boreal Editora, 2017.

¹¹ “Por volta de 1999 após a morte de sua mãe, Armin Meiwes começou a se ocupar cada vez mais com o tema canibalismo pela internet. Instrui-se com formas de estripamento do corpo humano [Schlachteinleitung] e montou em sua casa um ‘quarto de execução’ [Schlachtraum]. Passou então a procurar homens para consumir, divulgando na internet, com o nickname ‘Antropófago’: ‘homem gay procura homem forte 18-30 anos para abater’. [...] Em janeiro de 2001, Bernd Jürgen Armando Brandes engenheiro de computação berlinense de 42 anos – Meiwes tinha 40 anos – respondeu à proposta do canibal: ‘Espero que me ache saboroso’. Ele possuía a ideia de mais alto prazer sexual vinculada à amputação e a ingestão de seu pênis por outro homem – o que não representava o real interesse de Meiwes. Em 9 de março do mesmo ano, Bernd foi de encontro ao canibal com a intenção de levar a cabo o previamente combinado. Por volta das 18h30min, após o pedido do engenheiro, Meiwes amputou-lhe o órgão sexual fazendo ainda um curativo na ferida de modo que a vítima não perdesse a consciência rapidamente devido à perda de sangue. Ambos consumiram o membro amputado frito com pimenta e alho. O êxtase sexual esperado por Bernd, contudo, não aconteceu. Não obstante, manteve sua decisão de que este deveria ser seu ato final e que Meiwes poderia eliminá-lo em seguida. Ele proibiu o canibal de chamar socorro médico, e nas horas seguintes preparou-se para morrer, esclarecendo à Meiwes que ele deveria matá-lo através de golpes realizados por instrumento pérfuro-cortante assim que estivesse irreversivelmente inconsciente, o que se deu por volta das 4h da manhã. Meiwes colocou o corpo sobre um balcão no ‘quarto de execução’ e instalou uma câmera para filmar os próximos acontecimentos. Bernd ainda estava vivo como afirmou o canibal à câmera. Hesitou algumas vezes, mas acabou desferindo dois cortes fatais no pescoço da vítima. Após, Meiwes disseçou o corpo segundo as instruções lidas na internet e congelou cerca de 20kg de carne”. O réu foi indiciado pela prática de homicídio, tendo sido reconhecido seu desejo de satisfação sexual. Sua conduta ainda foi enquadrada “nos tipos do §131, §184 Abs. 3 e §168 todos do StGB – respectivamente: representação apologética ou banalizante da violência; divulgação de material violentopornográfico; e perturbação da paz dos mortos” (REIS, Fellipe Guerra David. O Canibal de Rothenburg: um ensaio sobre a liberdade. **Revista Ética e Filosofia Política**, nº 13, Vol. 1, Jan. 2011, p. 154-155). Após anulado o primeiro julgamento, em que condenado à pena de 8 anos e 6 meses, Meiwes foi condenado à prisão perpétua (RODRIGUES, Sofia. **“Canibal de Rotemburgo” condenado a prisão perpétua**. Público, 10/05/2006. Disponível em: <<https://www.publico.pt/2006/05/10/jornal/canibal-de-rotemburgo-condenado-a-prisao-perpetua-77942>>. Acesso em: dezembro de 2019).

razão suficiente para que fossem objetos de proteção e reforço através da lei¹². Não é preciso considerar o impacto da conduta no universo sensorial da vítima.

Faz-se aqui um alerta, para correta distinção. Comportamentos que encarnem imoralidade e, transcendendo-a, atinjam o patrimônio sensorial de sujeitos passivos, configuram alvos de prevenção jurídico-penal¹³, mediante a incidência do princípio da ofensa, que será comentado adiante. Pode-se prevenir, por exemplo: a) o emprego de constrangimento moral que exponha o consumidor a ridículo, derivado de determinados meios de cobranças de dívida (tipo penal do art. 71, CDC); b) condutas que produzam abalos de ordem emocional ou psíquica, a exemplo da ofensa à memória dos mortos mediante vilipêndios de cadáver (art. 212, CP); c) submissão de criança ou adolescente a vexame ou constrangimento, por pessoa que sobre ela mantém relação vertical de domínio (guarda, autoridade, vigilância, segundo o art. 232, ECA). Nestes casos, os comportamentos não são puníveis pela imoralidade subjacente, mas pelo sofrimento que produzem.

Gizada a distinção, vai-se adiante, assinalando-se que o moralismo jurídico se divide, conforme preconiza H.L.A. Hart, em *Law, liberty and morality*¹⁴, em duas modalidades. A tese moderada encara a moralidade como o cimento da sociedade, aquilo que a distingue de um mero agrupamento de indivíduos. Uma conduta imoral, assim, deverá ser objeto de coerção, pois a afronta à moral constitui uma afronta à sociedade como um todo, tornando-se o reforço da moralidade necessário à preservação da sociedade. De maneira distinta, a tese extrema não enxerga a moralidade em termos meramente instrumentais, que deve ser protegida somente no intuito de preservar a configuração social. O reforço da moral através da lei configuraria algo valioso por si só, a despeito da existência de uma conduta imoral que cause danos ou enfraqueça o cimento moral da sociedade.

Regras morais contribuem para a configuração de uma sociedade em torno de valores fundamentais e facilitam ao indivíduo refletir sobre a tomada de uma determinada decisão, mediante padrões não exclusivamente pessoais. Entretanto,

¹² HART, Herbert Lionel Adolphus. **Law, liberty and morality**. Stanford: Stanford University Press, 1963, p. 23.

¹³ “A exclusão das meras imoralidades do campo do direito penal não significa que tampouco se possam proteger penalmente, a seu turno, “sentimentos” e similares. Aquele que denigra publicamente a confissão ideológica de outro (§ 166), ou subtrai restos de cadáveres (§ 168) ,ou realiza atos sexuais em público (§ 183 a), pela indignação que isso provoca no afetado ou na comunidade, perturba a paz pública, sem a qual tampouco pode existir um sistema social liberal. Contrariamente, precisamente isso é o que falta nas imoralidades realizadas de comum acordo e não em público” (ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I**. Madrid: Civitas, 1997, p. 56).

¹⁴ HART, Herbert Lionel Adolphus. **Law, liberty and morality**. Stanford: Stanford University Press, 1963, p. 48-49; 53-54.

não se pode olvidar de que uma sociedade, ainda que possua padrões morais consolidados, é capaz de sobreviver a divergências minoritárias e, inclusive, tirar proveito disso, seja questionando seus próprios parâmetros, seja reforçando-os mediante o contraponto apresentado pelos divergentes.

A preservação da moralidade não coincide com a não alteração do código moral de uma sociedade¹⁵. Sociedades funcionam como organizações dinâmicas, cujas estruturas, instituições e regras sofrem alterações ao longo do tempo, em virtude de estímulos internos, a partir dos quais práticas deixam de ser (des)valorizadas e perdem sua importância, ou em razão de intercâmbios com outros agrupamentos humanos, mediante os quais o processo dialógico e dialético para com o diferente permite repensar valores.

Distintamente do moralismo, o paternalismo jurídico assume, como pressuposto da ingerência estatal, a existência de uma lesão ou perigo de lesão. Contudo, a despeito de admitir o filtro da ofensividade, posturas paternalistas desconsideram a individualidade do cidadão, alçando o objeto da lesão a um patamar absoluto de proteção e, assim, admitindo “a interferência sobre a liberdade de ação de uma pessoa justificada por razões concernentes exclusivamente ao bem-estar, à felicidade, às necessidades, aos interesses ou valores da pessoa coercionada”¹⁶. Suas duas principais características são: (i) a interferência coerciva e cogente sobre a liberdade de ação de uma pessoa, prescindindo do consentimento do destinatário da medida; e visando (ii) uma finalidade relativa ao bem-estar, felicidade, necessidades, interesses ou valores do coercionado.

A abordagem paternalista aproxima-se do que Joel Feinberg denominou *princípio iliberal*, segundo o qual sempre há uma boa razão em favor de um comando ou proibição direcionada a prevenir um dano (físico, psicológico ou econômico) ao próprio agente¹⁷ ou, segundo Manuel Atienza, promover-lhe um *bem*, independentemente de sua aceitação e anuência¹⁸.

O risco apresentado pelas tentativas de proteger um bem *per se* é realçado por Isaiah Berlin, que entende por *paternalismo* a postura daquele que trata os indivíduos como se não fossem livres, mas objetos da ação de um reformador

¹⁵ *Ibidem*, p. 72.

¹⁶ DWORKIN, Gerald. Paternalism. **The Monist**, v. 56, n. 1, p. 64-84, 1972, p. 66, tradução livre.

¹⁷ FEINBERG, Joel. **Harm to self: the moral limits of criminal law**. New York: Oxford University Press, 1986, p. 04.

¹⁸ ATIENZA, Manuel. Discutamos sobre paternalismo. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, nº 5, 1998, p. 203, tradução livre..

benevolente, a serem modelados de acordo com os propósitos livremente adotados por este reformador. Seriam meios para a consecução dos fins paternalistas, não dos fins por eles próprios eleitos, considerados menos importantes¹⁹.

O dano a ser evitado, a partir da perspectiva paternalista, não leva em consideração, portanto, a autonomia do sujeito. A noção de autonomia, enquanto o ato de governar a si mesmo e dar a si mesmo as próprias leis de ação, traduz a relação de conformidade entre a conduta praticada e a lei de ação formulada pelo agente quando do exercício da vontade. Capaz de refletir criticamente sobre suas preferências e desejos e aceitar ou tentar mudá-los em prol de preferências e valores de ordem superior²⁰, o sujeito autônomo constitui uma barreira às teorias moralistas e paternalistas, não aceitando ser tratado de maneira instrumental, nos moldes da máxima kantiana segundo a qual: “O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, *existe* como fim em si mesmo, *não só como meio* para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”²¹.

Nesse sentido, o princípio da autonomia constitui premissa indispensável à circunscrição da atuação penal estatal sobre a vida dos cidadãos, de modo que

*[...] sendo valiosa a livre eleição individual de planos de vida e a adoção de ideais de excelência humana, o Estado (e os demais indivíduos) não devem interferir nessa eleição ou adoção, limitando-se a desenhar instituições que facilitem a persecução individual desses planos de vida e a satisfação dos ideais de virtude que cada um sustente e impedindo a interferência mútua no curso dessa perseguição*²².

O compromisso com a autonomia do sujeito assenta-se na valorização do autopertencimento, consagrado pela Constituição brasileira através da pilastra republicana da dignidade da pessoa²³, *ex vi* art. 1º, III. Permite adentrar nos

¹⁹ “Paternalism is ‘the greatest despotism imaginable’. This is so because it is to treat men as if they were not free, but human material for me, the benevolent reformer, to mould in accordance with my own, not their, freely adopted purpose. [...] to use them as means for my, not their own, independently conceived ends, even if it is for their own benefit, is, in effect, to treat them as subhuman, to behave as if their ends are less ultimate and sacred than my own” (BERLIN, Isaiah. **The Proper Study of Mankind: an anthology of essays**. London: Chatto & Windus, 1997, p. 209).

²⁰ DWORKIN, Gerald. **The theory and practice of autonomy**. New York: Cambridge University Press, 1988, p. 108; FATEH-MOGHADAM, Bijan; GUTMANN, Thomas. Governing [through] Autonomy. The Moral and Legal Limits of “Soft Paternalism”. **Preprints and Working Papers of the Centre for Advanced Study in Bioethics**, Münster, 2013/60, p. 09.

²¹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, LDA., 2007, p. 68, *italico original*.

²² NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989, p. 204-205, *italico original*, tradução livre.

²³ Deve-se guardar especial ressalva quanto à divisão, estabelecida por algumas doutrinas (BARROSO, Luis Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional**

fundamentos da perspectiva liberal, que exige que a ofensividade, como pressuposto à ingerência estatal, remeta a uma lesão não anuída causada a outrem. A perda da dignidade, aliás, não se dá em qualquer lesão, mas naquela que evidencia um eu entregue “ao poder e arbítrio de outro”, desprovido da autoconfiança e da confiança nos demais²⁴.

O princípio liberal do dano (*harm principle*) sustenta que “a interferência do Estado no comportamento dos cidadãos apenas é moralmente justificável quando se mostra razoavelmente necessária para prevenir lesões ou graves riscos de lesões às pessoas que não sejam o próprio sujeito que sofre a intervenção”²⁵. Sua origem costuma ser atribuída à filosofia de John Stuart Mill²⁶, segundo a qual “o único propósito pelo qual o poder pode ser constantemente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade, contra a vontade deste, é o de prevenir danos para os outros membros. O próprio bem dele, seja físico ou moral, não é causa suficiente”²⁷.

Não obstante as inúmeras críticas²⁸ formuladas ao princípio liberal do dano – das quais muitas, inclusive, surtiram efeitos positivos e construtivos, fazendo com que parte dos teóricos liberais passasse a adotar, para além dele, o princípio da

Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010), entre dignidade como autonomia e heteronomia. Visando resguardar os cidadãos de interferências ilegítimas do Estado, a dimensão da dignidade enquanto heteronomia poderá incidir única e exclusivamente quando imprescindível à garantia da dignidade enquanto autonomia, compensando a falta de capacidade de um sujeito.

²⁴ MAIHOFER, Werner. **Estado de derecho y dignidad humana**. Buenos Aires/Montevideo: BdF, 2008, p. 8 e 10.

²⁵ MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo Jurídico-Penal: limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais**. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 106.

²⁶ Apesar de a mais tradicional e repetida fórmula do princípio liberal do dano se encontrar na obra do filósofo britânico, a máxima utilitarista já se fazia presente, ainda que rudimentar, na filosofia epicurista: “XXXI – O justo segundo a natureza é a regra de interesse que temos em não nos prejudicarmos nem sermos prejudicados mutuamente. [...] XXXIII – Nunca houve justiça em si, mas nas relações recíprocas, quaisquer que sejam seu âmbito e as condições dos tempos, uma espécie de pacto a fim de não prejudicar nem ser prejudicado” (EPICURO. **Máximas principais**. São Paulo: Edições Loyola, 2010, p. 49, 55).

²⁷ MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. São Paulo: Hedra, 2010, p. 49.

²⁸ Merece destaque o artigo intitulado *The Harm Principle* de Nils Holtug. O autor, após investigar diversas concepções de “dano” e suas implicações quando encaixadas na fórmula do *harm principle*, conclui que este princípio possui aplicabilidade limitada. Em última instância, para que se soubesse no que consiste e sobre o que recai o dano a ser evitado, mostrar-se-ia necessária uma “teoria da justiça” que estabelecesse ao que cada indivíduo tem direito. Entretanto, conhecidos os interesses das pessoas e a maneira como eles devem se relacionar, não haveria necessidade do *harm principle*. Portanto, por um lado, uma teoria da justiça constituiria o pressuposto da utilização do *harm principle* como critério de definição do que é “certo” ou “errado”; por outro, através de uma teoria da justiça seria suprida a demanda que o *harm principle* busca atender. Restaria ao *harm principle* o papel de fornecer um parâmetro moral à tomada de decisões, no intuito de aumentar suas utilidade (HOLTUG, Nils. *The Harm Principle*. **Ethical Theory and Moral Practice**, vol. 05, p. 357-389, Dez. 2002).

ofensa²⁹, condicionado a um juízo de ponderação baseado em critérios de intensidade, duração, possibilidade de furtar-se da perturbação sem esforço, habitualidade, motivação e circunstâncias de tempo e lugar³⁰ –, sua adoção como parâmetro de análise da (i)legitimidade da interferência do Estado na vida dos cidadãos demonstra um compromisso com valores como a liberdade e a tolerância.

Os princípios do dano e da ofensa esgotam “a categoria de razões moralmente relevantes para proibições penais. Considerações paternalistas e moralistas [...] não possuem peso algum”³¹, razão pela qual imoralidades, autolesões (e condutas de terceiros que com elas contribuam) e heterolesões consentidas não seriam motivos suficientes à sustentar um tipo penal em abstrato e levariam ao afastamento de sua incidência no caso concreto. Participações em autolesões não são puníveis, pois não passam de uma contribuição a um fato atípico³². Por sua vez, consentir com uma conduta significa fazer parte dela, de modo que “o resultado decorrente do comportamento lesivo também é de responsabilidade daquele que consente”³³. Assim, ninguém pode ser vítima de sua própria conduta voluntária e informada e sancionar tal comportamento implicaria admitir um delito sem vítima.

O ponto de vista liberal, ainda, encontra guarida no princípio da razoabilidade e proporcionalidade. Tendo em vista ser o direito penal o ramo jurídico que conta com as sanções mais gravosas, sua atuação somente pode ter como alvo comportamentos igualmente gravosos, exigindo-se uma justificativa plausível ao uso

²⁹ “Há sempre uma boa razão em favor de uma proibição criminal que provavelmente servirá de meio efetivo para prevenir ofensas grave (como opostas à injúria ou ao dano) a pessoas que não sejam o autor, e que configure, provavelmente, um meio necessário para esse fim”. (FEINBERG, Joel. **Offense to others**. New York: Oxford University Press, 1985, p. 01, tradução livre). O autor norte-americano esclarece que as ofensas remetem a condutas que geram resultados desagradáveis, ainda que não impliquem lesões propriamente ditas; “são distrações irritantes, demandas indesejadas de atenção, incômodos que devem ser enfrentados, por mais inconveniente que seja fazê-lo no momento. São, em suma, perturbações em geral” (FEINBERG, Joel. **Offense to others**. New York: Oxford University Press, 1985, p. 09, tradução livre).

³⁰ SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basada em principios y el concepto de bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). **La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 84.

³¹ FEINBERG, Joel. **Harm to Others**. New York: Oxford University Press, 1984, p. 14-15, tradução livre.

³² DORADO, Carmen Juanatey. Protección penal de la vida y de la salud: alcance del reconocimiento de la autonomía de la voluntad. In: PAIS, Antonio Doval (Dir.); GUILLEM, Clara Moya (Coord.). **Nuevos límites penales para la autonomía individual y la intimidad**. Pamplona: Editorial Aranzadi S.A., 2015, p. 33.

³³ MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. Harm principle e seus reflexos no Direito Penal: um leitura a partir de Joel Feinberg. **Revista Brasileira de Ciências Crimiais**, vol. 115/2015, p. 255-289, jul-ago/2015, p.260.

de coerção por qualquer sociedade, como algo objetável *prima facie*³⁴, sendo “inaceitável cogitar-se a restrição do direito fundamental à liberdade em benefício da obtenção de meros interesses político-criminais de organização e regulamentação social”³⁵. Em uma sociedade democrática, a ideia de que o poder político é mais bem exercido quando confiado à maioria não enseja a conclusão inaceitável de que aquilo que a maioria faz com o poder está para além das críticas e nunca deve ser objeto de resistência³⁶. Afinal, com Claus Roxin, “da circunstância de que a maioria da população não está em condições de tolerar um comportamento que lhe parece desagradável, não segue que ele deva ser punido, caso ninguém esteja atingido em sua liberdade de autodesenvolvimento”³⁷.

Contrariamente, alguém poderia questionar: em que consiste um desacordo entre um liberal e outra pessoa acerca da proibição legal de certa conduta, senão em um choque entre diferentes sistemas morais ou uma discussão, não sobre se o direito deve ou não reconhecer uma moral, mas sobre qual sistema moral deve ser legalmente reconhecido? O princípio liberal do dano não constitui o mero reconhecimento da imoralidade de atos heterolesivos, a partir do qual se determina o que deve ou não ser legalmente sancionado? Por que e como, em um sistema liberal, coexistem condutas imorais não lesivas e não sancionáveis e condutas lesivas e, portanto, imorais e legalmente puníveis, sendo a *mera imoralidade* insuficiente para inferir a reprovabilidade legal da prática?

As respostas são dadas por Carlos Santiago Nino, que reconhece os aspectos morais do princípio liberal do dano e da filosofia liberal, mas separa duas espécies de juízo moral: a primeira, que valora condutas segundo contravenham ou não normas morais que proíbem a produção ou o risco de produção de certos estados

³⁴ “O exercício desimpedido da escolha livre por indivíduos deve ser sustentado como um valor em si, em relação ao qual é *prima facie* errado interferir” (HART, Herbert Lionel Adolphus. **Law, liberty and morality**. Stanford: Stanford University Press, 1963, p. 21, tradução livre).

³⁵ D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 71. Sem embargo, a grande utilidade derivada concretamente para cada membro do tecido social pode justificar a tutela penal de unidades funcionais. O fim de proteção, neste caso, transcende a mera preservação da unidade.

³⁶ HART, Herbert Lionel Adolphus. **Law, liberty and morality**. Stanford: Stanford University Press, 1963, p. 79, tradução livre.

³⁷ ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. **Revista dos Tribunais**, vol. 922/2012, p. 291/322, Ago. 2012, p. 301.

de coisas; e a segunda, que valora em que medida as ações de alguém são autodegradantes e denotam um defeito no caráter e na personalidade do agente³⁸.

Segundo o autor, um sistema jurídico não guiado pela premissa da lesividade/ofensividade³⁹, condenando condutas inócuas por sua mera imoralidade, estaria atrelado aos juízos do segundo tipo, afrontando a concepção antiperfeccionista e antimoralista de que “o direito não deve endossar ideais de excelência humana, discriminando as pessoas por sua virtude ou valor moral ou pela qualidade de seu modo de vida; o direito deve tratar por igual ao moralmente puro e ao depravado, julgando-os somente pelo valor de suas ações”⁴⁰.

Não obstante a ingerência desmedida sobre a vida privada, modelos jurídicos que prezam pela reprovação legal de condutas imorais não lesivas tendem a conferir importância desmedida ao desvalor de ação, podendo cogitar a sanção de crenças e pensamentos e adotar práticas de direito penal do autor. Portanto, ainda que a *moral liberal* não seja neutra e nutra uma concepção de bem – “segundo a qual a autonomia dos indivíduos para eleger e materializar projetos e estilos de vida é intrinsecamente valiosa”⁴¹ –, disso não resulta que o Estado deva interferir na eleição dos planos de vida das pessoas. As premissas liberais almejam a convivência em espaços de individualidade e tolerância mútua⁴², prevendo a prática de moralidades heterodoxas como consequência direta do uso da autonomia enquanto “capacidade de eleger entre a mais ampla variedade possível de planos de vida”⁴³. Nesse ínterim, formas de vida patrocinadas por uma determinada concepção moral “não podem ser

³⁸ NINO, Carlos Santiago. **Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1980, p. 283/284, tradução livre.

³⁹ Os termos ofensividade e lesividade são aqui utilizados como sinônimos, apesar de parte da doutrina, em que pesem os dogmáticos italianos, afirmarem que este constitui um subgênero daquele. Nesse sentido, Mantovani afirma que a ofensa consiste na lesão, através da destruição ou diminuição, ou colocação em peigo de bens jurídicos, de modo que os crimes de ofensa acabam por abarcar crimes de dano e crimes de perigo (MANTOVANI, Ferrando. **Diritto penale: parte generale**. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1992, P. 221-222).

⁴⁰ NINO, Carlos Santiago. **Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito**. Buenos Aires: Editorial Astrea, p. 287, tradução livre.

⁴¹ NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989, p. 209, tradução livre.

⁴² Há uma interessante discussão, que não será aqui analisada, acerca dos limites da tolerância em face de moralidades intolerantes. Trata-se do “paradoxo da tolerância”, que questiona eventual incoerência do “princípio da tolerância restrita”, que reserva a tolerância aos tolerantes e a intolerância aos intolerantes. Para mais informações: DASCAL, Marcelo. Tolerância e Interpretação. **Crítica**, Revista Hispanoamericana de Filosofia, vol. XXI, nº 62, 1989, p. 3 – 28; DISSENHA, Rui; GUARAGNI, Giovanni Vidal. Os limites da democracia: a tolerância restrita e a criminalização do terrorismo. **Revista Direitos Culturais**, v. 14, n. 34, p. 165-186, maio/agos. 2019; POPPER, Karl. **A Sociedade Aberta e seus Inimigos**. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 2 vols., 1987.

⁴³ NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989, p. 210, tradução livre.

dirigidas pelo Estado e, portanto, tampouco ser garantidas como tais, senão somente asseguradas na possibilidade de sua eleição e exercício individuais⁴⁴.

Assim definidos, em linhas gerais, o moralismo, o paternalismo e o liberalismo jurídico, bem como feita a opção pelo último, resta compreender ao que se dirige o *dano* ou a *lesão* que se quer evitar. Tendo em vista que “de nada vale falar em ofensividade como limite material da incriminação se não partirmos de um conceito de bem jurídico-penal que propicie uma tal construção teórica⁴⁵, parte-se para a análise do objeto da lesão derivada do delito.

1.2 O OBJETO DA LESÃO PENALMENTE RELEVANTE: ENTRE O *HARM PRINCIPLE* E A CATEGORIA DO BEM JURÍDICO.

O *harm principle* se encontra intimamente relacionado ao Estado Democrático de Direito e sua herança laica, liberal e pluralista, em detrimento de “modelos de Estados autoritários, erigidos na persecução de objetivos éticos, na punição de inclinações anti-sociais e na mera infração ao dever⁴⁶. No ordenamento jurídico brasileiro, que tanto na seara cível⁴⁷, quanto penal⁴⁸, preza pelo desvalor de resultado, para além do desvalor de ação (reclamado pelas exigências de dolo ou, no mínimo, culpa, na forma do art. 18, CP), predomina o princípio da lesividade, “um

⁴⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). **La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 208, itálico original, tradução livre.

⁴⁵ D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 67.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 51.

⁴⁷ Código civil: Art. 186, do Código Civil. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.; Art. 927, do Código Civil. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

⁴⁸ O Código Penal brasileiro aderiu, predominantemente, ao finalismo, o que não levou, contudo, a um sistema de puro desvalor de ação. São expressões de compromisso com o desvalor de resultado, por exemplo, os artigos que seguem: Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. [...] - aqui, há um atavismo típico do olhar causal naturalista, voltando-se o dispositivo ao grupo dos crimes materiais, exigente de resultado naturalístico; Art. 14 - Diz-se o crime: [...] II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente – a redução de pena de $\frac{1}{3}$ a $\frac{2}{3}$ dá-se ante o grau mais tênue de lesão ao bem jurídico, em apelo típico de teorias objetivistas atinentes aos fundamentos de punir a tentativa.; Art. 17. Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime. O dispositivo consagra a lesividade como essencial ao delito, pena de torna-lo impossível e, *ipso facto*, impunível mesmo como tentativa. Esta pressupõe perigo concreto de dano, segundo as escolhas legislativas codificadas.

segundo e fundamental nível de valoração que, ao expressar o primeiro momento de desvalor do fato, assume-se como elemento de fundação do ilícito”⁴⁹.

Mas seria a tradição anglo-americana capaz de definir de maneira adequada o objeto do dano que se busca evitar através da utilização do *harm principle*?

Uma primeira tentativa de definir no que consiste o objeto da lesão coercível pode se dar através das teorias do bem-estar, que contam com três formulações tradicionais: (i) hedonista, que adota a felicidade como critério de bem-estar, entendida em termos de estados mentais aprazíveis⁵⁰; (ii) satisfação de desejos, que avalia o bem-estar conforme a realização de desejos e preferências na maior medida possível ao longo da vida⁵¹, exigindo-se, para além do estado mental aprazível, a verificação da obtenção do objeto de desejo⁵²; e (iii) lista objetiva daquilo que é valioso, segundo a qual algumas coisas são consideradas boas ou más para uma pessoa independentemente de suas preferências⁵³.

Adotando-se os dois primeiros critérios, esbarra-se em problemas de difícil solução. A felicidade constitui um parâmetro demasiadamente subjetivo de medição do grau de lesão sofrido pela vítima de uma conduta⁵⁴. Já a satisfação de desejos é diretamente influenciada por elementos circunstanciais, de modo que seria preciso levar em conta os objetos do desejo, sua intensidade e sua comparação para com os desejos de outras pessoas envolvidas no evento, como os do próprio réu, caso se entendesse pela necessidade de um juízo de ponderação de bens. A definição do dano juridicamente relevante seria, portanto, arbitrária.

Mais: a contingência dos desejos levaria a um sistema jurídico capaz de conviver com elevados níveis de desigualdade, pois seria admitida a menor proteção

⁴⁹ D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 77.

⁵⁰ “De acordo com o hedonismo, bem-estar positivo consiste em estados mentais prazerosos e bem-estar negativo em estados desprazerosos” (HOLTUG, Nils. *The Harm Principle*. **Ethical Theory and Moral Practice**, vol. 05, p. 357-389, Dez. 2002, p. 364, tradução própria).

⁵¹ BROCK, Dan; BUCHANAN, Allen. **Decidir por otros: ética de la toma de decisiones subrogada**. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas: Programa de Maestría y Doctorado en Filosofía: Fondo de Cultura Económica, 2009, p. 42.

⁵² A satisfação de desejos como bem-estar “também é, em um sentido relevante, uma perspectiva de estado mental, ainda que não puramente (tendo em vista a necessidade de se observar também os objetos de desejo) (SEN, Amartya. *Well-Being, Agency and Freedom*. **The Journal of Philosophy**, vol. 82, nº. 4, pp. 169-221, abr. 1985, p. 189, tradução livre).

⁵³ BROCK, Dan; BUCHANAN, Allen. **Decidir por otros: ética de la toma de decisiones subrogada**. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas: Programa de Maestría y Doctorado en Filosofía: Fondo de Cultura Económica, 2009, p. 44.

⁵⁴ “[...] na interpretação da tradição utilitarista, a felicidade é basicamente um estado mental” (SEN, Amartya. *Well-Being, Agency and Freedom*. **The Journal of Philosophy**, vol. 82, nº. 4, pp. 169-221, abr. 1985, p. 188, tradução livre).

normativa àqueles que tivessem menos condição de satisfazer ou mesmo nutrir desejos. Conforme aponta o economista Amartya Sen, “desejos refletem compromissos com a realidade, e a realidade é mais dura com alguns do que com outros. O indigente desesperado deseja meramente sobreviver, o trabalhador sem terra concentra esforços em assegurar sua próxima refeição, o trabalhador doméstico busca algumas horas de descanso, a esposa subjugada almeja um pouco de individualidade”⁵⁵ e, assim, todos adaptam seus desejos às suas condições.

Por fim, os parâmetros hedonistas e de satisfação de desejos possuem tradição utilitarista, de modo que, se forem aplicados em conjunto aos critérios consequentialistas e da *soma de felicidade*, admitir-se-ia a causação de um dano a outrem, caso isso servisse para elevar a soma total de bem-estar, prevalecendo os interesses da maioria. Ocorreria a desconsideração dos necessários elementos deontológicos impeditivos do sacrifício de um indivíduo em prol dos demais.

No que tange à lista objetiva de valores, deve-se ter cautela para não cair em um raciocínio paternalista, transformando o Direito em um instrumento nas mãos do Estado benevolente, encarregado de criar uma sociedade *objetivamente* melhor. Uma sociedade que deseje levar seus indivíduos a sério não deverá impor-lhes nenhuma característica específica, deixando que decidam quais aspectos de suas individualidades deverão prevalecer⁵⁶. Medidas paternalistas “são tomadas tendo em contra certos *padrões*, comportamentais e culturais, ou conhecimentos científicos”⁵⁷; afetam negativamente o pluralismo e a tolerância; conduzem à padronização e homogeneização de estilos de vida e visões de mundo, repercutindo de modo contraproducente no perene conflito de ideias que garante a vitalidade de uma democracia. Não é simples formar consensos nas sociedades multiculturais ocidentais contemporâneas, sequer sendo adequado firmá-los sobre a punibilidade de um comportamento que lesione valores objetivos, desatados da pessoa da

⁵⁵ SEN, Amartya. Well-Being, Agency and Freedom. *The Journal of Philosophy*, vol. 82, n^o. 4, pp. 169-221, abr. 1985, p. 191, tradução livre.

⁵⁶ VON DER PFORDTEN, Dietmar. Individualismo normativo e o direito. *Revista Direito Público*, n^o 60, Nov-Dez, 2014.

⁵⁷ MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida**. 475f. Rio de Janeiro, 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, p. 134.

vítima, uma vez que tais acordos devem seguir o filtro do *harm principle*⁵⁸. Em suma, o que tem de ficar claro é que um código completo de valores éticos não existe⁵⁹.

Deixando de lado as teorias do bem-estar, Joel Feinberg remete a três conceitos distintos de *lesão*: (i) o dano sobre coisas/objetos; (ii) a violação do direito de outrem; e (iii) a frustração de interesses, em virtude da interferência de alguém nos planos de outrem⁶⁰. O primeiro critério, de plano, cai por terra, na medida em que não se vislumbra a diferença entre o dano sobre coisas/objetos e a ideia de dano a valores objetivos. Além disso, não se pode admitir uma normativa jurídico-penal comprometida com a proteção de coisas, senão de pessoas.

O próprio Feinberg rechaça a primeira concepção de *lesão*, exemplificando que o ato de quebrar janelas lesa os interesses do dono da edificação, mas somente em um sentido derivativo e extensivo é possível dizer que *lesa as janelas*⁶¹. O autor adere ao que chama de *consenso sobreposto* entre as outras duas noções, de modo que a *lesão* se limita aos reveses de interesses que configuram injustos e aos injustos que constituem reveses de interesses⁶². Contudo, essa concepção também é criticável.

Definições de *lesão* como violação de um direito ou frustração de interesses se aproximam dos debates travados na tradição jurídica continental, em torno da *teoria do bem jurídico*. Iniciar a análise do bem jurídico após breves colocações sobre o conceito de *harm principle* pode ser um caminho frutífero, principalmente por partir do pressuposto de que as *lesões* a serem sancionadas dirigir-se-iam, necessariamente, a terceiros não consencientes. Conforme se verá mais adiante, essa premissa, derivada das noções de independência e autonomia, ensejará consequências relevantes, inclusive à própria definição de bem jurídico.

Na primeira metade do século XIX, as teorias político-jurídicas contratualistas faziam da noção de direito subjetivo, diretamente vinculada à concepção de ser humano enquanto sujeito dotado de razão universal, seu eixo primordial, encarregada de demarcar a fronteira entre a conduta lícita e ilícita⁶³.

⁵⁸ ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. **Revista dos Tribunais**, vol. 922/2012, p. 291/322, Ago. 2012, p. 297.

⁵⁹ HAYEK, Friedrich August von. **O caminho da servidão**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010, p. 77.

⁶⁰ FEINBERG, Joel. **Harm to Others**. New York: Oxford University Press, 1984, p. 32-36.

⁶¹ *Ibidem*, p. 32.

⁶² *Ibidem*, p. 36.

⁶³ D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 61.

Nesse contexto, Feuerbach sustentava que, ao Direito Penal, incumbia a proteção de direitos subjetivos, sancionando condutas para “preservar a liberdade recíproca de todos mediante o cancelamento do impulso sensual dirigido às lesões jurídicas”⁶⁴. Esta linha de pensamento liberal, cumprindo com uma função limitadora⁶⁵, aproximava-se da concepção de que o limite à ingerência estatal residia na lesividade alheia. Coetâneos de Feuerbach, na perspectiva iluminista, nutriam um mesmo olhar, como John Stuart Mill e Wilhelm von Humboldt. Para ambos, a ação do Estado estaria condicionada à garantia da segurança dos cidadãos, contendo o avanço injustificado de um sobre os direitos dos demais⁶⁶, ou corrigindo infrações e punindo o infrator⁶⁷.

Nada obstante, a noção de que a missão do direito penal seria a proteção de direitos subjetivos mostrava-se equivocada.

A principal e irremediável crítica denotava que a frustração da pretensão jurídica subjetiva de um indivíduo não gerava lesão alguma ao direito subjetivo correspondente. Pelo contrário, a incolumidade do direito subjetivo era o que permitia ao sujeito dele se valer para obter a reparação do dano através da via jurisdicional, dano esse que havia se abatido, não sobre o direito, mas sobre seu objeto de proteção⁶⁸.

Assim, Birnbaum “rechaçou a tese de que o delito é a lesão de um Direito, pois o Direito não pode ser diminuído nem subtraído, isso pode suceder somente com o que é objeto de um direito, isto é, *um bem que juridicamente nos pertence*”⁶⁹; “o bem a que se tem juridicamente direitos é o objeto do direito e, se aquele é subtraído ou diminuído, o direito permanece incólume”⁷⁰. Em suma, a crítica de Birnbaum à posição de Feuerbach levou à concepção do bem como ente ou coisa a que os direitos se referem⁷¹, representando “um primeiro passo para critérios de interesse

⁶⁴ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de Derecho Penal**. Trad. Eugenio Raul Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 61.

⁶⁵ FERNÁNDEZ, Gonzalo. **Bien jurídico y sistema del delito: un ensayo de fundamentación dogmática**. Buenos Aires: Editorial B de F Ltda., 2004, p. 14.

⁶⁶ MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. São Paulo: Hedra, 2010, p. 49 e 170.

⁶⁷ VON HUMBOLDT, Wilhelm. **Os Limites da Ação do Estado**. Rio de Janeiro: Liberty Fund, 2004, p. 260.

⁶⁸ D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 64.

⁶⁹ BUSATO, Paulo. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 355.

⁷⁰ FERNÁNDEZ, Gonzalo. **Bien jurídico y sistema del delito: un ensayo de fundamentación dogmática**. Buenos Aires: Editorial B de F Ltda., 2004, p. 16, tradução livre.

⁷¹ BIRNBAUM, Johann Michael Franz. **Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito**. Montevideo-Buenos Aires: BdF, 2010, pp. 55 e ss..

público superadores das simples exigências de direitos puramente individuais”⁷². Defeituosa por separar o bem de proteção penal da vítima que o titulariza, esta noção de bem jurídico possuía, de toda sorte, a virtude de não confundir o direito com o algo a que se refere o direito. E, por extensão, serve como base para rechaçar a segunda definição de lesão apresentada por Feinberg.

Não obstante tenha surgido como uma realidade situada em uma perspectiva transcendente à norma, prévia e para além do direito e do Estado, a figura do bem jurídico como ente ou coisa não nasceu desempenhando um papel crítico de limitação à tipificação de condutas e à incidência de tipos penais em casos que não deveriam sofrer interferência estatal. Pelo contrário, havia a pretensão de legitimar a ingerência estatal, inclusive em âmbitos da vida privada, justificando-se “a punibilidade dos delitos contra a religião e contra a moralidade”⁷³. Seu caráter objetivo, desvinculado da concepção subjetivista e abstrata de direito subjetivo, ampliou a área de tutela penal, permitindo o surgimento das distinções entre tentativa e consumação, lesão e perigo, que, do ponto de vista da contrariedade ao direito (desvalor de ação), eram todos equivalentes⁷⁴.

Desde Birnbaum, o bem jurídico passou pelas mais diversas formulações que, em sua maioria, cumpriam com um papel puramente metodológico, hermenêutico e mesmo legitimador da atividade tipificadora do legislador. Somente assumiu um papel crítico à legislação após a Segunda Guerra Mundial⁷⁵, a partir da obra de autores como Jäger, para quem “a ausência de bem jurídico conduz a não saber por que se castiga e, por conseguinte, a não poder determinar o sentido do castigo”⁷⁶.

Enquanto elemento crítico, o conceito de bem jurídico deve ser capaz de afastar o moralismo puro, o paternalismo, a tutela penal de tabus, casos em que inexiste lesão a um terceiro não consenciente ou à coletividade. Ademais, a noção cumpre com um papel fundamental: a) de sistematização da parte especial, cujo princípio reitor é a ordenação dos delitos segundo o bem jurídico respectivamente lesionado; b) de hierarquização do panorama de conflitos de relevância penal, segundo a magnitude do bem de proteção; c) de critério reitor da interpretação

⁷² GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **As grandes transformações do Direito Penal tradicional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 76.

⁷³ ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 45.

⁷⁴ GIUSINO, Manfredi Parodi. **I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1990, p.12.

⁷⁵ ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 45.

⁷⁶ Apud VIVES ANTÓN, Tomás. **Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 813.

teleológica, orientada pelos fins de proteção ao bem jurídico que orientam a norma; d) de condicionamento da pena à criação de um risco não permitido a um bem penalmente protegido e imputação da realização do risco ao autor; e) de tornar atípica a colaboração em uma autolesão ou autocolocação em perigo responsável.

A limitação imposta pela teoria do bem jurídico vincula, primeiramente, o legislador, que ao incriminar uma conduta através de um novo tipo penal, deverá demonstrar “que está presente a proteção de um bem jurídico contra um dano ou um perigo”⁷⁷, e, em seguida, o magistrado, que não poderá se ater à mera subsunção normativa de um fenômeno a um tipo penal (tipicidade formal), devendo fundamentar de que forma a incidência da norma no caso concreto se justifica em face de um dano ou perigo ao bem jurídico (tipicidade material).

Expoente da perspectiva funcionalista, Roxin foi, na segunda metade do século XX, um dos responsáveis por recolocar a figura do bem jurídico no centro dos debates dogmático-penais. Superou-se, com grande contribuição sua, o modelo finalista, que orientava o direito penal pela perspectiva do desvalor de ação, como ordem jurídica protetora “dos valores elementares de consciência, de caráter ético-social”⁷⁸. Para Roxin, a finalidade do Direito Penal deve ser a de evitar lesões a bens jurídicos⁷⁹, definidos como “dados ou finalidades necessários para o livre desenvolvimento do indivíduo, para a realização de seus direitos fundamentais ou para o funcionamento de um sistema estatal baseado nessas finalidades”⁸⁰. A limitação imposta pelo conceito de bem jurídico possui função contra majoritária⁸¹, resguardando condições fundamentais a todo cidadão, em flagrante oposição às definições de dano baseada na satisfação e proteção dos valores da maioria.

De acordo com Roxin, o critério de lesão a um interesse “não é um objeto adequado de penalização, porque não é o interesse, e sim o bem a que o interesse se dirige que pode ser lesionado”⁸². Nesse sentido, interesses, assim como os

⁷⁷ BUSATO, Paulo. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 388.

⁷⁸ WELZEL, Hans. **Derecho Penal Aleman**. 4ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 5. O próprio conceito de bem jurídico presente em Welzel, como “todo estado social desejável”, foge à acepção do bem de proteção como objeto de dano ou perigo, mediante desvalor de resultado. Na mesma esteira, a advertência de Welzel, segundo a qual os bens jurídicos, somados, constituem a ordem social, e não um amontoado atomizado.

⁷⁹ ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. **Revista dos Tribunais**, vol. 922/2012, p. 291/322, Ago. 2012, p. 293.

⁸⁰ ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 47.

⁸¹ ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. **Revista dos Tribunais**, vol. 922/2012, p. 291/322, Ago. 2012, p. 302.

⁸² ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 63.

direitos e suas correlatas pretensões, não são menoscabados, havendo inúmeras condutas que acabam por frustrar as ambições de outrem, mas, mesmo assim, não podem ser objetos de coerção estatal⁸³. Resta, assim, descartada a última definição de lesão que nos é dada, no âmbito da tradição norte-americana, por Joel Feinberg.

Ante as limitações do princípio liberal do dano, pode-se dizer que o bem jurídico se apresenta como a melhor opção para definir o objeto de proteção. Sua teoria, contudo e por sorte, não é à prova de críticas, o que a torna mutável e capaz de acompanhar o desenvolvimento de uma sociedade democrática e aberta.

Luís Greco – para quem bens jurídicos seriam “*dados fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social, nos limites de uma ordem constitucional*”⁸⁴ – aponta o que considera os dois principais argumentos contra a teoria do bem jurídico: (i) o problema da definição – segundo o qual a noção de bem jurídico é indefinida e demasiadamente abstrata para que cumpra com seus fins propostos⁸⁵ – e (ii) o problema da fundamentação ou da democracia – que coloca em cheque a tentativa de limitar os poderes do legislador democraticamente eleito a partir da ideia de bem jurídico⁸⁶.

De fato, de nada adianta a construção de um princípio de lesividade ao bem jurídico como fator de limitação do exercício do poder punitivo, se os contornos do bem, enquanto objeto de referência, não são visíveis. Quanto ao segundo ponto, é possível sustentar que a preservação da democracia ocorre à medida que os bens de proteção encontrem respaldo na ordem constitucional, uma vez que esta é constituída por vontade popular. Noutros termos: nas ordens jurídico-constitucionais democráticas, os controles de constitucionalidade promovem naturalmente o encontro entre regras de incriminação e bens jurídicos valiosos.

De fato, os controles de constitucionalidade, quando resultam positivos, imantam as normas incriminadoras de certo norte deontológico, capaz de

⁸³ HOLTUG, Nils. The Harm Principle. **Ethical Theory and Moral Practice**, vol. 05, p. 357-389, Dez. 2002, p. 374-375.

⁸⁴ GRECO, Luís. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2011, p. 89, itálico original.

⁸⁵ Inconsistência também apontada pela doutrina da *common law*: “Para realizar sua função crítica básica, o conceito de bem jurídico deve ser definido com razoável clareza e imbuído de um caráter normativo. Há muito menos consenso na literatura alemã sobre esses dois pontos, porém, do que em relação ao compromisso geral com o conceito abstrato de *Rechtsgut*” (DUBBER, Markus D. Theories of Crime and Punishment in German Criminal Law. **American Journal of Comparative Law**, Vol. 53, 2006, p. 684; **Buffalo Legal Studies Research Paper Series**, nº. 2005-02, p. 04, tradução livre).

⁸⁶ GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§173 *Strafgesetzbuch*). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 82, jan.-fev., 2010, p. 169-170.

transcender meras pretensões consequencialistas. Isto importa para neutralizar os riscos para o liberalismo jurídico-penal, derivados de deixar o direito penal orientar-se por puros utilitarismos, “entregue tanto às contingências das ciências empíricas e do senso comum, como também à prerrogativa de avaliação do legislador”⁸⁷.

Sem embargo, segundo Greco, o argumento de que um comportamento não pode ser punido quando não afeta um bem jurídico, também possui caráter consequencialista⁸⁸. Esta lógica – sustenta – deve ser substituída por considerações deontológicas, preenchidas pelo núcleo da autonomia dos cidadãos e seu “direito de viver segundo seu próprio plano de vida e sua própria ideia de uma ‘boa vida’”⁸⁹. Ora, este é exatamente o impacto do princípio da dignidade humana, como autopertencimento, no plano de constituição das metas de proteção penal, de um lado, e dos limites de sua intervenção, de outro.

Na mesma linha, Roxin sugere que a penalização de comportamentos que não lesionam bens jurídicos encontra obstáculo em garantias constitucionais duras, correspondentes ao *núcleo duro da vida privada*. Pondera que essa racionalidade reforça a importância da teoria do bem jurídico: afirmar que uma conduta pertence a um núcleo intangível por ingerências estatais significa dizer que tal comportamento não enseja lesão a bens jurídicos alheios⁹⁰.

Outros autores, baseados em teorias constitucionalistas, buscam “vincular a intervenção penal aos ataques contra os chamados Direitos fundamentais da pessoa”⁹¹. A crítica contra eles formulada, no sentido de que a Constituição e os direitos fundamentais nela previstos servem somente à organização da ordem política e à fixação de parâmetros à relação entre cidadãos e Estado, ao passo em que o bem jurídico gera efeitos também nas relações concretas entre particulares, baseia-se em uma dicotomia rígida e desarrazoada entre direito público e privado.

As teorias constitucionalistas configuram perspectivas valiosas, visto que os denominados direitos fundamentais possuem eficácia vertical e horizontal, irradiando pelo ordenamento jurídico infraconstitucional e atingindo inclusive relações privadas.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 174.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 175.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 178.

⁹⁰ ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. **Revista dos Tribunais**, vol. 922/2012, p. 291/322, Ago. 2012, p. 307-308.

⁹¹ BUSATO, Paulo. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 361.

O reconhecimento da oponibilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas deu-se em 1958, na Alemanha, através do Caso Lüth⁹².

No Brasil, a teoria da eficácia horizontal direta e imediata dos direitos fundamentais sobre as relações jurídicas particulares encontra aceitação⁹³. Entende-se, com Sarmento, que “os perigos que espreitam os direitos fundamentais no mundo contemporâneo não provêm apenas do Estado, mas também dos poderes sociais e de terceiros em geral”⁹⁴, ou que o Estado protege particulares de ataques do próprio estado, de outros particulares e, mesmo, de outros estados⁹⁵, conforme Ingo Sarlet. Incluem-se no espectro de proteção, também, os direitos fundamentais de particulares violados nas relações que nutrem com pessoas jurídicas de direito privado, como a tutela da saúde do consumidor, do meio ambiente, etc.

Este olhar tem desempenhado importante tarefa dentro do direito penal, mediante a sistemática proclamação do princípio da vedação de proteção deficiente da vítima⁹⁶. No plano internacional normativo, convenções que versam sobre matéria

⁹² STRECK, Maria Luíza Schäfer. **Direito Penal e Constituição: a face oculta dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 81. Trata-se de caso em que o cidadão alemão Erich Lüth, de origem judaica, boicotou no pós-guerra filme dirigido pelo cineasta Veit Harlan, o qual colaborara na propaganda do regime nazista. Lüth organizou uma campanha, no país, para que as pessoas não acorressem aos cinemas. Condenado a indenizar o diretor e a produtora, Lüth foi à Corte Constitucional, alegando ter-se valido do direito fundamental de liberdade de opinião, obtendo guarida.

⁹³ No campo extrapenal, veja-se o precedente do STF: “EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. [...] A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. [...] IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. (RE 201819, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821)

⁹⁴ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 245.

⁹⁵ SARLET, Ingo. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 190.

⁹⁶ STRECK, Maria Luíza Schäfer. **Direito Penal e Constituição: a face oculta dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 96 e ss., anota que a Corte Constitucional alemã enunciou-o, em matéria criminal, no ano de 1975, ao declarar inconstitucional a lei que descriminalizava, condicionalmente, o aborto. Em 1993, a questão voltou à Corte, por força da unificação dos direitos positivados nas Alemanhas Ocidental e Oriental (RDA). Desta feita, sem

criminal impõem aos Estados signatários a criação de tipos para a tutela de determinados interesses. Por exemplo, a Convenção nº 29, da OIT, em sua cláusula 25, determina a criação de tipos penais para punição de trabalhos forçados ou obrigatórios impostos entre particulares (que se encaixam em modais de redução a condição análoga à de escravo), ao passo em que a Convenção de Palermo, na cláusula 5ª, impõe a criminalização de organizações criminosas, praticantes de delitos que, em regra, acometem particulares.

Já na perspectiva jurisdicional internacional, inúmeros julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos reconhecem que eles são ofensíveis em relações privadas, impondo a obrigação estatal de investigar, perseguir, julgar e condenar os responsáveis. Casos célebres envolvem a proclamação da atuação deficiente do Estado brasileiro, na proteção da vítima: Caso Sétimo Garibaldi, Caso Fazenda Brasil Verde, Caso Ximenes Lopes. O primeiro e o terceiro correspondem à impunidade de homicídios; já o segundo, à redução a condição análoga à de escravo. No ambiente da Corte Europeia de Direitos Humanos, a condenação da França no Caso Siliadin seguiu a mesma linha, obrigando o país a criar um tipo penal voltado a coibir as práticas de escravidão moderna.

No horizonte interno, há também manifestações, nos planos normativo e jurisdicional, da adoção de um princípio de vedação de proteção deficiente de bens jurídicos de vítimas, através do Estado, contra ataques de particulares, estejam estes em posição vertical em relação à vítima (casos de assédio moral ou sexual, por exemplo), ou posição horizontal (agressões em que não existe, de partida, uma posição de império ou poder de um particular sobre outro). O exemplo legislativo mais importante, até porque resultante de recomendação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, é a Lei Maria da Penha. No âmbito jurisdicional, são inúmeros os precedentes⁹⁷. Aqui, a título de exemplo, cita-se a

contrariar os fundamentos anteriores, o aborto até a décima segunda semana, mediante prévia passagem da gestante por junta estatal de aconselhamento, foi considerado constitucional. O argumento central foi a maior capacidade da junta de evitar abortos do que a ameaça penal.

⁹⁷ Precedente pioneiro, nesta linha, foi o STF RE 418.376, Pleno, Relator para o voto vencedor o Min. JOAQUIM BARBOSA, julg. 09.02.2006. A defesa pretendia a extinção da punibilidade de réu condenado por estupro com presunção de violência, praticado em face de criança de 9 anos. O convívio marital foi invocado em analogia *in bonam partem* ao casamento, na forma do revogado artigo 107, VII, CP, cuja letra previa a extinção da punibilidade, em delitos sexuais, pelo casamento do autor com a vítima. O C. STF repeliu a tese, tendo o voto do Min. Gilmar Mendes verberado a base teórica da vedação de proteção deficiente, ao acompanhar a divergência em relação ao Relator originário, Min. Marco Aurélio. Comentando-o, STRECK, Maria Luíza Schäfer. Direito Penal e Constituição: a face oculta dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp.

decisão do STF, no HC102.087/MG, 2ª T., Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 28.02.2012, que resolveu pela constitucionalidade da criminalização de perigo abstrato do porte ilegal de arma de fogo não municada. A escolha se deve à exposição sistemática, nos fundamentos da decisão, das balizas do princípio da vedação de proteção deficiente de vítimas, enquanto encargo do Estado, através do direito penal. Transcreve-se trecho parcial da ementa:

“[...] 1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. 1.1 Mandatos de constitucionais de criminalização: A Constituição de 1988 contém significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, parágrafo 4º). Em todas essas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas proibições de intervenção (*eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. [...]”

Assim, as garantias constitucionais não vinculam somente órgãos estatais e sua relação com o indivíduo, mas também particulares e pessoas jurídicas de direito privado, em suas relações com outros particulares⁹⁸. O Estado se mostra sob a dupla feição de inimigo e, ao mesmo tempo, guardião de direitos fundamentais, mostrando sua autêntica gênese liberal, em que individualismo e estatismo avançam juntos⁹⁹. Quanto à primeira, deve ser contido, mediante princípios de vedação de excesso; pela segunda, não pode ser omissivo, pela vedação de proteção deficiente.

Entretanto, ainda que sirva de base à fundamentação e interpretação de normas protetoras de bens jurídicos, a Constituição não pode ser enxergada como uma referência absoluta à salvaguarda desses bens. Por tratar de garantias

107 e ss.. Ainda, sugere-se a leitura do voto do Min. Gilmar Mendes no precedente STF-ADI 3.510, Pleno, Rel. Min. CARLOS BRITTO, julg. 29.05.08, bem como do julgado STF HC 122.694/SP, Pleno, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, julg. 10.12.2014, que repeliu a inconstitucionalidade, arguida pela DPU, da alteração trazida pela Lei 12.234/ 2010. Trata-se da *novatio legis in pejus* que eliminou a possibilidade da prescrição retroativa entre a data do fato e o recebimento da denúncia.

⁹⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes [et al.]. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 224.

⁹⁹ Em um processo de mútua sustentação, o Estado liberal é legitimado pelo indivíduo através do contrato social, mas também é quem cria o indivíduo ao fornecer as condições para a expansão de suas liberdades (DENEEN, Patrick J. **Porque está a falhar o liberalismo?** Lisboa: Gradiva Publicações S.A., 2018, p. 58), sendo a lei da liberdade, ao mesmo tempo, a lei da coerção (DOUZINAS, Costa. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 106).

consideradas fundamentais, seu processo legislativo de reforma é rígido e conta com uma série de barreiras, razão pela qual a legislação ordinária e, até mesmo, a hermenêutica dogmática e jurisprudencial, podem servir melhor às pretensões sociais de ampliação de liberdades formais¹⁰⁰ e proteção de novos bens, não albergados expressamente pelo texto constitucional. Nem todo bem jurídico deverá estar expressamente previsto na Constituição e nem todo bem constitucionalmente previsto deverá ser objeto de proteção penal. Nesse sentido, “não basta que exista um bem jurídico para estar justificada a interferência penal, mas ela não pode estar justificada senão guardando referência a um bem jurídico”¹⁰¹.

Ambas as perspectivas críticas apresentadas – vinculadas, respectivamente, (i) ao núcleo duro da vida privada, preenchido pela autonomia, e (ii) à salvaguarda de direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição – dão margem a diversas discussões. O que se pretende aqui, entretanto, é verificar se as soluções propostas para a limitação da atividade incriminadora estão sendo buscadas, desnecessariamente, para além da conjunção entre o princípio liberal do dano (*harm principle*) e a teoria do bem jurídico.

1.3 O CONCEITO DE BEM JURÍDICO COMO RELAÇÃO DE DISPONIBILIDADE.

Bens jurídicos são mais do que idealizações valorativas. Tampouco constituem meros objetos ou fatos. Conforme ressalta Vives Antón, “a doutrina majoritária fala do bem jurídico em termos de objeto, como se fosse um *objeto ideal* (o objeto de proteção), delimitado pelo tipo abstrato, ao que se contrapõe, com um *status* ontológico análogo, o *objeto material* sobre o qual recai a ação delitativa concreta”¹⁰². Perspectivas que define o bem jurídico como uma entidade ideal¹⁰³ são indesejáveis,

¹⁰⁰ As liberdades formais, contrapostas e complementares às liberdades materiais/substantivas, correspondem às previsões legais/normativas que visam garantir as demais liberdades. Assim, proíbem interferências injustificadas sobre liberdades alheias (prezando pelas liberdades negativas) ou permitem e incentivam certas práticas, respaldando a validade das tomadas de decisão a partir de requisitos formais (prezando pelas liberdades positivas) e visando criar circunstâncias para a autorrealização individual (prezando pelas liberdades materiais/substantivas).

¹⁰¹ BUSATO, Paulo. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 369.

¹⁰² VIVES ANTÓN, Tomás. **Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 827.

¹⁰³ O conceito metodológico de bem jurídico sugerido por Edmund Mezger serve de exemplo, neste caso. O autor distingue o bem jurídico do objeto da ação, afirmando ser aquele uma *figura ideológica* ou *valoração objetiva*, útil à correta interpretação dos tipos penais (MEZGER, Edmund. **Derecho Penal: parte general**. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, p. 155-159).

pois “aumentam as possibilidades de que se postulem bens jurídicos *à la volonté*, para legitimar qualquer norma que se deseje”¹⁰⁴.

A supervalorização da dimensão objetiva gera uma tendência interventiva na postura jurídica do Estado, o que reforça a importância do *harm principle* para evitar a proibição de comportamentos não lesivos ou somente lesivos aos interesses daquele que os praticou ou consentiu com a prática do ato lesivo. A depender do conceito de bem jurídico adotado, não fica claro que o caráter heterônomo da lesão é imprescindível à legitimidade da criminalização¹⁰⁵. Nesse sentido, o *harm principle* “pode fornecer exatamente a dimensão crítica que o conceito de bem jurídico requer, a fim de evitar apenas descrever o que está no direito (criminal) positivo”¹⁰⁶.

Conforme já se verificou na seara econômica, recursos e bens primários “não equalizam as liberdades substantivas desfrutadas por diferentes pessoas, uma vez que pode haver variações significativas na *conversão* de recursos e bens primários em liberdades”¹⁰⁷. A noção de liberdade substantiva¹⁰⁸ remete a “um conjunto de

¹⁰⁴ GRECO, Luís. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 88.

¹⁰⁵ “Há pelo menos uma grande diferença que precisa ser enfatizada nesse ponto. Trata-se da falta do ‘de outro’ na definição acima de ‘bem jurídico como um ‘interesse legalmente protegido’’. Embora o ‘outro’ (em oposição ao ‘próprio’, por exemplo) seja crucial na definição do princípio liberal do dano, não parece ser um elemento necessário da definição de um bem jurídico. *Rechtsgutstheorie* em si, portanto, não impede que o paternalismo jurídico seja incluído na esfera de proteção legal” (PERŠAK, Nina. **Criminalising harmful conduct: the harm principle, its limits and continental counterparts**. New York: Springer, 2007, p. 105-106, tradução livre).

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 118. No mesmo sentido, Markus Dubber aponta que “o problema com o conceito de *Rechtsgut* como uma ferramenta para a análise crítica do direito é que, ao menos em sua forma atual, não possui capacidade crítica alguma” (DUBBER, Markus D. Policing morality: constitutional law and the criminalization of incest. **University of Toronto Law Journal**, v. 61, 2011, p. 745, tradução livre). Entretanto, o autor não vê no *harm principle* o potencial crítico faltante à teoria do bem jurídico, afirmando que ambas as propostas se assemelham em inconsistência e relevância constitucional questionável, carências que somente poderiam ser supridas pelo princípio fundamental da autonomia ou autogoverno (*Ibidem*, p. 748-749; DUBBER, Markus D. Toward a Constitutional Law of Crime and Punishment. **Hastings Law Journal**, vol. 55, 2004, p. 72-75).

¹⁰⁷ SEN, Amartya. Equality of what?; Freedom, achievement and resources. In: **Inequality reexamined**. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 33, itálico original, tradução livre.

¹⁰⁸ A liberdade material/substantiva demanda as condições materiais e culturais que tornam possível o efetivo exercício da independência individual e autonomia subjetiva. Subdivide-se em “liberdade de bem-estar” e “liberdade de agência”. A primeira diz respeito à capacidade que alguém possui de angariar e usufruir de bens primários, enfatizando o benefício garantido ao sujeito, visto como mero beneficiário passivo. A segunda, por sua vez, refere-se àquilo que alguém é livre para fazer e obter, quaisquer que sejam seus objetivos e valores, enaltecendo a liberdade ao invés daquilo que através dela se aufere e primando pela liberdade de escolha e pela criação de “uma gama de oportunidades, ou liberdades substanciais, que a pessoa então poderá levar a cabo ou não” (SEN, Amartya. Agency and Freedom: The Dewey Lectures 1984. **The Journal of Philosophy**, Vol. 82, No. 4, (Apr. 1985), p. 203; NUSSBAUM, Martha C. **Creating capabilities: the human development approach**. Massachusetts: Harvard University Press, 2011, p. 18). Intimamente relacionada à liberdade positiva, a liberdade de agência é deveras relevante, sobretudo pelo fato de que caso se deseje promover a capacidade do indivíduo de perseguir seus próprios objetivos, torna-se necessário “considerar não apenas os bens primários que as pessoas detêm, mas também as características pessoais relevantes

(normalmente interrelacionadas) oportunidades de escolher e agir¹⁰⁹, razão pela qual demandam a presença de liberdade positiva¹¹⁰, diretamente relacionada à autonomia do sujeito e às condições que permitam a ação responsável.

Uma abordagem do princípio liberal do dano, aliada à preservação de liberdades substantivas, em detrimento da mera preservação de recursos ou objetos socialmente valiosos, pode ser formulada da seguinte maneira: “O Estado deve intervir na vida de um indivíduo contra sua vontade somente se for prevenir (ou reduzir a probabilidade de) que as perspectivas das pessoas sejam diminuídas”¹¹¹. O dano é verificado quando um agente provocar a diminuição das perspectivas de outrem, reduzindo-lhe as condições e possibilidades de agir e minando sua capacidade de disposição de recursos essenciais à concretização de seus fins socialmente aceitáveis.

Nesse sentido, em um Estado de Direito democrático e plural, no qual o legislador tem de se orientar pela premissa da liberdade como autonomia, bens jurídicos devem corresponder a “elementos objetivos constitutivos da liberdade externa dos sujeitos de direito, entendida como meio para a autonomia, determinados materialmente e reconhecidos penalmente (ou seja, garantidos por meio da ameaça da pena); liberdade que de modo permanente e ativo se constitui através da prática do mútuo reconhecimento”¹¹². A solução não deve se dar a partir de referenciais externos à ideia de bem jurídico – como se ela, a despeito de seu papel nuclear no sistema penal, fosse incapaz de proporcionar um limite adequado, tanto ao Direito Penal, quanto às condutas lesivas praticadas por outros particulares –, mas por meio da incorporação de elementos fundantes das sociedades liberais, como a autonomia e autodeterminação, a ela.

que governam a conversão de bens primários na habilidade da pessoa de promover seus fins” (SEN, Amartya. **Development as freedom**. New York: Mark Stein, 1999, p. 74).

¹⁰⁹ NUSSBAUM, Martha C. **Creating capabilities: the human development approach**. Massachusetts: Harvard University Press, 2011, p. 20.

¹¹⁰ Conforme já explicitado na segunda nota de rodapé do texto, trata-se do “desejo, por parte do indivíduo, de ser seu próprio mestre” (BERLIN, Isaiah. Two concepts of liberty. In: BERLIN, Isaiah. **The Proper Study of Mankind: an anthology of essays**. London: Chatto & Windus, 1997, p. 195, tradução livre).

¹¹¹ HOLTUG, Nils. The Harm Principle. **Ethical Theory and Moral Practice**, vol. 05, p. 357-389, Dez. 2002, p. 384, tradução própria.

¹¹² KAHLO, Michael. Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva em derecho penal. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). **La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 58, itálico original, tradução livre.

A teoria do bem jurídico encontra, assim, sua melhor construção na concepção de bem jurídico como a “*relação de disponibilidade de um sujeito com um objeto*”¹¹³ – devendo-se evitar a formulação que insere o termo *pessoa* no lugar de *sujeito*. Afinal, pessoas são *responsáveis*, porquanto destinatárias não só de direitos, mas também de deveres, todos construídos comunicativamente¹¹⁴. Seres ainda inexistentes, neste contexto, não podem ser pessoas, como os destinatários de proteção nas hipóteses de aborto¹¹⁵ (nascituro) e de determinados delitos ambientais (gerações futuras)¹¹⁶.

Ainda que comumente os bens jurídicos sejam referidos como homônimos dos objetos (vida, patrimônio, etc.), “sua essência consiste na relação de disponibilidade do sujeito com estes objetos e não nos objetos em si mesmos”¹¹⁷, razão pela qual a liberdade passa a perpassar todos os bens jurídicos penalmente tutelados. O chamamento da vítima ao conceito de bem jurídico recebe elogios de Günther Jakobs, para quem somente assim se encontra o aspecto mais valioso do bem jurídico, entendido como “a possibilidade de que uma pessoa realize seus interesses [...] consistente no uso e desfrute de uma situação valorada positivamente”¹¹⁸.

O aspecto relacional da categoria, entendida como “uma relação considerada positiva, valiosa, como um bem, um algo, ou seja, entre uma realidade e um

¹¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho Penal: Parte General**. Buenos Aires: EDIAR, 2000, p. 466, tradução livre. O autor busca embasamento na obra de Peter Sina: SINA, Peter. **Die Dogmengeschichte des strafrechtliche Begriff “Rechtsgut”**. Basel: 1962.

¹¹⁴ JAKOBS, Günther. Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica. In **El problema de la libertad de acción en el derecho penal**. Buenos Aires: Ad-hoc, 2007, pp 149 e 157. Nesta perspectiva, pessoa é sistema de imputação, na sua relação com outras pessoas, enquanto destinatária do dever de mostrar-se fiel à norma. Tal noção não se confunde com o indivíduo, enquanto estrutura psicofísica.

¹¹⁵ “[...] por um lado, a vida do embrião não é disponível por qualquer motivo, mas, por outro, ela se mostra passível de uma ponderação com outros valores jurídicos de alta hierarquia. [...] se a vida daquele que nasceu é o valor mais elevado do ordenamento jurídico, não se pode negar à vida em formação qualquer proteção” (ROXIN, Claus. **A Tutela Penal da Vida**. São Paulo: Damásio de Jesus, 2003, p. 16-17).

¹¹⁶ “[...] los beneficios de las generaciones presentes no pueden invocarse para depredar el planeta en detrimento de la conservación de la especie humana y la calidad de vida de los humanos del futuro, lo que obliga a rechazar una vez más la tesis personalista estricta, y a reconocer que los humanos aún no existentes son también sujetos de bienes jurídicos” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho Penal: Parte General**. Buenos Aires: EDIAR, 2000, p. 471). De toda sorte, a conservação da qualidade de vida futura e de novos seres humanos revela uma concepção moderadamente antropocêntrica do meio ambiente, enquanto bem jurídico.

¹¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho Penal: Parte General**. Buenos Aires: EDIAR, 2000, p. 466, tradução livre.

¹¹⁸ JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación**. Madrid: 1995, p. 51-52, tradução livre. Não obstante a reconheça como o conceito aparentemente mais adequado de bem jurídico, o autor afirma que, assim como todos os demais conceitos, este não ajuda a definir quais funções ou interesses devem ser reconhecidos como juridicamente legítimos.

sujeito”¹¹⁹, permite situar, num dos polos, variegado leque de sujeitos. Assim, há relações de disponibilidade, tuteladas pelo direito penal, tanto de sujeito individualmente considerado, como concebidos em caráter supraindividual¹²⁰. Relações de disponibilidade de sujeitos com dados objetos, em caráter individual homogêneo, coletivo ou difuso – evocado o catálogo em parte consagrado em regras constitucionais, como o artigo 127, em parte no âmbito infraconstitucional, como na referência do artigo 81, parágrafo único, CDC – compõem predominantemente o rol de metas de proteção do direito penal econômico e ambiental. Ainda, podem ser tuteladas relações em que o polo subjetivo seja preenchido por pessoas jurídicas, inclusive o Estado – este, desde que nutra relação de disponibilidade com um objeto que, ao fim e ao cabo, sirva à tutela mediata dos cidadãos em geral.

Como relação de disponibilidade entre sujeitos e objetos, o conceito de bem jurídico não se confunde com a noção de direito subjetivo, adotada por Feuerbach. Mais: é-lhe transcendente, “na medida em que sob o âmbito de proteção do Direito penal deverão ser incluídas instituições do Estado e da sociedade, enquanto entidades orientadas à liberdade, merecedoras e necessitadas de proteção”¹²¹. Conforme aponta Roxin – em uma passagem na qual se aproxima da ideia de bem jurídico como relação de disponibilidade –, o ladrão não altera o direito de propriedade da vítima, mas “pode lesionar o poder fático de disposição sobre a coisa e, com isso, o bem jurídico real que se materializa na propriedade”¹²². O autor não o diz, mas a propriedade protegida consiste na relação de disposição que a constitui.

A distinção pode ficar mais clara a partir da diferenciação entre pretensões jurídicas subjetivas, direitos subjetivos e possibilidades de disposição do titular do bem jurídico. Na medida em que se define o bem jurídico como relação de disponibilidade entre sujeito e objeto, surge uma necessária distinção entre as pretensões nutridas pelo titular dessa relação quanto ao objeto com o qual se relaciona (internas ao bem jurídico) e as pretensões jurídicas subjetivas, garantidas por um direito subjetivo (externas ao bem jurídico). Pretensões jurídicas subjetivas

¹¹⁹ MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. Harm principle e seus reflexos no Direito Penal: um leitura a partir de Joel Feinberg. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 115/2015, p. 255-289, jul-ago/2015, p. 270.

¹²⁰ Os bens jurídicos supraindividuais serão analisados à frente, no item 1.4.

¹²¹ KAHLO, Michael. Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en derecho penal. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). **La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 58 (tradução livre).

¹²² ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 62.

levam ao exercício concreto dos direitos subjetivos, exigindo-se o atendimento de uma obrigação normativamente imposta a um agente ou reclamando-se a proteção ou reparação de um dano causado ao objeto correspondente ao direito. Esse objeto (do direito subjetivo) é o bem jurídico, resguardado, pela norma, ao titular da pretensão subjetiva. Assim, quando há lesão a um bem jurídico, a relação de disponibilidade entre sujeito e objeto resta negativamente afetada, pois há a interferência de um agente externo não autorizado prejudicando a capacidade de disposição do titular legítimo da relação; ao mesmo tempo, o direito subjetivo permanece íntegro, permitindo que o titular se valha de suas pretensões jurídicas subjetivas para reclamar as consequências normativas ao agente delituoso.

O bem jurídico, como relação de disponibilidade, não permite formular a ideia de bens jurídicos indisponíveis¹²³, pois, ao se reconhecer a indisponibilidade de um bem jurídico, separa-se o inseparável (o sujeito do objeto), criando-se um direito com referência pura ao objeto. Sem alusão à vontade de seu titular, a formulação carece de sentido e torna o sujeito titular da relação um mero obrigado sujeitoado.

Por outra via, se o bem é a relação de disponibilidade, não há bem indisponível. Formas de disponibilidade do agente com sua vida, colocando-a em risco, como em competições automobilísticas (em que o agente, para além da dele, coloca validamente a vida de outros em perigo, desde adversários até espectadores, passando por fiscais de pista, membros de equipes rivais, todos a consentirem validamente com a exposição a risco), diversões radicais como tirolesas ou *bungee jumping* e, no extremo, a tentativa de suicídio, não são coibidas. Daí se percebe a

¹²³ A distinção, aqui rechaçada, entre direitos/bens jurídicos disponíveis e indisponíveis é sustentada por parcela relevante da doutrina, como: ARRUDA, Talita da Fonseca. RODRIGUES, Giselly Campelo. Consentimento do ofendido: breves considerações de dogmática penal e suas consequências na relação jurídica médico-paciente. **Revista de Ciências Penais**, vol. 14/2011, jan-jun/2011, p. 63-105; BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 514-516; COSTA, Lucas Gabriel Santos. **A conduta típica e o comportamento da vítima no Direito Penal: a intervenção da vítima no fato criminoso**. 333f. Salvador, 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, p. 171, 174 e 303; COSTA, Lucas Gabriel Santos. **Heterocolocação em perigo consentida em condutas imprudentes de trânsito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 144-145; GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. Vítima, consentimento e imputação objetiva. **Revista de Ciências Penais**, vol. 01/2014, jul-dez/2014, p. 185-197; HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 157-158; MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo Jurídico-Penal: limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais**. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 209/213; MINAHIM, Maria Auxiliadora. O consentimento do ofendido em face de bens jurídicos indisponíveis. **Revista de ciências jurídicas**, n. 6, v. 1, jan/jun. 2008, p. 217-235; MIRANDA, Marine Carrière. **Reflexos da vítima dogmática no consentimento em Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 91-96.

incorreção do multirrepetido mantra de que a vida é bem jurídico indisponível. Estes casos são exemplos de campos de disponibilidade da vida juridicamente válidos.

Sem embargo, o que pode ocorrer é o estreitamento de determinados âmbitos de disponibilidade, por motivos vários: um sujeito específico não ser reconhecido como titular ou único titular da relação de disponibilidade; o sujeito titular estar com turbação da capacidade, em abstrato ou concreto (erros e coações, notadamente); a magnitude do objeto constante num dos polos da relação demandar restrições de disposição¹²⁴, etc. Assim, quando se está diante de um sujeito sem autonomia e, portanto, irresponsável, é que se pode concluir por sua impossibilidade de consentir quanto a lesões, enquanto integrante da relação sujeito/objeto que caracteriza o bem jurídico. Nestes casos, intervenções serão válidas, desde que fundadas na expectativa de que o destinatário da medida, caso “não estivesse em estado de vulnerabilidade, não aceitaria a lesão ao seu bem jurídico”¹²⁵, e/ou de que o bem jurídico tutelado seja fundamental à preservação da autonomia futura do sujeito.

Nos termos aqui apresentados, o princípio do dano e o bem jurídico se aproximam a ponto de perderem o sentido afirmações como: “para a doutrina tradicional o Direito penal tem como finalidade a proteção de bens jurídicos; para o *harm principle*, a evitação de danos a terceiros”¹²⁶. Enquanto relação de disponibilidade, a noção de bem jurídico pressupõe a heteronomia da conduta lesiva, de modo que sua proteção se dá, necessariamente, no intuito de evitar danos a terceiros não anuentes.

A análise da legitimidade de uma norma penal, assim, deve levar em conta o que se pretende proteger (o bem jurídico), quem será o protegido (o titular do bem, portanto) e contra o que deve ser protegido (identificando de maneira precisa a conduta do agente criminoso que cria risco proibido ao bem jurídico). O que se

¹²⁴ Tratando-se da relação do sujeito com a própria vida, frequentemente não se admite que a disposição se dê mediante uma conduta lesiva praticada por um terceiro, ainda que consentida. Isso se dá, não em virtude da suposta indisponibilidade do bem jurídico que, como já se verificou, constitui uma formulação sem sentido, mas do “perigo abstrato de que o pedido de morte possa não ser maduro” (JAKOBS, Günther. **Suicídio, eutanásia e direito penal**. Barueri: Manole, 2003, p. 47). Faz-se uma análise da magnitude do objeto da relação, conjugada ao risco de que os requisitos de exercício autônomo da disponibilidade não estejam presentes e à (ir)reversibilidade da decisão, restringindo-se as possibilidades de disposição. O tema será retomado à frente, no item 2.2.1.1.

¹²⁵ MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo Jurídico-Penal: limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais**. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 223.

¹²⁶ WITTIG, Petra. Teoría del bien jurídico, *harm principle* y delimitación de ámbitos de responsabilidad. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). **La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 342, tradução livre.

busca através do conceito de bem jurídico é a realização da liberdade da pessoa enquanto sujeito de direito, permitindo-lhe decidir os rumos de sua vivência.

Incorporar a vítima à noção de bem jurídico, além de reinserí-la nos holofotes da dogmática penal, permite que se reconheça a liberdade e a autonomia do sujeito lesado como elemento padrão constitutivo do *telos* da tipificação penal. Na própria teoria do bem jurídico, é possível encontrar aspectos que ultrapassam o consequencialismo e limitam interferências estatais ilegítimas, a partir de uma referência deontológica inclusiva da vítima e de um direito com ela comprometido.

A vítima, entretanto, conforme já apontado, não é só individual, mas também coletiva. “Os mais graves delitos, na realidade, afetam grandes setores coletivos – meio ambiente, economia, etc. [...] trata-se de um ‘delito de massa’, porque afeta ao menos indiretamente a um número indeterminado de pessoas”¹²⁷, sendo imprescindível refletir sobre as características desses bens supraindividuais, tendo em vista que, atualmente, “preservar a noção de bem jurídico implica aceitar também a existência de bens macrossociais, coletivos e de interesses difusos que, em última instância, são os que permitem o desenvolvimento das pessoas”¹²⁸.

1.4 BENS JURÍDICOS SUPRAINDIVIDUAIS: RELAÇÕES DE DISPONIBILIDADE DIFUSAS, COLETIVAS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEAS.

A temática dos bens jurídicos de titularidade supraindividual provoca inúmeros debates doutrinários, havendo três linhas principais de pensamento: (i) teoria monista-estatal ou monista-coletivista, para a qual todo bem jurídico é um reflexo do interesse do Estado ou da coletividade; (ii) teoria monista-pessoal, cujo ponto partida é os interesses individuais, somente admitindo bens jurídicos coletivos quando reconduzíveis a indivíduos concretos; e (iii) teoria dualista, para as quais podem existir bens jurídicos de titularidade individual e coletiva¹²⁹.

A concepção monista-estatal ou monista-coletivista encontra sua clássica formulação no positivismo legal de Binding, para quem incumbia “exclusivamente à lei a competência para definir – e *hoc sensu* criar – o bem jurídico e identificar as

¹²⁷ GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **As grandes transformações do Direito Penal tradicional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 98.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 97.

¹²⁹ GRECO, Luís. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 85-86.

formas de agressão que reclamam a intervenção do direito penal”¹³⁰. O bem jurídico se origina do juízo de valor do legislador que, representando os interesses da sociedade e do Estado (que aqui se identificam), constitui aquilo que considera valioso ao desenvolvimento da vida comunitária como objeto de proteção¹³¹.

Em virtude de sua tendência autoritária, essa postura, marcada por um exacerbado coletivismo, deve ser rechaçada, evitando-se uma completa funcionalização e instrumentalização do indivíduo pelo Estado, cujos interesses são confundidos com os da coletividade, em um momento histórico no qual a dicotomia entre interesses coletivos primários e secundários ainda não estava estabelecida¹³².

A linha monista-personalista, por seu turno, atribui peso demasiado ao outro lado da gangorra, fazendo com que o interesse individual prepondere sobre o coletivo e estabelecendo que “só é possível identificar um autêntico bem jurídico-penal se ele pode ser traduzido como expressão de um interesse individual”¹³³. A coletividade, nessa perspectiva, não é objeto de proteção do direito penal, não obstante este, desde tempos imemoriais, coíba condutas que afetam bens jurídicos coletivos, como a falsificação de moeda e a corrupção¹³⁴.

Autores que “propõem reservar o conceito de *bem jurídico* para os direitos e garantias individuais do ser humano, excluindo a criminalização (a) da *vontade do poder*, (b) de *papéis sistêmicos*, (c) do *risco abstrato*, (d) ou dos *interesses difusos* característicos de *complexos funcionais* como a economia, a ecologia, o sistema tributário, etc.”¹³⁵, remontam ao direito penal clássico, temendo o que consideram

¹³⁰ COSTA ANDRADE, Manuel da. **Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 65.

¹³¹ FERNÁNDEZ, Gonzalo. **Bien jurídico y sistema del delito: un ensayo de fundamentación dogmática**. Buenos Aires: Editorial B de F Ltda., 2004, p. 17-24.

¹³² “O *interesse coletivo primário* é formado pelo complexo de interesses individuais prevalentes em uma determinada organização jurídica da coletividade, expressão unitária de uma Multiplicidade de interesses coincidentes. Somente este interesse poderá ser considerado como interesse *público*. Ele se difere tanto do interesse de um particular individualmente considerado quanto do interesse do aparato administrativo, que, por sua vez, são ambos *interesses secundários*” (GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 178).

¹³³ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 376.

¹³⁴ GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista brasileira de ciências criminais**, vol. 49, p. 89-147, Jul-Ago., 2004, p. 94.

¹³⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal: parte geral**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 18-19.

uma expansão ilegítima do direito penal contemporâneo e autoproclamando-se promotores da defesa inabalável das liberdades individuais dos cidadãos.

Não se apercebem, entretanto, dos aspectos reacionários de sua própria teoria, comprometida com um modelo de direito penal oitocentista, que visava proteger valores e interesses da burguesia, tipificando condutas que a *classe dominante* não costuma praticar (crimes contra a propriedade) ou o faz sob a *cifra negra* da criminalidade (crimes contra a vida e integridade física)¹³⁶.

A legitimação de normas penais que buscam proteger bens jurídicos supraindividuais constitui um avanço sobre práticas coletivamente lesivas, comumente levadas a cabo através da criminalidade institucionalizada em aparatos organizacionais de poder empresariais ou políticos. Trata-se de uma alteração drástica em relação ao processo de criminalização primária que ocorria nos primórdios do Estado moderno, voltado à proteção de bens jurídicos individuais (com ênfase à propriedade) e, assim, operacionalizado, sobretudo, contra pessoas menos favorecidas. O modelo de tutela exclusivamente individual deixa uma lacuna no ordenamento jurídico – insuficientemente preenchida pelas normativas civis e administrativas – quanto aos ilícitos típicos das elites sociais. Ao negligenciar a proteção de interesses que não se amoldam à matriz liberal-individualista, enseja “a necessidade de um sistema que admita, por um lado, a *tutela de direitos coletivos* e, de outro, a *tutela coletiva de direitos*”¹³⁷, valendo-se, inclusive, do Direito Penal – não se olvida, aqui, da já apontada distinção entre direito subjetivo e bem jurídico (vide item 1.3); porém, é comum autores de outros ramos do direito (constitucional, administrativo e civil) se referirem à *tutela de direitos* de maneira ampla, englobando não somente a proteção de bens, mas também a assecuração da possibilidade de os cidadãos exercerem suas pretensões subjetivas e as verem satisfeitas.

O reconhecimento de que, “nas sociedades complexas atuais, há vários contextos dignos de intervenção penal – porque essenciais ao desenvolvimento humano – que já não podem ser identificados meramente a partir de bens jurídicos individuais corporificados”¹³⁸, obrigou adeptos do monismo-pessoal a relativizar a rigidez inicial da teoria. Passaram, assim, a admitir bens jurídicos da coletividade,

¹³⁶ HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. **Revista brasileira de ciências criminais**, vol. 87, p. 103-120, nov-dez, 2009.

¹³⁷ HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 14, n. 14, Curitiba, p. 618-688, jul./dez., 2013, p. 660.

¹³⁸ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 373.

desde que, em última análise, servissem às condições de vida dos indivíduos¹³⁹, em uma autêntica (ainda que não admitida) concessão à teoria dualista.

Parte da resistência em admitir a existência de bens jurídicos supraindividuais parece devida à dificuldade de compreender que as noções de interesse público e interesse individual não são ontologicamente distintas, “pois a ideia de *interesse* em si acaba sempre por desaguar em uma ou em várias pessoas concretas”¹⁴⁰. O que determina se uma conduta lesiva agride um bem jurídico individual ou coletivo *lato sensu* é o fato de a relação de disponibilidade ser titularizada, respectivamente, por um indivíduo ou por uma coletividade, algo que é definido a partir (i) da dimensão do direito subjetivo do qual o bem jurídico é objeto, (ii) do modo como determinada sociedade é organizada e (iii) do potencial lesivo da conduta perpetrada.

O bem jurídico envolve pretensões internas, nutridas pelo titular quanto ao objeto com o qual se relaciona, e se encontra envolto por pretensões jurídicas subjetivas externas, garantidas por direitos subjetivos. Caracterizado como uma relação de disponibilidade entre sujeito e objeto, o bem jurídico constitui o objeto do direito subjetivo, que confere pretensões subjetivas ao titular da relação, de exigir prestações dos demais sujeitos de direito, voltadas à realização, promoção, proteção, reparação ou compensação do bem jurídico subjacente.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a teoria do delito “não é senão um *sistema de proteção de direitos humanos convertidos em bens jurídicos*”¹⁴¹, razão pela qual a dogmática dos direitos fundamentais oferece um arcabouço relevante à presente discussão. Um direito fundamental “se apresenta como um conjunto de *pretensões jurídicas* que o ordenamento constitucional assegura aos cidadãos”¹⁴², tantas quantas forem os bens jurídicos a serem através delas reclamados. Todo direito, assim, exhibe simultaneamente titularidades individuais e supraindividuais¹⁴³, que terão por objeto, respectivamente, bens jurídicos individuais ou supraindividuais.

A doutrina dualista se refere aos bens jurídicos supraindividuais como aqueles que servem à generalidade dos cidadãos, atribuindo-lhes as características de inexclusividade ou não exclusividade (ninguém pode ser excluído de seu uso),

¹³⁹ ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 48.

¹⁴⁰ LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 91.

¹⁴¹ FERNÁNDEZ, Gonzalo. **Bien jurídico y sistema del delito: un ensayo de fundamentación dogmática**. Buenos Aires: Editorial B de F Ltda., 2004, p. 153, itálico original, tradução livre.

¹⁴² HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 14, n. 14, Curitiba, p. 618-688, jul./dez., 2013, p. 629.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 647.

irrivalidade do consumo (a fruição dele por alguém, individualmente, não cria obstáculo à fruição por outrem) e não distributividade (impossibilidade de ser dividido em partes)¹⁴⁴. São bens marcados pela ausência de concorrência, ou seja, podem “ser utilizados por diferentes indivíduos da mesma forma e ao mesmo tempo”¹⁴⁵, porém, sobrevindo lesão, toda a coletividade que titulariza o bem restará ofendida¹⁴⁶.

No ordenamento jurídico pátrio, “define-se bem jurídico-penal supraindividual como aquele com o qual pessoas indetermináveis ou de difícil determinação estabelecem, ao mesmo tempo, uma relação de disponibilidade limitada para a satisfação, ainda que indireta, de necessidades humanas essenciais”¹⁴⁷. Entretanto, a partir do sistema de tutela de direitos coletivos, a figura do bem jurídico coletivo (*lato sensu*) ganha contornos ainda mais precisos, diferenciando-se entre bens jurídicos difusos e coletivos *stricto sensu*. Mesmo que ambos sejam indivisíveis, aquele é titularizado por pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato¹⁴⁸ (art. 81, parágrafo único, inc. I, CDC), enquanto este tem por titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (art. 81, parágrafo único, inc. II, CDC).

O direito fundamental à propriedade (art. 5º, *caput* e inc. XXII, CF/88), que tem por objeto o bem jurídico propriedade/patrimônio, serve de primeiro exemplo. O artigo 163, do Código Penal, prevê o crime de dano, descrito pela conduta de “destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia”. Através da imposição de pena, busca-se coibir a afronta à propriedade particular, definida como a relação de disponibilidade entre um indivíduo (bem jurídico individual) ou grupo de indivíduos determinado (bem jurídico coletivo *stricto sensu*) e a coisa danificada.

¹⁴⁴ HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. **Derecho Penal y Criminología**, vol. 25, nº 76, 2004, p. 69-71; HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). **La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 188-189; HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. **Revista brasileira de ciências criminais**, vol. 87, nov-dez, 2009, p. 108.

¹⁴⁵ LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 118.

¹⁴⁶ HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 14, n. 14, Curitiba, p. 618-688, jul./dez., 2013, p. 666.

¹⁴⁷ BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. **Bem jurídico-penal supraindividual: novos e velhos desafios da teoria do bem jurídico**. 243f. Belo Horizonte, 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, p. 137.

¹⁴⁸ A circunstância de fato constitui “um vínculo surgido de uma relação jurídica com a parte contrária, nomeadamente uma pretensão decorrente da responsabilidade por ato ilícito (ambiental, de consumo, etc.)” (LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 115).

O tipo penal mencionado, entretanto, possui uma modalidade qualificada que se caracteriza pelo cometimento da conduta descrita no *caput* “contra o patrimônio da União, de Estado, do Distrito Federal, de Município ou de autarquia, fundação pública, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviços públicos” (art. 163, parágrafo único, inc. III, CP). Não obstante o direito subjetivo à propriedade permaneça o mesmo, a proteção se volta a um bem jurídico difuso, o patrimônio público, titularizado pela coletividade indeterminável.

Diferente seria caso a propriedade privada não constituísse um instituto jurídico válido e a sociedade fosse organizada a partir de recursos comuns. Nessa hipótese, que se lança somente a título de argumentação, todo delito à propriedade constituiria uma violação de um bem jurídico coletivo. Portanto, o modo como a sociedade organiza e concebe as relações entre sujeitos e objetos de interesse também influencia nas características dos bens jurídicos tutelados, não sendo possível falar em “qualquer bem jurídico coletivo inato; todo bem coletivo decorre de uma decisão positiva e muitas vezes instável da sociedade ou do Estado”¹⁴⁹.

Um segundo exemplo, também no âmbito patrimonial, surge da figura do estelionato, que pode ser praticado – nos moldes do artigo 171, *caput*¹⁵⁰, do Código Penal – contra vítima individual, lesando sua propriedade particular, ou contra um grupo de segurados que realiza aportes financeiros periódicos, a fim de manter o equilíbrio atuarial do seguro, calculado com base nos riscos de eventos indenizáveis, mas vê esse fundo lesado por aquele que – incidindo no tipo penal previsto no artigo 171, §2º, do inciso V, do Código Penal – “destrói, total ou parcialmente, ou oculta coisa própria, ou lesa o próprio corpo ou a saúde, ou agrava as consequências da lesão ou doença, com o intuito de haver indenização ou valor de seguro”.

Finalmente, a apropriação indébita¹⁵¹ pode violar bem jurídico individual ou coletivo *stricto sensu*. A mesma conduta, entretanto, pode violar bem jurídico difuso na hipótese de apropriação indébita previdenciária¹⁵² ou caso seja praticada por

¹⁴⁹ HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. **Revista brasileira de ciências criminais**, vol. 87, nov-dez, 2009, p. 107.

¹⁵⁰ Art. 171. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento.

¹⁵¹ Art. 168, CP. Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção.

¹⁵² Art. 168-A, CP. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional.

funcionário público, quando não mais interessará se o bem é público ou particular, uma vez que o delito de peculato¹⁵³ se volta contra a administração pública.

Alguns bens jurídicos, no âmbito penal, são marcados pela preponderância ou mesmo exclusividade de certos interesses, sendo difícil vislumbrar titularidades diversas daquelas que lhes são tradicionalmente atribuídas, como é o caso do caráter difuso do meio ambiente. Entretanto, ainda que criminalmente tais bens somente sejam recepcionados em sua dimensão supraindividual difusa, noutras searas podem dar azo a pretensões jurídicas individuais ou coletivas *stricto sensu*, como nos casos de desastres ambientais que prejudicam, de maneira singular e para além da lesão genérica à comunidade, determinado grupo de trabalhadores que se valia do ecossistema avariado para angariar proventos e/ou víveres. Por isso, deve-se ter cuidado ao afirmar que determinado direito ou bem jurídico é individual ou supraindividual, pois isso dependerá da situação concreta, em que será verificado quem titulariza as pretensões internas e externas ao bem jurídico tutelado¹⁵⁴. Mais correto seria falar na tendência ou preponderância de uma ou outra titularidade, como é o caso do aspecto predominantemente difuso do meio ambiente.

Às duas modalidades de bens jurídicos supraindividuais mencionadas, soma-se uma terceira figura – não mais pertencente ao universo da tutela de direitos coletivos, mas, sim, ao da tutela coletiva de direitos –, correspondente aos bens jurídicos individuais que, em virtude das características peculiares do delito que os lesiona ou coloca em perigo de maneira massificada, indistinta e pulverizada, homogeneízam-se em uma categoria funcional, encarregada de promover maior isonomia e segurança ao sistema, através da defesa simultânea de inúmeros bens sujeitos a uma ameaça em comum (art. 81, parágrafo único, inc. III, CDC).

Os bens jurídicos individuais homogêneos, como a saúde pública e as relações de consumo, são tidos por falsos bens jurídicos coletivos por parcela relevante da

¹⁵³ Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio.

¹⁵⁴ “Por isso, afirmações taxativas de que este ou aquele direito social é individual, coletivo, ou difuso se mostram inexatas se estiverem levando em conta o direito fundamental em sentido amplo e num plano abstrato. Cuida-se de um erro metodológico comum em que não raro incorrem a doutrina e a jurisprudência. O mais adequado critério para classificar a titularidade de um direito fundamental é a espécie de pretensão material e o tipo de tutela que se busca no momento concreto da sua reivindicação” (HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 14, n. 14, Curitiba, p. 618-688, jul./dez., 2013, p. 676).

doutrina¹⁵⁵, que os consideram meras somas de bens individuais, não compatíveis com as características de não exclusividade, irrealidade e não distributividade.

A adição do adjetivo *público* ao substantivo *saúde*, porém, não se dá em virtude das características típicas dos bens jurídicos difusos e coletivos *stricto sensu* (que, efetivamente, não se encontram presentes no caso), mas em razão da adoção de uma estratégia de proteção diversa de um mesmo objeto (as saúdes individuais), marcada pela “pluralidade e indeterminação dos titulares cuja saúde se põe em perigo (indeterminação do sujeito passivo da ação), que, em todo caso, são titulares de uma saúde individual”¹⁵⁶. Assim, a saúde pública possui “um caráter instrumental ou medial no sistema desenhado pelo legislador para a proteção de bens jurídicos individuais”¹⁵⁷, sendo-lhes complementar e protegendo-os de perigos abstratos dirigidos a uma pluralidade de vítimas indeterminadas. Como “conjunto de condições que possibilita a saúde”¹⁵⁸ (conceito que perpassa o direito sanitário, o sistema de saneamento básico, as diretrizes administrativas de segurança de alimentos e medicamentos, etc.), aproxima-se da categoria de bem jurídico mediato – que, a despeito de ter sido concebida para a disciplina dos delitos econômicos, encontra aqui um possível campo de aplicação¹⁵⁹ –, meio através do qual se busca promover

¹⁵⁵ BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. **Bem jurídico-penal supraindividual: novos e velhos desafios da teoria do bem jurídico**. 243f. Belo Horizonte, 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, p. 159-163; GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista brasileira de ciências criminais**, vol. 49, p. 89-147, Jul-Ago., 2004, p. 98-99; HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. **Derecho Penal y Criminología**, vol. 25, nº 76, 2004, p. 75; HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). **La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 191; SCHÜNEMANN, Bernd. **Direito penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 79-80.

¹⁵⁶ PAIS, Antônio Doval. **Fraudes alimentarios: evolución histórica y elementos esenciales del sistema de protección penal**. 623f. Valência, 1995. Tesis (Doctorado em Derecho) – Facultad de Derecho de la Universitat de València, p. 343.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 348-349.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 352-353.

¹⁵⁹ Autores que consideram a saúde pública um falso bem jurídico coletivo costumam ressaltar a impossibilidade de enquadrá-la nas categorias de bens jurídicos mediatos/imediatos. Nesse sentido: “Os falsos bens jurídicos supraindividuais não se confundem com os denominados bens jurídicos imediatos e intermediários, cujas definições dependem da referência a um outro bem jurídico-penal (mediato e final, respectivamente)” (BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. **Bem jurídico-penal supraindividual: novos e velhos desafios da teoria do bem jurídico**. 243f. Belo Horizonte, 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, p. 164). Não compartilhamos dessa posição.

a realização de bens individuais, cuja afetação se dará em casos de criação massificada de perigo ao bem imediato/intermediário¹⁶⁰.

Não obstante Roland Hefendehl considere a saúde pública um falso bem jurídico coletivo, conforme já citado, o jurista alemão entende “o delito de perigo abstrato como estrutura delitiva que deveria ficar reservada a tipificar aquelas condutas que suponham riscos latentes contra bens jurídicos de primeira ordem: por exemplo, riscos à integridade corporal e à vida” – complementando que – “a intervenção penal no âmbito da segurança dos alimentos e da proteção dos consumidores constitui um exemplo de parcelas predestinadas à aplicação da figura do perigo abstrato”¹⁶¹. Com a devida vênia, parece que a saúde pública, enquanto categoria instrumental oriunda da homogeneização das saúdes individuais sujeitas a perigo de dano, encaixa-se perfeitamente na modalidade de delito de perigo abstrato, ao lado dos demais âmbitos de tutela citados pelo autor.

O que não se pode olvidar (e aqui não se fará largo exame da temática, mencionando-a somente a título de ressalva) é de que tipos penais que buscam proteger bens jurídicos individuais de caráter homogêneo – como os delitos contra a segurança dos alimentos –, costumam estar diretamente relacionados a outras áreas do conhecimento, uma vez que não se exige do legislador o domínio de disciplinas técnicas alheias ao seu ofício ordinário. A fim de apurar se tais proibições justificam sua relevância penal, apela-se a normas penais em branco – complementadas pela normativa técnica de órgãos administrativos, como o Ministério da Agricultura (MAPA)¹⁶² e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa)¹⁶³ – e, sobretudo, a análises permanentes de política criminal, que ponham à prova a efetividade e necessidade do uso da pena para coibir determinadas

¹⁶⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico y de la empresa: parte general**. Valência: Editora Tirant lo Blanch, 2007, p. 158-164.

¹⁶¹ HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. **Derecho Penal y Criminología**, vol. 25, nº 76, 2004, p. 73.

¹⁶² “Com a integração do desenvolvimento sustentável e da competitividade, o Mapa visa à garantia da segurança alimentar da população brasileira e a produção de excedentes para exportação, fortalecendo o setor produtivo nacional e favorecendo a inserção do Brasil no mercado internacional”. (Disponível em: <<http://www.agricultura.gov.br/acesso-a-informacao/institucional>>. Acesso em: outubro de 2019).

¹⁶³ Art. 8º Incumbe à Agência, respeitada a legislação em vigor, regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública. § 1º Consideram-se bens e produtos submetidos ao controle e fiscalização sanitária pela Agência: II - alimentos, inclusive bebidas, águas envasadas, seus insumos, suas embalagens, aditivos alimentares, limites de contaminantes orgânicos, resíduos de agrotóxicos e de medicamentos veterinários;

práticas, principalmente se comparado a técnicas subsidiárias extrapenais que, eventualmente, venham a surtir maior ou igual proteção às saúdes em geral¹⁶⁴.

Por fim, são necessários breves comentários sobre os possíveis titulares dos bens jurídicos supraindividuais. Ainda que sob a perspectiva do bem jurídico, seja possível falar em uma teoria dualista, que separa bens jurídicos individuais e supraindividuais, sob a ótica do titular do bem seria mais correto falar em uma tríade, composta pelos indivíduos, pela sociedade e pelo Estado. Aos indivíduos, por óbvio, incumbe a titularidade dos bens jurídicos individuais, sendo eles também os beneficiários diretos das demais modalidades de tutela penal, principalmente no que tange aos mecanismos de tutela coletiva de direitos individuais difusos.

Por seu turno, a sociedade e o Estado representam, respectivamente, os interesses coletivos primários e secundários, dividindo a titularidade dos bens jurídicos supraindividuais. Ao Estado¹⁶⁵ incumbe a titularidade de parcela mínima dos bens jurídicos protegidos pelo ordenamento – quase integralmente enquadrados como crimes contra a segurança nacional –, ao passo em que a maioria dos bens jurídico-penais supraindividuais é titularizada pela sociedade, que será somente representada pelo Estado, reclamante das pretensões que recaem sobre os bens.

¹⁶⁴ O debate em torno do combate ao tráfico de drogas (art. 33, da Lei nº 13.343/2006) é, hoje, o maior exemplo de tentativa de controle da efetividade e necessidade da criminalização de condutas que colocam em risco uma pluralidade indeterminada de saúdes e vidas individuais. Questiona-se se legalizar o comércio de substâncias ilícitas (todas ou ao menos algumas, como o canabidiol, atualmente incluso na Portaria nº 344/98, da Anvisa), submetendo-o a normas administrativas de regulamentação e controle de qualidade – assim como é feito com alimentos, medicamentos, bebidas alcóolicas e determinados tipos de fumos –, constituiria uma estratégia governamental mais eficaz na proteção das saúdes individuais homogêneas, se comparada à criminalização ostensiva do tráfico. Eventual descumprimento das normas técnicas poderia, então, ser enquadrado nos crimes de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de substância (art. 272, CP) ou produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, CP) – tendo em conta o potencial terapêutico de algumas substâncias hoje consideradas ilícitas –, bem como nos tipos penais que preveem os crimes contra as relações de consumo (art. 61 e ss., CDC). Sobre a temática existem outros aspectos relevantes, que não vêm ao caso no presente trabalho, como o debate sobre a (in)constitucionalidade da criminalização do porte de drogas para o uso pessoal, que ingressa na temática do paternalismo jurídico e constitui o objeto de discussão do RE nº 635.659, hoje em trâmite no Supremo Tribunal Federal (STF); a relação entre superlotação do sistema carcerário e a “guerra às drogas”; os interesses políticos e econômicos envolvidos na criminalização do tráfico; estudos econômicos sobre o mercado negro e as cifras que o Estado deixa de arrecadar com tributos, que poderiam ser utilizadas para a promoção de políticas públicas, inclusive em prol da saúde pública; etc..

¹⁶⁵ Não obstante parcela da doutrina considere que o fato de o Estado titularizar bens jurídicos em nome próprio seja antidemocrático (BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. **Bem jurídico-penal supraindividual: novos e velhos desafios da teoria do bem jurídico**. 243f. Belo Horizonte, 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, p. 134; BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 379-380), há normas penais que protegem diretamente sua existência (HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. **Revista brasileira de ciências criminais**, vol. 87, p. 103-120, nov-dez, 2009, p. 109), como é o caso, no direito nacional, de certos tipos previstos na Lei nº 7.170/83.

O modo como a relação de disponibilidade se estrutura nesses casos será objeto de apreço quando da análise do consentimento do ofendido (Item 2.2.1.3). Entretanto, novamente cabe ressaltar a inadequação do uso do termo *bem jurídico indisponível*, mesmo para os bens de titularidade supraindividual, que são tão disponíveis quanto os bens jurídicos individuais, desde que o ato de disposição seja praticado pelo sujeito titular da relação¹⁶⁶. Concluir que bens jurídicos supraindividuais são indisponíveis, somente em razão da impossibilidade de um único indivíduo deles dispor, é o mesmo que dizer que bens jurídicos individuais são indisponíveis, porque o consentimento de terceiros lhes é indiferente. O ponto fulcral não é a disponibilidade (que caracteriza o bem jurídico), mas à titularidade do bem, que circunscreve os sujeitos que podem dispor do objeto com o qual se relacionam.

Parece claro, assim, que a adoção de uma perspectiva dualista não impede o reconhecimento de que a tutela dos bens jurídicos supraindividuais não pode ser perseguida mediante o sacrifício de indivíduos, ao contrário do que ideais utilitaristas, totalitários ou majoritários poderiam admitir¹⁶⁷. Pelo contrário, este limite deriva diretamente das premissas liberais e garantias contramajoritárias das democracias ocidentais, em nada incompatíveis com o reconhecimento de bens jurídicos coletivos, havendo, como já dito, uma resistência injustificada por parte da doutrina monista-pessoal em reconhecer a validade do dualismo, como se este, invariavelmente, levasse à preponderância do social sobre o individual, ao invés de poder buscar o equilíbrio devido entre as duas instâncias, partindo da noção de que toda sociedade “consiste em indivíduos distintos e todo indivíduo humano só se humaniza ao aprender a agir, falar e sentir no convívio com outros”¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Num primeiro momento, Juarez Tavares aludia aos bens jurídicos indisponíveis como sendo aqueles pertencentes à coletividade, em relação aos quais “torna-se impossível o consentimento, porquanto a proteção se exerce sobre valores estatais ou supra-estatais, imprescindíveis à estabilidade social e insuscetíveis de renúncia, tal como ocorre nos ataques à administração pública, em detrimento da integridade do Estado, à incolumidade de um número indeterminado de pessoas ou nos delitos monetários” (TAVARES, Juarez. O consentimento do ofendido no Direito Penal. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 12, n. 0, 1969, p. 259). Entretanto, hodiernamente o jurista reconhece que “sob o enfoque do consentimento como excludente de tipicidade não importa a questão da disponibilidade do bem. Basta que o sujeito seja titular e capaz de consentir [...]. Quando houve mais de um titular do bem jurídico, todos devem consentir” (TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 247).

¹⁶⁷ BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. **Bem jurídico-penal supraindividual: novos e velhos desafios da teoria do bem jurídico**. 243f. Belo Horizonte, 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, p. 52.

¹⁶⁸ ELIAS, Norbert. **A Sociedade dos Indivíduos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994, p. 67.

Enxergando-se os sujeitos como indivíduos integrantes de suas comunidades, ao invés de assimilados a organismos sociais ou isolados em unidades atômicas¹⁶⁹, não há necessidade de optar entre modalidades extremas de coletivismo ou individualismo. O próprio individualismo é produto de uma sociedade que fornece ao indivíduo as crenças morais que o divinizam¹⁷⁰, sendo delirante a imagem de seres humanos não entrelaçados por amarras domésticas, econômicas, religiosas, políticas, artísticas ou educacionais. Interconexões existem e são imprescindíveis à individuação, pois não se tratam de meras associações incapazes de influenciar na formação do caráter e personalidade de cada singularidade do tecido social¹⁷¹. Como uma maneira particular de sentir os impactos do entorno e respondê-los conforme a sua preferência, a individualidade somente toma forma através da interação com as condições que lhe são contemporâneas¹⁷², não sendo à toa que os vocábulos alemães para designar liberdade (*Freiheit*) e amigo (*Freund*) possuem a mesma raiz etimológica, algo que denota a sociabilidade do indivíduo livre¹⁷³.

¹⁶⁹ FEINBERG, Joel. **Harm to self: the moral limits of criminal law**. New York: Oxford University Press, 1986, p. 47, tradução livre.

¹⁷⁰ DURKHEIM, Émile. **O individualismo e os intelectuais**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2017, p. 61.

¹⁷¹ DEWEY, John. **Individualism old and new**. New York: Prometheus Books, 1999, p. 40-41.

¹⁷² *Ibidem*, p. 81.

¹⁷³ HAN, Byung-Chul. **Psicopolítica: o neoliberalismo e as novas técnicas de poder**. Belo Horizonte: Editora Áyiné, 2018, p. 11-12.

2 O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA NO DIREITO PENAL.

A incidência da norma penal presume que o autor do crime haja interferido de maneira ilegítima na relação de disponibilidade entre a vítima (sujeito) e o objeto de sua titularidade, gerando uma diminuição de suas perspectivas, reduzindo-lhe as condições e possibilidades de agir e minando sua capacidade de disposição de recursos essenciais à concretização de seus fins socialmente aceitáveis. Noutros termos, para que uma conduta seja considerada criminosa, exige-se que sua prática dê origem a um dano ou perigo de dano às liberdades¹⁷⁴ da vítima.

O elemento fulcral, capaz de definir se a interferência alheia sobre as liberdades de alguém é legítima ou não, é a própria liberdade deste, que ao anuir com uma conduta lesiva não está fazendo nada além do que exercer e fruir propriamente sua titularidade, na qualidade de integrante do bem jurídico.

Assim, a figura do consentimento do ofendido constitui o objeto de estudo deste capítulo, sendo necessário, em primeiro lugar, definir seus contornos e seu enquadramento dentro das categorias do conceito analítico de crime.

Estabelecida a base teórica adotada, parte-se à análise dos requisitos do consentimento válido e demais nuances que compõem o instituto, passando por breves apontamentos sobre a doutrina do livre consentimento informado e os casos de consentimento presumido, diretamente relacionados ao exercício da medicina.

Por fim, faz-se uma breve incursão sobre os desvios cognitivos, entendidos como um possível complicador da noção de sujeito capaz e, por conseguinte, do preenchimento dos requisitos de validade do consentimento.

2.1 AFASTAMENTO DA TIPICIDADE OU JUSTIFICANTE SUPRALEGAL?

O instituto do consentimento do ofendido remonta à máxima latina *volenti non fit injuria*, que implica a inexistência de lesão àquele que consente¹⁷⁵. Não há lesividade quando um fato não gera dano ou perigo, nem quando há consentimento em relação a ações que podem ser danosas aos bens do consenciente¹⁷⁶. Seu fundamento passa não somente pelas noções principais de *harm principle* e

¹⁷⁴ Utiliza-se o termo “liberdades” no plural para se referir às liberdades negativas, positiva e substantiva, conceituadas previamente, nas notas de rodapé de número 1, 2, 97 e 103.

¹⁷⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho Penal: Parte General**. Buenos Aires: EDIAR, 2000, p. 475.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 476, tradução livre.

autonomia, já abordadas, mas também por fundamentos secundários, não menos importantes, denominados: argumento utilitarista, argumento da violação do princípio da igualdade e argumento da tendência extintiva da pluralidade¹⁷⁷.

O argumento utilitarista afirma que ninguém é melhor juiz do que o próprio indivíduo, no que diz respeito ao que causa dano ou não aos seus próprios interesses. Uma vez que cada um é quem melhor conhece suas preferências e intenções, todos são livres para guiar suas práticas de acordo com suas vontades. A interferência na liberdade da pessoa diminuiria tanto o seu bem-estar, como o bem-estar da sociedade, entendido esse como “a maximização da satisfação de certos desejos hierarquizados pela própria pessoa segundo sua importância”¹⁷⁸.

O segundo argumento sustenta que o paternalismo pressupõe uma relação de hierarquia e subordinação entre o agente e o destinatário da medida protetiva, relação inadmissível quando da consideração de um sujeito autônomo. Trata-se de uma afronta à igualdade entre entes, que se dá a partir do momento em que se age partindo do pressuposto de que o destinatário da ação não possui discernimento e necessita da proteção de uma liderança que guie suas atitudes. O agente paternal se colocaria em uma posição superior, detentora do saber e do poder de determinar as condutas de seus inferiores¹⁷⁹.

Finalmente, o argumento da tendência extintiva da pluralidade apregoa que diversas “medidas paternalistas são tomadas tendo em contra certos *padrões*, comportamentais e culturais, ou conhecimentos científicos”¹⁸⁰, afetando negativamente o pluralismo e a tolerância e conduzindo à padronização e homogeneização de estilos de vida e visões de mundo, repercutindo de modo contraproducente ao perene conflito de ideias que garante a vitalidade de um modelo político-democrático.

¹⁷⁷ Os parágrafos seguintes, em que os argumentos são brevemente explicados, foram extraídos do capítulo de livro de própria autoria: GUARAGNI, Giovanni Vidal. Os fundamentos teóricos da autolesão e da heterolesão consentida e os parâmetros à intervenção paternalista. In: ALEXANDRE, André Demetrio [et al.] (Orgs.). **Interpretação da constituição e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019, p. 175-192.

¹⁷⁸ DIERTELEN, Paulette. Paternalismo y Estado de Bienestar. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, nº 5, 1998, p. 179, tradução livre.

¹⁷⁹ MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida**. 475f. Rio de Janeiro, 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, p. 137.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 134.

Não obstante os fundamentos apresentados possam ser alvos de críticas (principalmente o de base utilitarista, que será revisto no último item deste capítulo), o consentimento do ofendido constitui uma causa de afastamento do injusto tradicional e consolidada, tendo sobrevivido a inúmeras fases da dogmática penal, porém não incólume às influências das escolas predominantes em cada época.

Dentre as controvérsias surgidas ao longo do desenvolvimento do Direito Penal moderno, tem-se o debate quanto à etapa de análise do crime em que a (in)existência de concordância da vítima para com o ato lesivo deve ser verificada. De um lado, os teóricos que separam os casos de acordo, em que se afasta a tipicidade – por haver, na redação do tipo penal, uma exigência expressa de discordância da vítima quanto à lesão, a exemplo do crime de estupro –, e os casos de consentimento, em que, a despeito de haver ação típica, não há antijuridicidade, ocorrendo uma justificativa da lesão. Noutra sentença, encontram-se os autores para quem o consentimento válido da vítima afasta, invariavelmente, a tipicidade da conduta, pois sequer seria possível afirmar a existência de lesão ao bem jurídico.

Três são as principais questões que jazem na gênese da divergência doravante abordada: a função do direito penal; o conceito de bem jurídico; e a etapa de análise do crime em que se apura a existência de lesão ao bem jurídico, diretamente vinculada à relação entre tipicidade e antijuridicidade, pela qual se iniciará a análise.

2.1.1 A relação entre tipicidade e antijuridicidade: *ratio cognoscendi*, *ratio essendi* e o local de análise do desvalor de resultado.

No século XIX, Ernst von Beling, expoente do causalismo, idealiza a teoria do delito-tipo, na qual o tipo penal corresponde a uma categoria neutra e puramente descritiva¹⁸¹ e a antijuridicidade à contrariedade da conduta às normas que compõem o ordenamento, conferindo ao ato típico seu caráter valorativo¹⁸². A verificação da tipicidade no modelo causal se dava unicamente pela subsunção avaliativa da conduta à redação típica, reservando-se a dimensão material à antijuridicidade, um

¹⁸¹ VON BELING, Ernst. **Esquema de derecho penal: la doctrina del delito-tipo**. Buenos Aires: Librería “El Foro”, 2002, p. 86.

¹⁸² *Ibidem*, p. 46.

elemento não naturalístico do crime, que almejava identificar a contraposição entre o fato e o valor jurídico contido na norma¹⁸³.

A independência absoluta entre tipicidade e antijuridicidade vem a ser questionada no início do século XX, pelo neokantismo de Max Ernst Mayer, que afirma a existência dos elementos normativos do tipo – “partes integrantes de um resultado típico que somente possuem um significado valorativo. [...] que não estão em relação causal com a atuação voluntária. [...] sua realização não tem lugar no mundo exterior, senão exclusivamente no mundo do Direito”¹⁸⁴ –, solapando a pretensa neutralidade típica de Beling, ao defender que a análise da tipicidade era composta por aspectos axiológicos¹⁸⁵. Surge assim a noção de tipicidade como indício formal (*ratio cognoscendi*) de ilicitude – a tipicidade corresponde à “mais importante base para o reconhecimento da antijuridicidade. Elas se comportam como a fumaça e o fogo”¹⁸⁶ – que, não obstante reconheça a inter-relação tipicidade-antijuridicidade, mantém ambas as categorias separadas.

Ainda mais radical é a crítica tecida pelos defensores – bem representados por Edmund Mezger – da teoria do *tipo de injusto*, que reúnem tipicidade e antijuridicidade em uma mesma categoria, qualificando o tipo de injusto “como antijuridicidade tipificada”¹⁸⁷, de modo que “a tipicidade passa a ser a *ratio essendi* da antijuridicidade”¹⁸⁸. O legislador, ao criar o tipo, define positivamente aquilo que é ilícito, atuando as causas de justificação como os elementos negativos contrapostos.

No embate entre *ratio cognoscendi* e *ratio essendi*, a primeira prevaleceu, ao menos durante todo o finalismo. Nesse período, a tipicidade objetiva continuou a ser examinada por meio da mera subsunção da conduta ao enunciado típico, limitando-se ao seu aspecto formal e acrescida do tipo subjetivo, que buscava apurar o desvalor de ação, mediante integração entre ação e finalidade. Partia-se, em seguida, à antijuridicidade, verificando-se a incidência ou não de tipos permissivos

¹⁸³ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 467-469.

¹⁸⁴ MAYER, Max Ernst. **Derecho Penal: Parte General**. Montevideo: Editorial B de F Ltda. 2007, p. 228-229, tradução livre.

¹⁸⁵ FERNÁNDEZ, Gonzalo. **Bien jurídico y sistema del delito: um ensayo de fundamentación dogmática**. Buenos Aires: Editorial B de F Ltda., 2004, p. 154-155.

¹⁸⁶ MAYER, Max Ernst. **Derecho Penal: Parte General**. Montevideo: Editorial B de F Ltda. 2007, p. 12, tradução livre.

¹⁸⁷ MEZGER, Edmund. **Derecho Penal: parte general**. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, p. 145.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 158.

ou causas de justificação¹⁸⁹. A dimensão material do injusto, especialmente no que diz respeito ao desvalor de resultado, permanecia reservada a este âmbito, conservando-se a divisão entre antijuridicidade formal e material, instaurada por Franz von Liszt – aquela condizente à transgressão de um preceito proibitivo ou imperativo da ordem jurídica e essa remetendo ao caráter antissocial da conduta, relativo à lesão, ofensa ou perigo de lesão a bens jurídicos¹⁹⁰.

Ganhava força, contudo, a ideia de que os fatos submetidos às normas jurídico-penais não deveriam ser observados somente de uma perspectiva naturalista, senão como expressão de sentido e significação social. Nesse contexto, a vacilante categoria da *adequação social* – que Hans Welzel ora enquadrava como critério de delimitação do tipo, ora como causa de justificação – constituiu um passo relevante em direção à desnaturalização do tipo objetivo, não obstante tenha perdido espaço ao longo dos anos, em virtude da supervalorização que o finalismo conferia ao conceito ontológico de ação e seus elementos subjetivos¹⁹¹.

2.1.2 Welzel e Jescheck: defensores do modelo dualista.

Para a máxima referência do finalismo¹⁹², Welzel, a missão do Direito Penal era a de proteger “valores elementares de consciência, de caráter ético-social, e somente por inclusão a proteção dos bens jurídicos particulares” – entendidos como – “*todo estado social desejável que o Direito quer resguardar de lesões*”¹⁹³.

A partir da função e do conceito de bem jurídico apresentados, extrai-se a simpatia do autor a perspectivas filosófico-políticas coletivistas. A independência da vítima para organizar seus bens da maneira como melhor lhe aprouvesse tinha pouca ou, nos casos em que o bem protegido fosse também de interesse público

¹⁸⁹ FERNÁNDEZ, Gonzalo. **Bien jurídico y sistema del delito: um ensayo de fundamentación dogmática**. Buenos Aires: Editorial B de F Ltda., 2004, p. 159.

¹⁹⁰ LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal – Tomo I**. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. – Editores, 1899, p. 219-220. O autor alemão definia “bem jurídico” como interesses vitais, do indivíduo ou da coletividade, juridicamente protegidos (*Ibidem*, p. 93-94).

¹⁹¹ BUSATO, Paulo César. **Fatos e mitos sobre a imputação objetiva**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 38-42; CANCIO MELIÁ, Manuel. Teoría final de la acción e imputación objetiva. Consideraciones sobre la teoría de la adecuación social. **Revista brasileira de ciências criminais**, vol. 55, p. 135-161, jul./ago. 2005, p. 137-138, 142-143.

¹⁹² Por uma questão metodológica e em razão dos limites de extensão que essa pesquisa deve respeitar, optou-se por iniciar a apresentação sumária das principais doutrinas do consentimento na escola finalista. Cabe pontuar, entretanto, que a controvérsia perdura desde o debate entre Feuerbach e Birnbaum, em torno do conceito de bem jurídico.

¹⁹³ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Santiago: 1993, p. 05.

(como a vida humana¹⁹⁴), nenhuma relevância. Encaixando a análise do desvalor de resultado na etapa da antijuridicidade, Welzel somente admitia o afastamento da tipicidade em virtude da anuência da vítima nos casos em que a discordância para com o comportamento lesivo constava na redação típica (casos de acordo). Restaria afastada a tipicidade formal, ante a inviabilidade da subsunção da conduta ao tipo.

Não havendo previsão no tipo sobre a resistência da vítima ao ato lesivo, sua anuência passa a ser entendida como consentimento, que, quando possível (em não se tratando de bem jurídico sobre o qual o interesse público se sobreponha ao individual), atuará como causa supralegal de afastamento da antijuridicidade da conduta, que não será considerada proibida e afrontosa ao ordenamento jurídico – o mesmo posicionamento é defendido por seu discípulo Günther Stratenwerth¹⁹⁵.

Por fim, tem-se o consentimento presumido, que incide nos casos em que, não havendo condições de a vítima resistir ou assentir (por estar inconsciente, não se encontrar no local, etc.), o autor age em seu interesse, segundo um juízo objetivo de ponderação, que o leva a presumir que, caso houvesse condições, haveria consentimento. Welzel define como um estado de necessidade supralegal¹⁹⁶.

Na mesma linha, Hans-Heinrich Jescheck, expoente da teoria social da ação, define os bens jurídicos como “interesses da comunidade, cuja proteção garante o Direito Penal”¹⁹⁷. Os bens jurídicos não devem ser compreendidos como objetos acessíveis e atingíveis através dos sentidos (objetos da ação), “senão como valores espirituais da ordem social sobre os quais descansa a segurança, o bem-estar e a dignidade da existência da comunidade”¹⁹⁸.

As categorias conceituais expostas deixam claro o papel diminuto da autonomia da vítima nesse contexto doutrinário. O autor sustenta que a concepção monista, segundo a qual a concordância da vítima afasta, invariavelmente, a

¹⁹⁴ “Nos casos em que, simultaneamente, protege-se o interesse público, é ineficaz o consentimento do afetado individualmente, como, por exemplo, o consentimento para homicídio (cnfr. § 216)” (*Ibidem*, p. 115).

¹⁹⁵ “[...] a constatação da tipicidade de um comportamento não contém de modo algum um juízo *conclusivo* acerca de sua antijuridicidade, mas somente significa que apresenta os elementos que, *de modo característico*, fundamentam o ilícito. É precisamente a função das causas de justificação enervar esse indício de ilicitude, o que pode ocorrer também mediante a prova de que a conduta típica, justamente devido ao consentimento do ofendido – sujeito a pressupostos específicos – não vulnera nenhum bem jurídico” (STRATENWERTH, Günther. **Derecho penal: parte general I – El hecho punible**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 212).

¹⁹⁶ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Santiago: 1993, p. 111.

¹⁹⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal: parte geral**. Granada: 2002, p. 274.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 277-278.

tipicidade da lesão, leva a “uma subjetivização do conceito de bem jurídico que não concorda com o significado que também possui todo bem jurídico individual como valor comunitário”¹⁹⁹. Assim, excetuados os casos de acordo, a lesão ao bem jurídico tem lugar inclusive quando o fato se produz a partir da anuência do titular, tratando-se de ponderar entre seu poder de disposição e o valor juridicamente protegido independentemente deste²⁰⁰.

Ao lado do consentimento expresso, novamente, encontra-se o consentimento presumido, aplicável quando aquele “não existe ou não pode ser efetuado a tempo, porque o titular do bem jurídico, ou seu representante legal, não está localizável ou está inconsciente e necessitado de um tratamento médico urgente”²⁰¹, e cuja eficácia fica condicionada à ponderação de interesses do ofendido; à presunção objetiva acerca da solução mais provável; e ao risco permitido.

Vê-se que, embora diversos autores²⁰², devedores da doutrina de Feuerbach, tenham sustentado uma visão individualista de bem jurídico, vinculada ao conceito de *interesse* ou mesmo equiparada a este, e, em razão disso, deslocado o instituto do consentimento para dentro da tipicidade, a doutrina tradicional, e ainda hoje majoritária, filiou-se à perspectiva dualista preconizada por Geerds, autor a quem costuma ser atribuída a criação da dicotomia entre acordo e consentimento²⁰³.

Muito disso se deveu à influência de concepções demasiadamente objetivistas (materialistas ou idealistas) de bem jurídico, desvinculadas do sujeito dele titular; à força de ideias político-filosóficas coletivistas, que zelavam pelos interesses comuns, em detrimento dos individuais; e à análise da lesividade somente no âmbito da antijuridicidade, servindo o tipo como indício do caráter injusto da conduta.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 402.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 400.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 414.

²⁰² ORTMANN; MERKEL; MAYER; HERTZ; KESSLER; FINGER; FRANK; KLEE *apud* COSTA ANDRADE, Manuel da. **Consentimento e acordo em Direito Penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista**. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1991, p. 84-95.

²⁰³ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal da medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 175-178; COSTA ANDRADE, Manuel da. **Consentimento e acordo em Direito Penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista**. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1991, p. 142-147.

2.1.3 O finalismo tardio e a tentativa de reformulação do modelo dualista.

Tardiamente e com o intuito de corrigir latentes imperfeições teóricas do finalismo, autores herdeiros da dogmática finalista elaboraram fórmulas inovadoras, porém confusas e truncadas, envolvendo a relação entre as categorias da tipicidade e antijuridicidade. A falta de clareza conceitual desponta como característica dos períodos de transição entre paradigmas distintos²⁰⁴ e, no caso, indicava o esgotamento do finalismo e a emergência dos funcionalismos.

Dentre as tentativas finalísticas de reenquadrar o desvalor do resultado nas categorias do conceito analítico de crime, pode-se mencionar a tese de Gonzalo Fernández, no sentido de que a tipicidade formal deve ser complementada pela verificação da afetação do bem jurídico protegido. Essa *afetação*, entretanto, não se confundiria com a ideia de *lesão* ao bem jurídico, que somente pode ser apurada a partir do exame da antijuridicidade, no qual será verificada a incidência ou não de normas permissivas. Só se poderia falar em lesão quando a afetação do bem jurídico, apurada na tipicidade, fosse considerada proibida²⁰⁵.

Trata-se de uma tímida tentativa de trazer à tipicidade o exame da materialidade delitiva e do desvalor de resultado, que, porém, não chega a repercutir na teoria do consentimento do autor, fiel à concepção dualista. O consentimento desvirtua a antinormatividade do comportamento, que passa a ser enxergado como uma afetação permitida ou não lesiva ao bem jurídico²⁰⁶.

Como segundo exemplo, tem-se o conceito de tipicidade conglobante, criado por Eugenio Raúl Zaffaroni. O doutrinador argentino – até recentemente finalista, mas que hoje se considera um funcionalista reducionista –, parte da noção, então vigente, de que o tipo penal somente permite conhecer da proibição da conduta, não abarcando preceitos permissivos e não autorizando afirmar a lesão ao bem jurídico. Com o preenchimento da tipicidade, apenas seria presumível, portanto, a

²⁰⁴ Analogamente, vale citar o apontamento realizado por Manuel da Costa Andrade quanto às imprecisões da noção de bem jurídico inaugurada por Birnbaum, em meio a conflitos entre doutrinas filosóficas idealistas e materialistas. O autor português afirma que “a obra de BIRNBAUM revela aquela equivocidade que constitui a marca de todo o pensamento situado em períodos de viragem: do mesmo passo que antecipam e anunciam o advento das realidades novas, apresentam ainda os estigmas do ambiente em que vêm à luz do dia”. COSTA ANDRADE, Manuel da. **Consentimento e acordo em Direito Penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista**. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1991, p. 52.

²⁰⁵ FERNÁNDEZ, Gonzalo. **Bien jurídico y sistema del delito: un ensayo de fundamentación dogmática**. Buenos Aires: Editorial B de F Ltda., 2004, p. 160 e 173-183.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 183-186.

afetação/lesão (aqui utilizadas como sinônimos) de um bem jurídico, que poderia estar abarcada por uma norma permissiva, hipótese em que o bem pré-jurídico deixaria de ser objeto de tutela; noutros termos, haveria certeza da “*afetação de um ‘ente’ que é objeto de interesse jurídico somente ao nível das normas proibitivas. A afetação deste ente é verificável antes do conhecimento dos preceitos permissivos, porque o ‘ente’ existe independentemente de qualquer valoração jurídica*”²⁰⁷ (prepondera o aspecto axiológico no âmbito da antijuridicidade, denotando a adoção da teoria da *ratio cognoscendi*, sendo o tipo um mero indício de ilicitude).

Zaffaroni, porém, depara-se com inconsistências para as quais o arcabouço dogmático finalista não oferece solução. Se por trás de cada tipo penal há uma norma proibitiva de comportamentos orientados à ofensa de bens jurídicos, tanto a antinormatividade, quanto a afetação de bens jurídicos, constituem pressupostos do tipo penal. Nesse sentido, uma conduta não poderá ser considerada típica, não obstante se amolde à tipicidade formal, se afeta o bem jurídico de maneira insignificante, se sua prática é ordenada ou incentivada por outras normas jurídicas ou se está fora do âmbito de ingerência repressiva do Estado²⁰⁸ (essa categoria é posteriormente dividida em duas subcategorias: condutas amparadas por acordo ou assunção de risco pela vítima e condutas que não criam risco proibido²⁰⁹). Mas como uma conduta por ser típica e atípica ao mesmo tempo? Como a não afetação do bem jurídico, que não pertence ao tipo objetivo, pode afastar a tipicidade?

No intuito de sanar essas contradições, o autor parte da imprecisa distinção entre ordem jurídica (que abarca normas proibitivas e preceitos permissivos) e ordem normativa (limitada às normas proibitivas). Enquanto a antijuridicidade averigua o conflito entre a conduta e a ordem jurídica, a tipicidade persegue somente a antinormatividade, entendida como a contradição da conduta para com a norma subjacente ao tipo, em conglobância com as demais normas. Surge, assim, uma nova categoria dogmática, denominada *tipicidade conglobante* – entre a tipicidade legal (subsunção formal ao tipo) e a antijuridicidade (verificação da incidência de preceitos permissivos) – na qual se examina a afetação do bem

²⁰⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal: parte general, III**. Buenos Aires: EDIAR, 1981, p. 225, itálico original.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 229-231.

²⁰⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho Penal: Parte General**. Buenos Aires: EDIAR, 2000, p. 463.

jurídico tutelado, atentando-se às ordens e incentivos do ordenamento, bem como aos limites de intervenção do Estado e à (in)significância da lesão perpetrada²¹⁰.

Essa inovação produz consequências diretas sobre a temática do consentimento. Nos escritos da década de 80, sem abandonar o modelo dualista, mas buscando readequá-lo à lógica da tipicidade conglobante, Zaffaroni mantém a divisão entre acordo e consentimento, acrescentando àquele uma nova modalidade. O acordo afastaria a tipicidade legal/formal – nos casos em que a norma tiver por intuito tutelar o exercício da disponibilidade, o que se identifica pelo fato de a atuação contra a vontade da vítima estar descrita no tipo objetivo – ou a tipicidade conglobante – quando o desacordo não pertencer à redação típica. Já o consentimento atuaria como causa de justificação, podendo se dar pela ação do próprio titular, de terceiro (nos limites do consentimento) ou de forma presumida²¹¹.

A construção parece forçada. Não se entende como a figura do consentimento subsiste como justificante supralegal, mesmo diante de um modelo que transporta a dimensão material do delito para a tipicidade e lida com um conceito de bem jurídico como relação de disponibilidade entre sujeito e objeto²¹². Ciente de tais inconsistências, o doutrinador revê seu posicionamento, passando a considerar tanto o acordo, quanto o consentimento, como excludentes de tipicidade, o primeiro afastando o tipo formal e o segundo o tipo conglobante. Somente o consentimento presumido afasta a antijuridicidade, sendo cabível “em todos os casos nos quais o agente atua em estado de necessidade em benefício do titular do bem”²¹³.

As vantagens desse entendimento, apontadas por seu idealizador, seriam duas: a primeira, de índole político-criminal, diz respeito à imposição de um limite adicional ao exercício do poder punitivo; e a segunda, de caráter dogmático, remete ao afastamento da dificuldade de sustentar a presença de uma ponderação/conflito de interesses – característica essencial de toda causa de justificação – quando o titular do bem jurídico protegido pela norma consente com a lesão ou o perigo²¹⁴.

²¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal: parte general, III**. Buenos Aires: EDIAR, 1981, p. 234-236.

²¹¹ *Ibidem*, p. 521-527.

²¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal: parte general, III**. Buenos Aires: EDIAR, 1981, p. 240, tradução livre; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho Penal: Parte General**. Buenos Aires: EDIAR, 2000, p. 466, tradução livre.

²¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho Penal: Parte General**. Buenos Aires: EDIAR, 2000, p. 480, tradução livre.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 476-480.

Não se pretende aqui discutir as inúmeras críticas que podem ser formuladas à proposta de Zaffaroni – a exemplo da arbitrária qualificação das normas permissivas como *preceitos*, no intuito de excluí-las da noção de ordem normativa. Busca-se, por outro lado, explanar a dificuldade e os artifícios dos quais o autor precisou se valer para, partindo de uma matriz dogmática finalista, extrair a materialidade do injusto e seu desvalor de resultado do âmbito da antijuridicidade e, então, poder sustentar que “a afetação do bem jurídico se encontra dentro do tipo penal”²¹⁵, inferência que gerou desdobramentos sobre o consentimento, conforme elucidado.

2.1.4 O consentimento da vítima no funcionalismo.

O caminho traçado pelo doutrinador alemão Claus Roxin foi mais acurado. Ao invés de tentar socorrer e reformular o modelo finalista, em fase de nítido esgotamento, repensou a teoria do delito a partir da funcionalização sistemática de seus elementos às finalidades da pena e da política criminal²¹⁶, inaugurando o paradigma funcionalista. Somente a partir do funcionalismo teleológico de Roxin é que a dimensão material da lesividade encontra guarida na tipicidade de maneira categórica, sem a necessidade de recorrer a fundamentações pouco sustentáveis.

Roxin trabalha com a noção de crime como injusto culpável, sendo o injusto definido como a ação típica e antijurídica. Não obstante a reunião sob a noção geral de injusto, tipicidade e antijuridicidade permanecem separadas, em razão das distintas funções que têm de cumprir – o que permite concluir pela adoção de um modelo misto de *ratio cognoscendi* e *ratio essendi*. Ao tipo cabe o juízo de reprovação abstrato e genérico da conduta; à antijuridicidade, uma análise concreta, de ponderação do comportamento ante os valores sociais, cujos efeitos inclusive se estendem para outros ramos do direito²¹⁷.

²¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal: parte general, III**. Buenos Aires: EDIAR, 1981, p. 236.

²¹⁶ “[...] de forma resumida, a proposta do funcionalismo é fazer os conceitos *renderem* de forma otimizada quanto ao cumprimento de suas finalidades sistêmicas e, no seu conjunto, levarem o direito penal à realização das finalidades da pena e da política criminal que se propõe a realizar” (GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 257-258).

²¹⁷ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general, tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid: Civitas, 1997, p. 287-288.

A partir da definição da função do Direito Penal como a proteção de bens jurídicos²¹⁸ – que, na obra de Roxin, assemelha-se à ideia de relação de disponibilidade, servindo ao livre desenvolvimento dos indivíduos e auxiliando na sistematização da parte especial e na interpretação teleológica dos tipos penais, orientada pelo fim de proteção –, opera-se uma guinada em prol do desvalor de resultado, incluindo-se a lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico na concepção geral de ilicitude oferecida pelo tipo penal, como pressuposto de sua validade²¹⁹.

Diante disso, a conduta praticada em conformidade ao consentimento válido do titular do bem jurídico não precisará aguardar até o juízo de antijuridicidade para que tenha sua licitude reconhecida, pois já no âmbito da tipicidade, abstratamente, não pode ser considerada antinormativa²²⁰. Uma ação que se baseia na disposição do titular do bem jurídico não prejudica seu desenvolvimento, senão, ao contrário, constitui sua expressão²²¹; eventual alteração no objeto material da ação não pode ser confundida com a lesão ao bem jurídico, visto que, havendo consentimento, o menoscabo daquele não constitui “uma intrusão na esfera jurídica alheia, como pressupõe o ato delitivo; somente aquele que consente pode decidir o que serve a seu verdadeiro bem-estar”²²².

²¹⁸ O conceito material de delito deriva da função do direito penal, “que aqui se entende como ‘**proteção subsidiária de bens jurídicos**’” (ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general, tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid: Civitas, 1997, p. 51).

²¹⁹ Conforme se sustentou no capítulo anterior, a lesão ao bem jurídico constitui elemento indispensável à intervenção penal do Estado. O conceito de bem jurídico, porém, não deve servir de mero instrumento de legitimação de normas, constituindo um produto da reflexão através da qual se demonstra, mediante princípios éticos de caráter crítico, que uma determinada situação é merecedora de proteção (MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. Harm principle e seus reflexos no Direito Penal: um leitura a partir de Joel Feinberg. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 115/2015, p. 255-289, jul-ago/2015, p. 271). Nesse sentido, “uma vez que se propõe a proteção penal de um determinado fato (um interesse, um recurso, um valor, etc.), deve mostrar-se de modo plausível, a partir de princípios éticos de caráter crítico, que esse fato merece tal proteção. Se isso se confirma, pode-se então afirmar, como conclusão dessa argumentação baseada em princípios, que em sentido jurídico-penal esse fato constitui um bem jurídico” (SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basada em principios y el concepto de bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). **La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 92, tradução livre). A recepção dessas noções pela doutrina permite perceber o bem jurídico como critério crítico essencial à validade do tipo penal, o que pode ser visto em inúmeras obras.

²²⁰ “Uma vez que a norma penal só terá sentido quando tenha como seu pressuposto uma situação de lesividade, a proibição de uma conduta deve estar associada à lesão ou ao perigo concreto de lesão do respectivo bem jurídico. Quando o titular desse bem jurídico o abandone, ou seja, quando o desnature como pressuposto da proibição – e isso ocorre quando consinta em sua lesão – não se poderá mais falar da ocorrência de uma situação de antinormatividade” (TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 246).

²²¹ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general, tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid: Civitas, 1997, p. 517.

²²² *Ibidem*, p. 521.

O aspecto material da antijuridicidade fica reservado ao juízo de ponderação, necessário à resolução do conflito entre bens jurídicos²²³, havendo quem sustente que a compreensão do bem jurídico como pressuposto da tipicidade torna desnecessária a distinção entre antijuridicidade formal e material²²⁴.

A despeito da controvérsia, o que se deve ter em mente é que a figura do consentimento do ofendido (à exceção do consentimento presumido, que remanesce como justificante²²⁵) não se amolda aos critérios de ponderação característicos das causas de justificação; não está em jogo um conflito de interesses, uma vez que as vontades dos envolvidos confluem para um mesmo fim, correspondente à fruição do objeto pelo sujeito titular consenciente²²⁶.

Por fim, Roxin não vê razão para manter a distinção entre acordo e consentimento, o que não significa que todos os casos de aquiescência sigam as mesmas regras. Eventuais diferenças devem ser averiguadas a partir das estruturas típicas específicas, não da inadequada dicotomia acordo/consentimento, condicionada à equivocidade da semântica da linguagem natural e, portanto, inconsistente enquanto objeto de reflexão dogmático-penal²²⁷.

O funcionalismo, entretanto, comporta mais de um modelo doutrinário, devendo-se mencionar, ao lado do funcionalismo teleológico de Roxin, a perspectiva sistêmica erigida por Günther Jakobs. O funcionalismo sistêmico assume a manutenção das expectativas normativas como a função precípua do Direito Penal, identificando o bem jurídico com “a firmeza das expectativas normativas essenciais,

²²³ “No aspecto valorativo do tipo, o injusto material representa uma lesão de bens jurídicos [...] desde o ponto de vista da antijuridicidade, o injusto material da lesão a bens jurídicos pode ser excluído por uma colisão entre dois bens jurídicos, em que se prefira o interesse pelo bem jurídico mais valorado em detrimento do menos valorado, com o que o resultado, em que pese o sacrifício de um bem jurídico, produz algo socialmente proveitoso ou, ao menos, não se produz um dano social jurídico-penalmente relevante” (ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general, tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid: Civitas, 1997, p. 557, tradução livre).

²²⁴ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 175.

²²⁵ “[...] quem invoca o consentimento presumido interfere sem permissão, e, assim realizando o tipo delitivo, nos bens jurídicos de outrem, e somente pode estar justificado pelo fato de que se presume um consentimento segundo um juízo objetivo” (ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general, tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid: Civitas, 1997, p. 765).

²²⁶ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal da medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 197-199; ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general, tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid: Civitas, 1997, p. 521.

²²⁷ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general, tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid: Civitas, 1997, p. 526.

ante sua violação”²²⁸, ou “a validade fática das normas, que garantem que se pode esperar o respeito aos bens, aos papéis e à paz jurídica”²²⁹.

Nesse sentido, o autor defende que a violação do bem jurídico não se dá com a lesão ao objeto da proteção normativa – pois, se assim fosse, seria preciso proibir fatos jurídicos não humanos ou atos jurídicos inevitáveis que os afetassem, o que não é função do Direito Penal²³⁰ –, mas somente a partir da afronta à carga axiológica que a norma deposita sobre tal objeto, afronta essa derivada de uma conduta humana. O delito, portanto, comunica socialmente um projeto de mundo diverso daquele preconizado pela norma, negando-lhe significado, razão pela qual o Direito Penal se vale da reação punitiva, para reforçar a vigência normativa²³¹.

Partindo desses baluartes teóricos, Jakobs constrói uma teoria tripartite do consentimento do ofendido. Nos casos de bens jurídicos disponíveis, que constituem meio de desenvolvimento da personalidade de seu titular (o autor cita a propriedade, os bens personalíssimos e a integridade física), a concordância da vítima, seja na forma de acordo, seja na forma de consentimento, sempre afastará a imputação objetiva e, com isso, a realização do tipo. A noção de acordo, aqui, não difere das anteriormente citadas. O consentimento excludente do tipo, por seu turno, elimina a valoração negativa do resultado, uma vez que, havendo anuência do titular, “desde o princípio o comportamento não supõe uma defraudação de expectativas”²³².

Se os bens jurídicos em questão, contudo, não servirem ao desenvolvimento pessoal do titular individual ou se este se afastar do *standard* geral, anuindo com uma prática lesiva despropositada, a lesão implicará “uma defraudação de expectativas que não se pode solucionar somente a partir do consentimento”²³³. De todo modo, o injusto será diminuído, pois já não se trata de uma lesão a um bem

²²⁸ JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general: fundamentos y teoria de la imputación**. Madrid: 1995, p. 45, tradução livre.

²²⁹ *Ibidem*, p. 58, tradução livre.

²³⁰ *Ibidem*, p. 44-47. Nesse ponto, denota-se a influência da obra de Welzel na doutrina funcionalista de Jakobs, uma vez que este retoma o argumento de que o Direito Penal protege bens jurídicos por meio de proibições e mandatos que conformam “deveres ético-sociais elementares (valores de ato), cuja vigência é assegurada através da cominação de pena à sua lesão. Somente assim se obtém uma proteção realmente eficaz e permanente dos bens, e restrita, ademais, às formas de agressão reprováveis desde um ponto de vista ético-social” (WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Santiago: 1993, p. 05, tradução livre). De maneira semelhante, a doutrina norte-americana aponta que “atos de *lesionar* são os objetos diretos da lei penal, não simplesmente estados de lesão em si”, de modo que interesses “podem ser bloqueados ou derrotados por eventos de natureza impessoal ou por simples má sorte. Mas eles só podem ser ‘invadidos’ por seres humanos” (FEINBERG, Joel. **Harm to Others**. New York: Oxford University Press, 1984, p. 31, 34, tradução livre).

²³¹ *Ibidem*, p. 46, tradução livre.

²³² *Ibidem*, p. 294, tradução livre.

²³³ *Ibidem*, p. 295, tradução livre.

jurídico de um titular singular, senão da colocação em perigo da existência geral de determinados bens, mediante a inobservância dos princípios de ação esperados²³⁴.

2.1.5 Tomada de posição: o consentimento como causa de afastamento da tipicidade da conduta lesiva.

Diante das colocações acima, é possível enxergar um espectro com dois extremos contrapostos. Partindo dos três pontos chave previamente estipulados – (i) função do direito penal; (ii) conceito de bem jurídico; e (iii) etapa de análise da materialidade delitiva –, tem-se, de um lado, uma extremidade liberal, que circunscreve a atuação do Direito Penal à prevenção de lesões não consentidas a bens jurídicos titularizados por terceiros, evita uma concepção objetivista de bem jurídico e compreende a dimensão axiológica do tipo penal, que exige a ocorrência de um resultado jurídico correspondente à lesão/perigo ao bem jurídico; e, de outro, uma extremidade coletivista, que preza pela garantia de bens e valores socialmente relevantes, dispensa a categoria *bem jurídico* ou lhe atribui um conceito objetivista (idealista ou materialista) e não faz depender da conduta ou vontade da vítima o desvalor de resultado, admitindo, quando muito, um juízo de ponderação entre o interesse social na proteção do bem e a liberdade individual de dele dispor.

Aqui, vale ressaltar a observação de Mezger, segundo a qual “nas épocas em que se segue uma orientação individualista, se estende, em geral, o âmbito do consentimento eficaz, ao passo em que naquelas em que se destaca o valor da coletividade, tende-se a restringi-lo”²³⁵. No mesmo sentido, pode-se afirmar que entre as duas extremidades apontadas, encaixam-se as teorias do delito retro apreciadas e tantas outras que aqui não encontram espaço para discussão, conforme se aproximem mais ou menos de cada um dos extremos descritos. Em geral, teorias mais próximas à extremidade liberal tendem a adotar um modelo de consentimento monista, que sempre afasta a tipicidade, a não ser nos casos de consentimento presumido. Contrariamente, teorias mais próximas da extremidade coletivista tendem a abraçar o modelo dualista, em que o acordo afasta a tipicidade e o consentimento (expresso ou presumido), quando permitido, a antijuridicidade.

²³⁴ *Ibidem*, p. 525.

²³⁵ MEZGER, Edmund. **Derecho Penal: parte general**. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, p. 163, tradução livre.

Na doutrina nacional, a postura do jurista Juarez Tavares exemplifica o intercâmbio entre as duas vertentes e ilustra uma mudança de paradigma, passando de uma doutrina de viés coletivista, que admitia o consentimento como causa de justificação nos poucos casos que envolviam bens particulares renunciáveis²³⁶, para uma postura mais liberal, em que “o consentimento do titular do bem jurídico quanto à sua lesão constitui uma causa de exclusão da tipicidade da conduta”²³⁷.

Neste trabalho, a adoção do *harm principle* como limite à ingerência estatal – orientada à prevenção de lesões e perigos não anuídos, uma vez que não se pode ser vítima de uma conduta própria e voluntária –, conjugada à ideia de bem jurídico como relação de disponibilidade e à postura antipaternalista e antimoralista defendida, inviabiliza a opção pela teoria dualista do consentimento.

O consentimento do ofendido afasta a tipicidade objetiva da conduta, uma vez que todo tipo penal protege, sobretudo, a autodeterminação da vítima para com os bens de seu interesse, razão pela qual “em todos os crimes deve-se pressupor um dissenso por parte do titular do bem jurídico”²³⁸. Poderá haver, assim, o não preenchimento da dimensão objetiva formal – nos casos em que a anuência da vítima para com a lesão não permita que a conduta seja subsumida ao enunciado típico – ou da dimensão objetiva material – nos casos em que, a despeito de a conduta se amoldar ao tipo formal, não haja lesão, mas realização do bem jurídico.

O não preenchimento da tipicidade objetiva material em razão do consentimento descaracterizará não somente o desvalor de resultado, que inexistente, como também o desvalor de ação, visto que a conduta orientada à satisfação da livre disposição de um bem por seu titular, desde o princípio, não possui o condão de afrontar as expectativas normativas e receber uma valoração jurídica negativa.

Não se está afirmando, com isso, que o objeto do consentimento do ofendido seja a ação praticada por outrem. O desvalor de ação é estabelecido pela afronta à norma positivada e o consenciente de maneira alguma possui a capacidade de derogar a norma, cujo teor é estabelecido coletivamente pela sociedade²³⁹. Ao

²³⁶ TAVARES, Juarez. O consentimento do ofendido no Direito Penal. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 12, n. 0, 1969.

²³⁷ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 246.

²³⁸ *Ibidem*, p. 246.

²³⁹ COSTA ANDRADE, Manuel da. **Consentimento e acordo em Direito Penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista**. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1991, p. 358; ROXIN, Claus. La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida: sobre el alcance del principio de

indicar a ação como objeto do consentimento, arrisca-se privar o portador dos bens jurídicos do controle sobre a área do consentimento, fazendo com que sobre ele recaiam danos não previstos, que o acaso associa a contatos sociais arriscados²⁴⁰. Não obstante, diversas são as condutas típicas pluriofensivas – simultaneamente afrontosas a mais de um bem jurídico –, razão pela qual admiti-las como objeto da anuência pode fazer com que se abarquem no consentimento lesões indesejadas²⁴¹.

Diante da complexidade das relações interpessoais, “só o resultado pode emprestar à *área de consentimento* a segurança de limites que ela reclama”²⁴², devendo a decisão tomada pelo consenciente ser certa e estrita. Ocorre, porém, que os postulados liberais e a atenção ao princípio da lesividade impedem que sobre uma conduta praticada com base no consentimento do ofendido recaia um juízo de desvalor. Não haverá quebra de expectativas normativas pela prática conduzida conforme a concordância da vítima e dirigida única e exclusivamente contra seus bens, nos limites do anuído, já que a norma busca prevenir danos não consentidos.

A ausência de desvalor de ação não se dá porque ação e objeto do consentimento coincidem. Dá-se porque a norma estabelecida com atenção ao *harm principle* e ao bem jurídico como relação de disponibilidade não almeja proibir empreendimentos autorreferentes, que, pela falta de violação insuportável de bens jurídicos essenciais, não significam tipos de ação delituosa. O âmbito de incidência da norma, assim, não abarca as condutas formalmente lesivas, mas praticadas em conformidade à autorrealização da vítima titular do bem jurídico.

Sustentar que o desvalor de ação subsiste mesmo nos casos de consentimento válido e conhecido pelo agente causador do dano implica reconhecer, indevidamente, que toda lesão consentida constitui crime tentado, ou tentativa impossível (pela impropriedade do objeto). Ademais, implica contradições, como a de que “apesar da criação do risco proibido, este não representa um perigo ao bem jurídico [...] pois o risco é inócuo e incapaz, devido ao consentimento, de criar um perigo penalmente relevante”²⁴³. Ora, se é inócuo, não é proibido.

autorresponsabilidad en el Derecho Penal. **InDret: revista para el análisis del derecho**. Barcelona, Enero de 2013, p. 13.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 331.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 335.

²⁴² COSTA ANDRADE, Manuel da. **Consentimento e acordo em Direito Penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista**. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1991, p. 358.

²⁴³ COSTA, Lucas Gabriel Santos. **Heterocolocação em perigo consentida em condutas imprudentes de trânsito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 167.

Conforme será visto no item 2.2.3, a conduta somente será desvalorada quando não respeitar os limites do consentimento – por exemplo, um médico que, após obter o consentimento do paciente para com as lesões corporais características de uma cirurgia, procede com a operação sem esterilizar previamente os materiais, gerando risco de infecções e lesões que extrapolam o que fora anuído – ou quando o autor não souber da existência do consentimento do ofendido – e, portanto, da impossibilidade de gerar um resultado juridicamente relevante.

As tentativas de enquadrar o consentimento como justificante supralegal defendem que uma lesão consentida constitui um ato *prima facie* proibido, porém circunstancialmente permitido, quando o que ocorre é uma conduta permitida de modo geral, pois realizadora da autodeterminação conjunta da vítima e do autor. O indivíduo humano é guiado pela lógica da autossuficiência e independência²⁴⁴, que remete ao núcleo particular de liberdade e dignidade que somente a ele diz respeito, demarcado por fronteiras que ninguém deve ultrapassar. A liberdade de uma sociedade, classe ou grupo, nesse sentido, “é medida pela força dessas barreiras, e pelo número e importância dos caminhos que elas deixam abertos para seus membros – senão para todos, para grande parte deles”²⁴⁵. Na medida em que a lesão consentida se encontra no âmbito de independência individual da vítima para com seus bens, sequer são possíveis os juízos de ponderação aos quais as teorias dualistas recorrem, através de duas hipóteses que não se sustentam.

A primeira tese foi aventada por Noll²⁴⁶, que, na tentativa de contrapor o modelo concebido por Mezger²⁴⁷, elabora um juízo de ponderação dividido em duas etapas. Num primeiro momento, haveria um conflito de bens intrapessoais, pertencentes ao mesmo titular, no qual estariam contrapostos o objeto material da ação (considerado o objeto de proteção da norma) e a liberdade individual de disposição – ou, adotando-se a terminologia aqui apregoada, as dimensões

²⁴⁴ RENAUT, Alain. **O Indivíduo: reflexão acerca da filosofia do sujeito**. Rio de Janeiro: DIFEL, 2004.

²⁴⁵ BERLIN, Isaiah. Two concepts of liberty. In: BERLIN, Isaiah. **The Proper Study of Mankind: an anthology of essays**. London: Chatto & Windus, 1997, p. 237, tradução livre.

²⁴⁶ Apud COSTA ANDRADE, Manuel da. **Consentimento e acordo em Direito Penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista**. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1991, p. 147-160.

²⁴⁷ Edmund Mezger reconhecia que o consentimento do ofendido e o consentimento presumido não traziam à tona conflitos normativos que precisassem ser resolvidos a partir da ponderação de bens. Assim, dividia as causas de justificação em duas espécies, enquadrando o consentimento como uma modalidade guiada pelo princípio da ausência de injusto; ausência de interesse (MEZGER, Edmund. **Derecho Penal: parte general**. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, p. 162-16).

objetivas e subjetivas do bem jurídico. Aqui, ocorre uma valoração subjetiva, em que o titular pode hierarquizar seus interesses da maneira que melhor lhe aprouver. Concluída a primeira etapa, contudo, procede-se com o conflito entre a valoração subjetiva do lesado e a valoração objetiva da lei, devendo-se sopesar os bens tipicamente protegidos, mas sacrificados pela vítima, com os interesses perseguidos ou os bens salvaguardados através do ato de disposição.

Ao fim e ao cabo, a construção de Noll “acaba por pôr entre parênteses a liberdade individual, à partida definida como sua matriz axiológica e político-criminal. O exercício da liberdade de consentir tende a converter-se no entreposto da colisão de interesses ou bens distintos da liberdade e sobre os quais a ordem jurídica verte os seus critérios de valoração e prevalência”²⁴⁸. A proposta assimila o bem jurídico à sua dimensão objetiva, olvidando-se de seu aspecto relacional e negligenciando o fato de que a tomada de decisão por parte do consenciente já reflete a valoração relevante no caso concreto, qual seja, do titular sobre seus próprios bens²⁴⁹; submeter a autonomia a um juízo de ponderação é convertê-la em heteronomia, o que não se admite em um ordenamento comprometido com a liberdade individual²⁵⁰.

Essa reflexão leva diretamente à segunda hipótese de ponderação, que apela ao conflito “entre a autonomia do sistema pessoal individual e a heteronomia, tendencialmente generalizante, do sistema social”²⁵¹. Seus adeptos admitem a hierarquização social de valores como o fundamento precípua (senão único) da danosidade e ilicitude material, afirmando que a lesividade social transcende e subsiste ao exercício da autonomia pessoal²⁵². Trata-se, contudo, de um entendimento nitidamente coletivista e, a depender do fundamento, paternalista ou moralista. Conforme aponta a doutrina, “os bens jurídicos individuais devem se destinar à tutela das escolhas existenciais e do desenvolvimento da personalidade

²⁴⁸ COSTA ANDRADE, Manuel da. **Consentimento e acordo em Direito Penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista**. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1991, p. 156.

²⁴⁹ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal da medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 203-204.

²⁵⁰ GRECO, Luís; SIQUEIRA, Flávia. Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no direito penal médico. In: COSTA, José de Faria [et al.]. **Estudos em homenagem ao prof. doutor Manuel da Costa Andrade: volume I, Direito Penal**. Coimbra: Sersilto-Esmprsa Gráfica Ltda., 2017, p. 655.

²⁵¹ COSTA ANDRADE, Manuel da. **Consentimento e acordo em Direito Penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista**. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1991, p. 258.

²⁵² *Ibidem*, p. 108.

dos seus titulares, e não da sociedade”²⁵³, razão pela qual os limites às faculdades de disposição do consenciente são poucos e devem ser devidamente justificados.

O último e único reduto consentimento do ofendido como justificativa supralegal corresponde à figura do consentimento presumido, que possui caráter subsidiário ao consentimento expresso e conta com duas características essenciais: a impossibilidade (temporária ou permanente) da vítima de exprimir sua anuência ou discordância para com o ato lesivo; e a premência da tomada de atitude pelo autor, sob pena de que o decurso do tempo gere danos e torne quaisquer esforços ulteriores inúteis ou pouco relevantes²⁵⁴. Presentes esses elementos, realiza-se um juízo de ponderação com base em indícios da hierarquização pessoal de valores da vítima ou, ausentes esses indícios, em um padrão de valores objetivos. Quem, subsidiariamente, atua com base no consentimento presumido, interfere sem permissão em bens jurídicos alheios, realizando o tipo delitivo, mas agindo de forma justificada pela presunção amparada em indícios objetivos da vontade do titular²⁵⁵.

Ainda que parte da doutrina defenda que o consentimento presumido não passa de uma espécie de estado de necessidade²⁵⁶, ambos os institutos guardam diferenças entre si. Enquanto o estado de necessidade é marcado pela intersubjetividade, realizando-se uma ponderação objetiva de interesses em conflito pertencentes a titulares distintos, o consentimento presumido possui caráter intrasubjetivo, razão pela qual se empreende a busca pela vontade hipotética do titular do bem jurídico²⁵⁷. As figuras, contudo, aproximam-se “na medida em que a vontade hipotética do sujeito em cujos bens se produz a ingerência coincidirá, em muitos casos, com o resultado de uma ponderação objetiva de interesses”²⁵⁸.

²⁵³ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal da medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 204.

²⁵⁴ COSTA ANDRADE, Manuel da. **Direito penal médico: SIDA: testes arbitrários, confidencialidade e segredo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 59.

²⁵⁵ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general, tomo I: fundamentos. La estructura de la teoria del delito**. Madrid: Civitas, 1997, p. 765.

²⁵⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal: parte geral**. Granada: 2002, p. 415; WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**. Santiago: 1993, p. 111; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho Penal: Parte General**. Buenos Aires: EDIAR, 2000, p. 480; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal: parte general, III**. Buenos Aires: EDIAR, 1981, p. 526.

²⁵⁷ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal da medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 319-325; COSTA ANDRADE, Manuel da. **Direito penal médico: SIDA: testes arbitrários, confidencialidade e segredo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 58; 209.

²⁵⁸ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general, tomo I: fundamentos. La estructura de la teoria del delito**. Madrid: Civitas, 1997, p. 766.

Definido o enquadramento do consentimento do ofendido no conceito analítico de crime, parte-se à análise de suas características e requisitos de validade.

2.2 REQUISITOS DO CONSENTIMENTO VÁLIDO.

O consentimento é um ato jurídico unilateral e, uma vez prestado, pode ser revogado, expressamente, a qualquer tempo. Em geral²⁵⁹, não bastará a vontade natural do consenciente, “porque a conformidade somente serve ao livre desenvolvimento da personalidade quando se apoia em um entendimento suficiente do sentido e do alcance da intervenção”²⁶⁰. Ainda que não seja imprescindível, documentar o consentimento pode servir como meio de prova da concordância válida e informada da vítima, podendo ser relevante em eventual demanda judicial.

Para que seja válido, deve obedecer a requisitos de ordem objetiva e subjetiva. São eles: a) titularidade do bem jurídico afetado; b) capacidade em abstrato; c) capacidade em concreto (ausência de vícios de conhecimento ou vontade); d) manifestação prévia; e) correspondência entre as condutas consentida e praticada; e f) ciência do consentimento pelo autor da lesão.

Por conta da relevância do tema para esse trabalho, reservou-se maior espaço ao estudo do requisito da titularidade do bem jurídico, conforme segue.

2.2.1 Titularidade do bem jurídico afetado.

Parte da doutrina, ao invés de falar em titularidade, remete à disponibilidade do bem jurídico. Na esteira do que já foi dito, contudo, o bem jurídico caracteriza-se justamente por sua disponibilidade. Não há sequer razão para, como fazem alguns autores²⁶¹, enfatizar a diferença entre disposição e destruição do bem jurídico. Destruir configura o limite quantitativo do dispor, de modo que sempre que houver

²⁵⁹ A exceção se dá nos crimes em que a resistência da vítima compõe a redação típica, de modo que, inexistindo dissenso, afasta-se a tipicidade objetiva formal. Roxin afirma que, nesses casos, o bem jurídico seria a própria vontade natural da vítima (ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general, tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid: Civitas, 1997, p. 536).

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 538.

²⁶¹ BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. **Bem jurídico-penal supraindividual: novos e velhos desafios da teoria do bem jurídico**. 243f. Belo Horizonte, 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, p. 137; SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal da medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 191-192 e 220-222; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho Penal: Parte General**. Buenos Aires: EDIAR, 2000, p. 240.

uma destruição voluntária ou consentida, haverá disposição em seu máximo grau, porém nem sempre que houver disposição, haverá destruição.

A inexistência de bens jurídicos indisponíveis, no entanto, não afasta a necessidade de verificar se, no caso concreto, aquele que consente é o titular da relação de disponibilidade, concentrando as prerrogativas de aquiescência. Pode ocorrer, ainda, o estreitamento de determinados âmbitos de disponibilidade do titular. Inexistindo, porém, restrição legal expressa, presume-se a disponibilidade²⁶². São exemplos de restrição e mercedores de atenção, a instigação ou auxílio ao suicídio e à automutilação (art. 122, CP) e o estupro de vulnerável (art. 217-A, CP).

2.2.1.1 Da disponibilidade da vida: colaboração a suicídio e homicídio a pedido.

O âmbito de disposição que mais suscita debate e tentativas de restrição, diz respeito às autolesões e heterolesões consentidas à vida do titular.

A abordagem da temática será feita em três etapas. Primeiramente, serão analisados os argumentos teóricos comumente utilizados para defender a punibilidade da colaboração ao suicídio ou da prática de homicídio a pedido.

Vale ressaltar que a tese de indisponibilidade da vida não será analisada, pois já foi rechaçada ao longo do trabalho, principalmente no primeiro capítulo.

Num segundo momento, aborda-se o antigo tipo penal de “induzimento, instigação ou auxílio a suicídio”, vigente no ordenamento até o dia 25/12/2019.

O objeto de análise final corresponderá ao crime de “induzimento, instigação ou auxílio a suicídio ou a automutilação”, oriundo da Lei nº 13.968/2019, aprovada em 26/12/2019, que alterou a redação do artigo 122, do Código Penal.

²⁶² ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general, tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid: Civitas, 1997, p. 521-522. Nesse ponto, Roxin inverte a lógica sustentada por Binding, de que somente seria possível a disposição caso o legislador a autorizasse expressamente, havendo, na redação típica, a previsão do dissenso da vítima como elementar do crime. Nesses casos, o legislador, ao ponderar as dimensões do interesse social e da liberdade individual, estaria reconhecendo “um bem jurídico como digno e carecido de tutela penal se e na medida em que exista uma vontade individual de o proteger” (COSTA ANDRADE, Manuel da. **Consentimento e acordo em Direito Penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista**. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1991, p. 82). Não havendo, porém, autorização para essa disposição, presumia-se que o sopesar entre a autonomia da vítima e o interesse público/coletivo na persecução penal já tinha sido efetuado na etapa prévia à positivação, prevalecendo o interesse da coletivo (*Ibidem*, p. 77-84).

2.2.1.1.1 Colaboração a suicídio e homicídio a pedido: aspectos teóricos.

O suicídio assistido, criminalizado em países como Brasil, Espanha²⁶³ e Itália²⁶⁴, não se confunde com o homicídio a pedido, tipificado pelos Códigos Penais Alemão (§216)²⁶⁵ e Português (art. 134)²⁶⁶. Enquanto aquele proíbe diretamente a participação no suicídio – que, na ausência do tipo penal específico, seria impune, uma vez que corresponderia à participação em conduta atípica²⁶⁷ –, este criminaliza a conduta do sujeito que comete um homicídio mediante pedido da vítima.

²⁶³ O tipo penal brasileiro encontra parcial correspondência no artigo 143, do Código Penal Espanhol, que, no ano de 2019, serviu de base à prisão temporária de Ángel Hernández. O réu preparou uma substância letal (pentobarbital sódico) a María José Carrasco, sua esposa, que sofria de esclerose múltipla. Esta ingeriu o produto e faleceu. O caso repercutiu, culminando com a obtenção de mais de um milhão de assinaturas em favor da descriminalização da eutanásia, num país em que a contrariedade a este tipo penal já vinha se demonstrando há anos (BENITO, Emilio de; JAN, Cecilia. **Idoso é preso por ajudar esposa a fazer eutanásia após 30 anos de luta contra esclerose múltipla**. El País, Madri, 04/04/2019. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/04/04/internacional/1554365744_092895.html>; TROYA, María Sosa. **Idoso que ajudou esposa a morrer: “Os policiais diziam: teríamos feito o mesmo”**. El País, Madri, 05/04/2019. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/04/05/internacional/1554461402_394602.html>; BREÑA, Carmen Morán. **Um milhão de assinaturas para descriminalizar a eutanásia na Espanha**. El País, Madri, 12/07/2019. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/07/11/internacional/1562859484_327711.html>. Acesso em: dezembro de 2019).

²⁶⁴ Na Itália, foi recentemente julgado o caso envolvendo a morte de Fabiano Antoniani, conhecido como DJ Fabo. O músico havia ficado tetraplégico e cego, em virtude de um acidente de trânsito, ocorrido em 2014. No ano de 2017, Marco Cappato lhe ajudou a viajar até a Suíça, para a realização de suicídio assistido, o que ocorreu em fevereiro daquele ano. Ao retornar para a Itália, Marco Cappato comunicou o fato às autoridades policiais e iniciou uma campanha de desobediência civil junto à SOSEutanásia, tendo sido indiciado pela prática de auxílio ao suicídio, tipificado no artigo 580, do Código Penal Italiano. O processo judicial culminou com pedidos, tanto do Ministério Público, quanto da defesa, de absolvição e discussão da constitucionalidade do tipo penal de suicídio assistido. A Corte Constitucional Italiana se manifestou no sentido de que nem sempre quem ajuda alguém que passa por situação de sofrimento intolerável a se matar comete crime, abrindo as portas para que seja debatida eventual proposta de reforma legislativa. Após a decisão da Corte Superior, Marco Cappato foi absolvido pelo Tribunal de Milão, em acórdão que enfatizou o caráter livre da escolha de Fabiano Antoniani (ASSOCIAZIONE LUCA CONSCIONI. **The Cappato Trial Step by Step**. Disponível em: <<https://www.associazionelucacoscioni.it/the-cappato-trial-step-by-step/>>; AFP. **Assisting a suicide is not always a crime, rules Italian court**. The Guardian, Rome, 25/09/2019. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/society/2019/sep/25/assisting-a-suicide-is-not-always-a-rules-italian-court>>; LA REPUBBLICA. **Dj Fabo, assolto Marco Cappato dopo la Consulta: “Il fatto non sussiste, non fu aiuto al suicidio”**. La Repubblica, Milano, 23/12/2019. Disponível em: <https://milano.repubblica.it/cronaca/2019/12/23/news/dj_fabo_marco_cappato_eutanasia_consulta_p_rocesso_milano-244187815/>. Acesso em: dezembro de 2019).

²⁶⁵ §216. I. Cuando alguien sea determinado al asesinato satisfaciendo el deseo manifestado y sincero del muerto, será condenado a pena de privación de libertad de seis meses a cinco años (ENCINAS, Emilio Eiranova (Coord.). **Código penal alemán StGB – Código procesal penal alemán StPO**. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 127).

²⁶⁶ Art. 134. 1 - Quem matar outra pessoa determinado por pedido sério, instante e expresso que ela lhe tenha feito é punido com pena de prisão até 3 anos. 2 - A tentativa é punível.

²⁶⁷ “[...] o suicídio é um fato atípico e, como a participação requer uma acessoriedade mínima com o fato principal, ou seja, a adesão do partícipe deve ser uma conduta principal no mínimo típica, para punir quem participa dolosamente do suicídio houve a necessidade de criar um tipo penal específico”

Não obstante as distinções, os principais fundamentos levantados para restringir a destruição da própria vida mediante a participação ou autoria de terceiros costumam ser os mesmos em ambos os casos: (i) incompreensão, não razoabilidade ou irracionalidade da vontade ou conduta suicida; (ii) relevância dos tabus em torno do suicídio; (iii) irreversibilidade do resultado morte; e (iv) perigo abstrato de que o consentimento da vítima não esteja maduro. Dentre os fundamentos citados, somente o último se sustenta, sendo reforçado pelo terceiro.

Segundo Zaffaroni, nos casos de auxílio ao suicídio ou homicídio a pedido, a conduta do sujeito passivo é incompreensível, não sendo admissível que alguém possa se autorrealizar socialmente destruindo todos os seus bens jurídicos²⁶⁸. Por essa via argumentativa, erige-se (i) um critério de racionalidade, que pode assumir características objetivas ou subjetivas, possibilitando intervenções paternalistas.

Um parâmetro de racionalidade puramente objetiva estabelece padrões valorativos de conduta e bem-estar através de uma hierarquia heterônoma de interesses a serem tutelados de maneira ideal e objetiva²⁶⁹, independentemente das vontades do sujeito concreto e de seu apreço pelos mesmos valores. Por seu turno, um critério de racionalidade subjetiva busca analisar a estabilidade das preferências e juízos valorativos do consenciente, autorizando a intervenção de caráter paternal nas situações em que a decisão se mostre descontínua para com os padrões valorativos e de comportamento prévios do mesmo sujeito²⁷⁰.

A noção de racionalidade subjetiva inegavelmente promove maior respeito às preferências individuais, permitindo intervenções somente quando a decisão tomada não estiver concatenada a um retrospecto valorativo estável e, desse modo, sendo

(COSTA, Lucas Gabriel Santos. **Heterocolocação em perigo consentida em condutas imprudentes de trânsito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 179-180); “Não sendo incriminada a ação de matar-se ou a tentativa de suicídio, a participação em tais atos não poderia ser punível: não há participação punível senão em fato delituoso. Todavia, as legislações modernas, atendendo ao valor excepcional da vida humana, passaram a prever uma figura de delito *sui generis*, com a participação no suicídio que alguém pratique” (FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal, parte especial: volume I – arts. 121 a 212 do CP**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 68).

²⁶⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho Penal: Parte General**. Buenos Aires: EDIAR, 2000, p. 241 e 521.

²⁶⁹ BROCK, D; BUCHANAN, A. **Decidir por otros: ética de la toma de decisiones sub-rogada**. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas: Programa de Maestria y Doctorado em Filosofia: Fôndo de Cultura Económica, 2009, p. 44.

²⁷⁰ CARVALHO, Gisele Mendes de. DUMAS, Camila Cristina de Oliveira. **Quando o paciente diz não: uma análise da recusa de tratamento no ordenamento jurídico brasileiro**. Birigui: Boreal Editora, 2017, p. 132.

preferível ao critério de racionalidade objetiva²⁷¹. No entanto, continua sendo um critério inadequado, que abre espaço a intervenções paternalistas ilegítimas.

O fato de incidir somente nos casos em que o indivíduo recusa à proteção normativa denota que seu método de aplicação parte de uma racionalidade objetiva subsidiária e não declarada. O intuito não é o de salvaguardar as preferências subjetivas do titular do bem jurídico, mas de pô-las em xeque quando afrontarem os parâmetros valorativos normativamente estabelecidos, conferindo maior relevância a esses, portanto. A título de exemplo, um paciente que aceite a realização de uma transfusão sanguínea mesmo sendo Testemunha de Jeová não terá sua decisão questionada; caso contrário, chegar-se-ia à conclusão de que se trata de uma opção irracional, pois destoante de suas *preferências de longo prazo*, que englobam crenças e princípios religiosos. Noutro sentido, a teoria da racionalidade subjetiva permitiria negar a validade da decisão da Testemunha de Jeová recém-convertida que, de maneira convicta e devidamente informada, recusa uma transfusão, sob o argumento de que não se trata de uma decisão baseada em valores estáveis.

A independência para a autodeterminação individual permite com que cada um seja responsável pela configuração de sua vida, de acordo com sua própria personalidade – “coerente ou não, mas de qualquer modo distintiva”²⁷². Aquele que “quer causar dano a si e até mesmo privar-se da vida, para se castigar, ou porque considera que a vida carece de sentido e a morte é uma libertação”²⁷³, não pode, sem mais nem menos, ser considerado irracional, pelo simples fato de seu comportamento autodestrutivo ser incompreensível a partir da ótica de terceiros.

O que justifica a intromissão em condutas alheias é a falta de voluntariedade e não supostas irracionalidades, não sendo possível deduzir aquela a partir destas²⁷⁴. A tomada de decisões em geral consideradas irracionais “faz parte do direito de cada um de poder conduzir a sua vida em conformidade com seus próprios

²⁷¹ BROCK, Dan; BUCHANAN, Allen. **Decidir por otros: ética de la toma de decisiones subrogada**. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas: Programa de Maestría y Doctorado en Filosofía: Fondo de Cultura Económica, 2009, p. 60-61; CARVALHO, Gisele Mendes de. DUMAS, Camila Cristina de Oliveira. **Quando o paciente diz não: uma análise da recusa de tratamento no ordenamento jurídico brasileiro**. Birigui: Boreal Editora, 2017, p. 59.

²⁷² DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 319.

²⁷³ VALDES, Ernesto Garzón. ¿Es eticamente justificable el paternalismo jurídico?. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, nº 5, 1998, p. 168, tradução livre.

²⁷⁴ FEINBERG, Joel. **Harm to self: the moral limits of criminal law**. New York: Oxford University Press, 1986, p. 106-113.

projetos”²⁷⁵, razão pela qual se deve partir da premissa de que “adultos competentes são livres para fazer maus investimentos, desde que os outros não os enganem nem lhes soneguem informações”²⁷⁶. Ignorar decisões individuais sob a justificativa de que são irracionais é aproximar-se de uma variante deturpada da ideia de liberdade positiva, a partir da qual se despreza o espaço de independência e liberdade negativa do indivíduo, em nome de uma *liberdade verdadeira*, que somente é atingida a partir do conhecimento e da subjugação do *eu irracional* ao *eu racional*²⁷⁷.

Se, por um lado, a ideia de irracionalidade do suicida legitima um paternalismo forte²⁷⁸ ou faz presumir precipitada e descuidadamente sua incapacidade em razão da suposta não razoabilidade de suas decisões, por outro, o (ii) apelo aos tabus contribui para a manutenção de perspectivas moralistas, comprometidas com a proteção simbólica de valores e concepções de vida positivadas na norma jurídica.

De acordo com essa perspectiva, a criação de tabus a respeito da morte de um terceiro, não justificada por legítima defesa, consolida o respeito pela vida humana e contribui para a proteção deste supremo bem jurídico²⁷⁹. Existiria um interesse geral da comunidade na preservação da vida de seus membros, excetuado apenas quando do suicídio de mão própria, sem a participação de terceiros. Quanto ao homicídio a pedido, a terceirização da conduta lesiva afastaria as inibições naturais envolvidas na execução da conduta suicida de mão própria, o que tornaria desejável o tabu da intangibilidade da vida alheia como um contraestímulo²⁸⁰.

Sobre essa questão, considera-se suficiente a discussão travada no capítulo anterior, em que foram abordados os aspectos essenciais do princípio liberal do

²⁷⁵ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal da medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 74; 238-239.

²⁷⁶ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 315.

²⁷⁷ BERLIN, Isaiah. Two concepts of liberty. In: BERLIN, Isaiah. **The Proper Study of Mankind: an anthology of essays**. London: Chatto & Windus, 1997, p. 212-226.

²⁷⁸ O paternalismo forte ou rígido (*hard*) admite intervenções mesmo em casos de sujeitos capazes para tomar decisões esclarecidas e assumir os riscos e danos oriundos de suas próprias condutas. Distingue-se do paternalismo fraco ou moderado (*soft*), que incide sobre indivíduos ou grupos cuja capacidade não seja aferível de maneira plena (MARTEL, Leticia de Campos Velho. **Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida**. 475f. Rio de Janeiro, 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, p. 129).

²⁷⁹ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general, tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid: Civitas, 1997, p. 529. Posteriormente, o autor deixou de admitir esse argumento, uma vez que contrariava a autodeterminação individual e os limites impostos por um conceito crítico de bem jurídico (*apud* SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal da medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 374-375).

²⁸⁰ HIRSCH, Hans Joachim. **Derecho penal: obras completas – Tomo III**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 82-83.

dano como parâmetro essencial à validade da intervenção estatal. Vale lembrar que dentre as funções do conceito de bem jurídico, encontra-se o afastamento do moralismo puro, do paternalismo e da tutela penal de tabus, casos em que inexiste lesão a um terceiro não consenciente ou à coletividade.

A terceira alegação remete à (iii) irreversibilidade do resultado obtido a partir do comportamento suicida ou do homicídio a pedido. Argumenta-se que, diante da impossibilidade de retorno ao *status quo ante*, não se pode correr o risco de levar a cabo uma decisão possivelmente embasada em motivação errônea ou momentânea²⁸¹. A tese é válida, porém não possui o condão de justificar, sozinha, os tipos penais ora examinados. Todo ato de disposição (parcial ou total) de algo é irreversível. Ainda que se possa regredir no âmbito da disposição, tratar-se-á de uma nova situação e em um novo contexto, no qual o sujeito encontrará um leque maior de possibilidades de ação do que havia em um momento prévio. As circunstâncias anteriores, porém, não retornam, havendo somente a criação de novos ambientes em que o *status quo* pode se aproximar, mais ou menos, dos *status quo* de contextos já experimentados. Ademais, “é possível visualizar diferentes intervenções que, apesar de serem irreversíveis e implicarem a retirada permanente de partes saudáveis do corpo, representam o verdadeiro exercício da autonomia do paciente, como uma cirurgia de transgenitalização”²⁸².

O critério da irreversibilidade, entretanto, pode constituir um dos elementos relevantes à restrição do auxílio à disposição da própria vida, na medida em que esteja aliado ao critério da magnitude do objeto da relação e, sobretudo, sirva de reforço ao fundamento definitivo, correspondente ao (iv) risco de que os requisitos de exercício autônomo da disposição não estejam presentes. Sendo o suicídio um ato atípico, a participação em sua realização não deveria ser penalmente sancionável; o mesmo vale para o homicídio a pedido, que, segundo Jakobs, não passa de um suicídio com divisão de tarefas²⁸³. Estando presentes a consciência e a vontade do suicida de praticar o ato de forma autônoma, não haveria porque qualquer contribuição com sua realização ser considerada criminosa.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 83.

²⁸² SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal da medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 401.

²⁸³ “[...] o autor de um homicídio a pedido é também alguém que contribui com um suicídio, precisamente com um suicídio em divisão de tarefas. [...] o homicídio a pedido é unicamente uma variante do suicídio executado com divisão de trabalho”. JAKOBS, Günther. **Suicídio, eutanásia e direito penal**. Barueri: Manole, 2003, p. 23.

O único motivo para não permitir o consentimento válido quanto ao homicídio ou criminalizar o induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, é não admitir o risco de que um consentimento ou uma conduta precipitada ou sujeita a alterações psíquicas possa causar danos irreparáveis²⁸⁴. Noutros termos, é o perigo abstrato de que pedidos de homicídio ou atos suicidas não maduros ou irrefletidos sejam, respectivamente, levados a cabo ou impulsionados/endossados por terceiros²⁸⁵.

Ambos constituem crimes de perigo abstrato, que buscam proteger a vida de uma decisão potencialmente inválida, capaz de acarretar consequências drásticas e irreparáveis ao titular do bem jurídico. Ressalte-se, contudo, que se a vítima for nitidamente incapaz ou o agente a enganar ou constranger a cometer suicídio, mediante o emprego de violência ou ameaça grave, não se configura o crime analisado, mas o delito de homicídio através de autoria mediata²⁸⁶.

Por outro lado, autores como Jakobs defendem que, caso a decisão do suicida seja verificadamente madura e objetivamente razoável – em virtude das circunstâncias de penúria e sofrimento em que vive –, não estará presente o perigo que fundamenta o tipo penal em comento, o que ocorreria casos de eutanásia²⁸⁷.

2.2.1.1.2 Do induzimento, instigação ou auxílio a suicídio – o antigo art. 122, CP.

A legislação penal brasileira, até 25 de dezembro de 2019, criminalizava o ato de induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o fizesse (art. 122, CP)²⁸⁸. O preceito secundário cominava pena de reclusão de dois a seis

²⁸⁴ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general, tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid: Civitas, 1997, p. 529.

²⁸⁵ JAKOBS, Günther. **Suicídio, eutanásia e direito penal**. Barueri: Manole, 2003, p. 47.

²⁸⁶ COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito penal: parte especial**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008, p. 230; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal, parte especial: volume I – arts. 121 a 212 do CP**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 72; JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación**. Madrid: 1995, p. 299-302 e 769-771; PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 781; ORDEIG, Enrique Gimbernat. Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, UNED, nº Extraordinario 2, 2004, p. 85; ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general, tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid: Civitas, 1997, p. 252; ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Barcelona: Marcial Pons, 2000, p. 185-187 e 253-257; RUDOLPHI, Hans-Joachim. **Causalidad e imputación objetiva**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 65-66.

²⁸⁷ JAKOBS, Günther. **Suicídio, eutanásia e direito penal**. Barueri: Manole, 2003, p. 39-43.

²⁸⁸ O episódio mais recente envolvendo a suposta prática do crime em comento ocorreu em 05/10/2019, na região metropolitana de Curitiba/PR. A polícia militar tentava negociar com um potencial suicida, que subira no parapeito de um viaduto. Nesse ínterim, um ciclista que passava pelo local gritou: “Pula, pula, se mate vagabundo. Pula”. Ato contínuo, o rapaz saltou do viaduto, vindo a ser internado em estado grave. O ciclista foi preso em flagrante delito (TRIBUNA DO PARANÁ.

anos, se o suicídio de consumasse, ou de um a três anos, se da tentativa do suicídio resultasse lesão corporal de natureza grave. Ainda, seu parágrafo único previa a duplicação da pena caso o crime fosse praticado por motivo egoístico ou se a vítima fosse menor ou tivesse diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência.

A partir deste tipo penal, a doutrina brasileira majoritária²⁸⁹ afirmava que a vida era um bem indisponível e o suicídio um ato ilícito – vide o artigo 146, §3º, do Código Penal, que excetua da prática de constrangimento ilegal aquele que se valer de coação para impedir um suicídio –, não obstante atípico – o que era justificado por razões puramente pragmáticas, correspondentes à ineficácia da função preventiva da pena em face de um suicida, e humanitárias, condizentes com a perversidade de submeter à pena um suicida malsucedido.

Dos autores citados, constituíam exceção os que somente apontavam para a necessidade de resultado material, ignorando a classificação entre crime de dano ou perigo (concreto ou abstrato)²⁹⁰ – que guarda relação com a lesão ao bem jurídico. O entendimento pelo caráter material do delito advinha da concepção de que os resultados previstos no preceito secundário do artigo 122, do Código Penal – consumação do suicídio ou lesão corporal de natureza grave em razão de sua tentativa – constituíam elementos do injusto e não condição objetiva de punibilidade.

A maioria dos doutrinadores, entretanto, a partir do resultado naturalístico, concluía estar diante, não somete um crime material, como também de um crime de

Homem é preso após gritar “Pula!” para jovem que ameaçava se jogar de viaduto na Grande Curitiba. Tribuna, Curitiba, 05/10/2019. Disponível em: <<https://www.tribunapr.com.br/noticias/curitiba-regiao/homem-e-preso-apos-gritar-pula-para-jovem-que-ameaca-se-jogar-de-viaduto-na-grande-curitiba/>>. Acesso em: dezembro de 2019).

²⁸⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratando de direito penal: parte especial, volume 2.** São Paulo: Saraiva, 2007, p. 94; COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito penal: parte especial.** Rio de Janeiro: 2008, p. 226-227; DELMANTO, Celso. **Código penal comentado.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 232; ESTEFAM, André. **Direito penal, volume 2.** São Paulo: Saraiva, 2010, p. 125; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal, parte especial: volume I – arts. 121 a 212 do CP.** Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 70; GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa.** Niterói: Impetus, 2018, p. 95; HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao Código Penal, vol. IX, Arts. 250 a 361.** Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 227-228; JESUS, Damásio de. **Direito penal: parte especial, v. 2: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio.** São Paulo: Saraiva, 2014, p. 100; MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado: parte especial.** Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 53; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal.** São Paulo: Atlas, 2001, p. 82; NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal – parte geral – parte especial.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 618; PEDROSO, Fernando de Almeida. **Direito Penal, parte especial, v. 2: doutrina e jurisprudência.** São Paulo: Método, 2008, p. 197-198; TELES, Ney Moura. **Direito penal: parte especial: arts. 121 a 212, volume 2.** São Paulo: Atlas, 2004, p. 155.

²⁹⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal.** São Paulo: Atlas, 2001, p. 86; PEDROSO, Fernando de Almeida. **Direito Penal, parte especial, v. 2: doutrina e jurisprudência.** São Paulo: Método, 2008, p. 211; TELES, Ney Moura. **Direito penal: parte especial: arts. 121 a 212, volume 2.** São Paulo: Atlas, 2004, p. 161.

dano, incidindo em flagrante confusão entre as categorias de classificação que dividem entre crimes *materiais x formais x de mera conduta e de dano x de perigo*.

O entendimento que aqui se defende é outro. De início, cabe frisar que o suicídio não é alvo de sanção penal, não por meras questões pragmáticas relacionadas à teoria da pena, mas simplesmente pelo fato de que o suicídio não é um ato ilícito²⁹¹. E não é ilícito em razão de todos os postulados firmados através das discussões tecidas neste trabalho, relativos à disponibilidade como característica definitiva e constitutiva dos bens jurídicos e da primazia da autonomia e independência individual, em face de modelos jurídicos paternalistas e moralistas.

O artigo 146, do Código Penal, estabelece o crime de constrangimento ilegal, nos seguintes termos: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda”. Se, por um lado, constranger alguém a não fazer o que a lei permite é proibido, por outro, todo cidadão está autorizado a exigir de outrem que não faça o que a lei proíbe. Encontra-se implícito, portanto, que comportamentos ilícitos podem ser impedidos.

Caso o suicídio fosse um ato ilícito, por qual razão o legislador precisaria prever expressamente que a coação exercida para impedi-lo não configura constrangimento ilegal, uma vez que o próprio tipo penal não veda que se impeça outrem de realizar condutas ilícitas? Distintamente do que sustenta a ampla maioria da doutrina penal brasileira, a exceção é necessária precisamente por ser o suicídio um ato lícito, de modo que, não fosse o artigo 146, §3º, do Código Penal, aquele que evitasse um suicídio estaria praticando constrangimento ilegal.

Portanto, concluir, a partir do artigo 146, §3º, do Código Penal, que a lei proíbe o cidadão capaz e competente de se matar, é não perceber que, se assim fosse, todo comportamento que a lei não permite deveria estar elencado como exceção, o

²⁹¹ No mesmo sentido: PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 780. O debate sobre a licitude do suicídio é imemorial e deixou marcas em todo o ocidente. Muitas das legislações europeias pré-modernas, na esteira da cristandade, declaravam suicidas infames e confiscavam seus bens, tendo sido fortemente criticada por autores iluministas. Em uma carta datada do início do século XVIII, Montesquieu afirmava que a única razão para a proibição do suicídio era a vaidade dos seres humanos, que se sentiam importantes a ponto de acreditarem que sua morte era algo relevante na ordem das coisas. O autor ainda questiona: “Quando estou acabrunhado de dor, de miséria, e de afrontas, por que querem obstar a que eu dê fim aos meus desgostos, e privar-me cruelmente de um remédio que está nas minhas mãos? [...] A vida foi-me concedida como um benefício; logo posso restituí-la quando deixa de sê-lo: cessando a causa, também deve cessar o efeito” (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Cartas persas**. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 118-119).

que representaria uma técnica legislativa ociosa e desnecessária. Ao prever que “a coação exercida para impedir suicídio” não se enquadra como constrangimento ilegal, o legislador está, justamente, autorizando que alguém coíba momentaneamente o suicida (que não pratica ilícito algum, uma vez que pratica ato autorreferente, direcionado à lesão de bem jurídico individual de sua titularidade), em razão do perigo abstrato de que sua decisão não seja suficientemente madura e refletida e, ao fim e ao cabo, culmine em graves autolesões involuntárias.

O auxílio ou indução ao suicídio, conforme retro definido, sempre consistiu²⁹² em um crime formal e de perigo abstrato – cujo âmbito de punibilidade havia sido circunscrito pela exigibilidade de condições objetivas de punibilidade, quais fossem, o suicídio consumado ou a lesão corporal grave derivado do suicídio tentado²⁹³ – e suas modalidades qualificadas refletiam, por um lado, um maior desvalor de ação, em virtude dos motivos egoísticos do autor, e, por outro, o perigo concreto que surgia quando o crime era praticado contra vítima menor²⁹⁴ ou que tivesse diminuída, por qualquer causa, sua capacidade de resistência.

²⁹² Não que esta fosse a posição da doutrina ou do legislador da época, mas já se tratava da única maneira de interpretar e justificar a presença de tal tipo penal em um ordenamento jurídico minimamente comprometido com preceitos liberais. Caso contrário, a tipificação em comento conformaria uma intervenção paternalista e/ou moralista injustificável, pois precisaria buscar refúgio em fundamentos já rechaçados no item anterior.

²⁹³ Também qualificavam a consumação do suicídio ou a lesão corporal grave derivada de sua tentativa como condição objetiva de punibilidade: CARVALHO, Érika Mendes de; KASSADA, Daiane Ayumi. As condições objetivas de punibilidade (im)próprias e sua (in)compatibilidade com o princípio de culpabilidade. In: BORGES, Paulo César Corrêa; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; SOUZA, Cláudio Macedo de. **Direito penal, processo penal e constituição**. Florianópolis: CONPEDI, 2014; CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal: parte geral**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 340; GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa**. Niterói: Impetus, 2018, p. 103; HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao Código Penal, vol. IX, Arts. 250 a 361**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 235-236; PRADO, Luiz Regis. Apontamentos sobre a punibilidade e suas condicionantes positiva e negativa. **Revista dos Tribunais**, v. 776, jun., 2000, p. 442; PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 785-786. Em sentido diverso, afirmavam que os mencionados eventos são circunstâncias típicas que impedem a consumação do crime caso não se façam presentes: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratando de direito penal: parte especial, volume 2**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 95-96; ESTEFAM, André. **Direito penal, volume 2**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 131-133; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal, parte especial: volume I – arts. 121 a 212 do CP**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 72; JESUS, Damásio de. **Direito penal: parte especial, v. 2: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 96; MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado: parte especial**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 56; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 85-86; PEDROSO, Fernando de Almeida. **Direito Penal, parte especial, v. 2: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Método, 2008, p. 210-211.

²⁹⁴ No ano de 2018, no município de Fazenda Rio Grande/PR, um jovem de dezessete anos saltou de uma passarela, na BR-116, km127, após um grupo de pessoas fazer um coro, incentivando-o a pular (BEM PARANÁ. **Polícia investiga caso de indução ao suicídio em Fazenda Rio Grande**. Bem Paraná, 07/02/2018. Disponível em: <<https://www.bemparana.com.br/noticia/policia-investiga-caso-de-inducao-ao-suicidio-em-fazenda-rio-grande-#.XgDOJmRKhPY>>. Acesso em: dezembro de 2019).

Condições objetivas de punibilidade são “circunstâncias que se encontram fora do tipo de injusto e da culpabilidade, mas de cuja existência depende a punibilidade do fato e a possibilidade de participação”²⁹⁵. Uma vez que não pertencem ao injusto, independem de elementos subjetivos, razão pela qual o dolo, a culpa e o erro do autor quanto a essas condições são irrelevantes²⁹⁶. Da mesma forma, quando sua presença ou ausência é analisada, “o crime já é perfeito, expresso em seu inteiro desvalor, mas por motivos de *oportunidade* e *conveniência* o legislador subordina sua punibilidade à verificação de determinada condição”²⁹⁷.

O instituto costuma ser dividido em condições objetivas de punibilidade próprias e impróprias. Enquanto aquelas remetem apenas à necessidade político-criminal da pena, com vistas a restringir a categoria da punibilidade²⁹⁸, essas operam como “causas encobertas de agravação da pena”²⁹⁹, agravando a sanção,

Além disso, não raras são as notícias de grupos online em que os participantes incentivam menores de idade a atentarem contra a própria vida, seja de forma explícita, seja através de supostos jogos envolvendo desafios que, paulatinamente, vão assumindo um caráter pernicioso (LEMOS, Vinicius. **Polícia investiga grupos no Facebook suspeitos de incitar suicídio de jovens no Brasil**. BBC Brasil, Cuiabá, 22/05/2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44077271>>. Acesso em: dezembro de 2019).

²⁹⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal: parte geral**. Granada: 2002, p. 602.

²⁹⁶ CARVALHO, Érika Mendes de. **Punibilidade e Delito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 66-69; CARVALHO, Érika Mendes de; KASSADA, Daiane Ayumi. As condições objetivas de punibilidade (im)próprias e sua (in)compatibilidade com o princípio de culpabilidade. In: BORGES, Paulo César Corrêa; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; SOUZA, Cláudio Macedo de. **Direito penal, processo penal e constituição**. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 50; CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal: parte geral**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 339-340; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal: parte geral**. Granada: 2002, p. 602; ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general, tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid: Civitas, 1997, p. 485, 980.

²⁹⁷ MANTOVANI, Ferrando. **Diritto penale: parte generale**. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1992, p. 814-815. Há autores para os quais a punibilidade se qualifica como uma quarta categoria do delito, ao lado do injusto culpável. Nesses casos, o não preenchimento da condição objetiva de punibilidade impediria a consumação do crime. Na doutrina brasileira, tem-se como exemplo a teoria significativa da ação, defendida por Paulo César Busato, na qual a denominada pretensão de punibilidade integra o conceito analítico de crime junto das pretensões de relevância; de ilicitude; de reprovação. Segundo o autor, “as condições de punibilidade são elementos objetivos extrínsecos à ação ou à omissão, concomitantes ou sucessivos à execução do próprio fato e sem o concurso dos quais este não é punível porque não constitui crime” (BUSATO, Paulo. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 606).

²⁹⁸ CARVALHO, Érika Mendes de. **Punibilidade e Delito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 118; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal: parte geral**. Granada: 2002, p. 598; PRADO, Luiz Regis. Apontamentos sobre a punibilidade e suas condicionantes positiva e negativa. **Revista dos Tribunais**, v. 776, jun., 2000, p. 442.

²⁹⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal: parte geral**. Granada: 2002, p. 599.

fundamentando a pena imposta e ampliando a punibilidade à revelia da imputação subjetiva³⁰⁰, o que suscita incompatibilidades com o princípio da culpabilidade³⁰¹.

Contra a ideia de que as condições objetivas de punibilidade serviriam para restringir o campo de punibilidade, sustenta-se que, se a falta das condições dá lugar à impunidade, sua presença também fundamenta a punição³⁰². O raciocínio é equivocado, na medida em que o que fundamenta a punição é o injusto culpável praticado, não a condição objetiva de punibilidade. Ao descrever uma conduta criminosa, a redação típica estaria, de qualquer modo, aliada a um preceito secundário de cominação legal de uma pena. Não fosse a restrição imposta pela condição de punibilidade, a sanção abarcaria uma gama muito maior de casos.

No delito de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, o resultado morte ou lesão grave atuavam como condições objetivas de punibilidade. Eram restrições impostas não porque o comportamento típico era tolerado, mas pelo fato de que sua periculosidade abstrata devia “ficar demonstrada pelo resultado para poder ser suficientemente ‘anômala’ a efeitos de uma reação penal”³⁰³. Buscava-se, por um lado, evitar a desproporcionalidade de penalizar amplamente uma classe de condutas abstratamente perigosas que, não obstante formalmente típica, materialmente não perturbassem de maneira insuportável o tecido social; e, por outro, impedir que uma espécie de comportamento comumente perigoso somente pudesse ser sancionada nos casos em que houvesse dano ou perigo concreto.

São esses casos em que “a punição de uma colocação em perigo abstrato não é adequada em geral, mas sim quando se produz uma materialização do resultado

³⁰⁰ CARVALHO, Érika Mendes de. **Punibilidade e Delito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 120-121; CARVALHO, Érika Mendes de; KASSADA, Daiane Ayumi. As condições objetivas de punibilidade (im)próprias e sua (in)compatibilidade com o princípio de culpabilidade. In: BORGES, Paulo César Corrêa; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; SOUZA, Cláudio Macedo de. **Direito penal, processo penal e constituição**. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 61 e 66; PRADO, Luiz Regis. Apontamentos sobre a punibilidade e suas condicionantes positiva e negativa. **Revista dos Tribunais**, v. 776, jun., 2000, p. 442.

³⁰¹ “Só as condições objetivas de punibilidade próprias – ou extrínsecas, na terminologia empregada pela doutrina italiana – são autênticas condições de punibilidade e podem, em princípio, integrar uma categoria autônoma: a punibilidade. Os elementos pertencentes à categoria das condições objetivas de punibilidade impróprias, porém, são exceções inadmissíveis ao princípio da culpabilidade e deveriam, *de lege ferenda*, desaparecer dos modernos ordenamentos jurídico-penais” (CARVALHO, Érika Mendes de. **Punibilidade e Delito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 129).

³⁰² PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 773.

³⁰³ JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación**. Madrid: 1995, p. 406.

independente da consumação: a materialização do resultado demonstra a necessidade da proibição da colocação em perigo abstrato”³⁰⁴.

Veja-se que tanto a consumação do suicídio, quanto a lesão corporal grave derivada do suicídio tentado, constituíam condições objetivas de punibilidade próprias e independentes entre si. A conduta típica gerava perigo de dano tanto à vida, quanto à integridade física da vítima, que podia ser estimulada a praticar uma conduta irrefletida contra si mesma. Nesse sentido, cada condição delimitava o âmbito de punição de cada modalidade de perigo gerado, que seriam sancionáveis irrestritamente caso o legislador não tivesse circunscrito sua punibilidade.

Vale ressaltar, por fim, que mesmo que as consequências morte ou lesão grave fossem integradas ao injusto, perdendo seu caráter de condição objetiva de punibilidade, o delito continuaria a ser de perigo abstrato (não obstante passasse a ser de natureza material), uma vez que o resultado naturalístico não se confunde com o resultado normativo, que já se realiza no âmbito do risco proibido.

2.2.1.1.3 Do induzimento, instigação e auxílio a suicídio e à “automutilação”.

No dia 26/12/2019, foi publicada a Lei nº 13.968/2019, que modificou o tipo penal de induzimento, instigação e auxílio a suicídio (art. 122, CP), ampliando seu âmbito de incidência e modificando algumas das características do delito.

Para além da colaboração com o suicídio alheio, passou a ser crime o ato de induzir, instigar ou prestar auxílio material para que outrem se automutile. O preceito secundário comina pena de reclusão de seis meses a dois anos – não condicionada à superveniência de qualquer condição de punibilidade. Se da automutilação ou da tentativa de suicídio resultar lesão corporal grave ou gravíssima, a pena será de um a três anos de reclusão (art. 122, §1º, CP), aumentando para dois a seis anos caso o suicídio se consuma ou a autolesão resulte em morte (art. 122, §2º, CP).

Primeiramente, deve-se atentar para a carga semântica do vocábulo *automutilação*. À palavra *mutilar* costuma-se atribuir o significado de *cortar* ou *danificar* algo³⁰⁵. Originário do latim, o termo *mutilare* remete a *cortar fora*, ao passo

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 404.

³⁰⁵ Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?id=G9ZzZ>>. Acesso em: dezembro de 2019.

em que *mutilus* alude a *aleijado*³⁰⁶. Automutila-se, nesse sentido, aquele que corta ou lacera partes do próprio corpo, podendo ou não chegar a amputá-las.

A nova lei dificulta o intento daqueles que, a partir deste tipo penal, defendiam a vida como um bem jurídico indisponível. Caso deseje manter esse entendimento, parte da doutrina terá de sustentar, igualmente, a indisponibilidade da integridade física, ou, ao menos, restringir sua disposição. Os fundamentos para isso, possivelmente, seriam buscados na frequentemente esquecida cláusula dos bons costumes, prevista no artigo 13, do Código Civil, segundo a qual “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”. Esse dispositivo, entretanto, não encontra correspondente no Direito Penal, razão pela qual, em virtude dos princípios da legalidade e da ofensividade (que exige a alteridade e discordância da lesão), bem como do caráter indeterminado e paternalista – senão moralista – que lhe subjaz, não deve ser aplicado no âmbito criminal³⁰⁷.

Os motivos subjacentes ao delito não guardam relação com a suposta indisponibilidade da vida ou da integridade física. A cominação de pena incondicionada àquele que praticar a conduta descrita no *caput* evidencia que o crime em exame é (e sempre foi) de perigo abstrato. Seu objetivo é evitar que atos suicidas ou autolesivos não maduros ou irrefletidos sejam impulsionados por terceiros. No entanto, o perigo concernente à cooperação em um comportamento suicida não necessariamente estará presente nas hipóteses de automutilação.

Suicídios e autolesões não configuram ilícitos. Desse modo, estando o sujeito consciente e voluntariamente decidido a praticar tais condutas, eventuais colaboradores não poderiam ser sancionadas a qualquer título. No que tange ao suicídio, a justificativa para excetuar o raciocínio acima é tentar proteger a vida de uma decisão potencialmente inválida, capaz de acarretar consequências drásticas e irreparáveis ao titular do bem jurídico. O mesmo nível de precaução, entretanto, não parece ser adequado no que diz respeito às automutilações.

Autolesões deliberadas são mais comuns do que condutas suicidas, sendo várias delas, inclusive, socialmente adequadas, integrando práticas sexuais

³⁰⁶ Disponível em: <<https://origemdapalavra.com.br/palavras/mutilar/>>. Acesso em: dezembro de 2019.

³⁰⁷ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal da medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 399-411.

sadomasoquistas, vídeos de humor³⁰⁸, exposições artísticas³⁰⁹, cirurgias estéticas³¹⁰, entre outros. Para além de gerarem menoscabos aquém da morte e frequentemente reversíveis, suas execuções não costumam estar associadas, na mesma medida que o suicídio, a transtornos psicológicos incapacitantes.

Noutros termos, o risco de que a pessoa que se automutila ou o solicita a outrem não esteja em pleno gozo de suas faculdades mentais e, assim, prejudique-se involuntariamente, é inferior ao risco de que um suicida o faça.

As alterações promovidas pelo legislador intensificaram o controle penal sobre as práticas de colaboração com lesões autorreferentes, não somente por incriminarem amplamente auxílios à automutilação – algo que não encontra correspondência nos ordenamentos jurídicos espanhol e italiano, nos quais somente a colaboração com o suicídio é criminalizada³¹¹ –, mas também por transformarem as antigas condições objetivas de punibilidade em qualificadoras.

Ainda que o grau de sanção tenha permanecido o mesmo para os resultados lesão corporal grave e morte, esses passaram a qualificar a conduta criminosa. Enquanto na lei anterior a prática da conduta descrita no *caput*, por si só, configurava o crime, mas não autorizava a punibilidade – condicionada aos eventos

³⁰⁸ Servem de exemplo o programa *Jackass*, idealizado pelo norte-americano Johnny Knoxville, e o grupo brasileiro LaFênix, que produz vídeos com desafios para o YouTube.

³⁰⁹ A *body art* “é uma crítica pelo corpo das condições de existência. Oscila de acordo com os artistas e as *performances* entre a radicalidade do ataque direto à carne por um exercício de crueldade sobre si, ou a conduta simbólica de uma vontade de perturbar o auditório, de romper a segurança do espetáculo. As *performances* questionam com força a identidade sexual, os limites corporais, a resistência física, as relações homem-mulher, a sexualidade, o pudor, a dor, a morte, a relação com os objetos etc” (LE BRETON, David. **Adeus ao corpo: antropologia e sociedade**. Campinas, SP: Papyrus, 2013, p. 46). Stelios Arcadiou, conhecido por seu nome artístico Sterlac, se sobressai dentre os artistas que utilizam o próprio corpo como matéria prima de suas performances. Por diversas vezes, Sterlac realizou apresentações em que ficava nu e suspenso por ganchos de metal fixados em sua pele (Disponível em: <<http://stelarc.org/?catID=20316>>. Acesso em: dezembro de 2019).

³¹⁰ Citam-se os célebres casos de cirurgias estéticas/modificações corporais realizados por Erik Sprague, o Homem-Lagarto, que realizou tatuagens, cerrou os dentes e bifurcou a língua (EFE, Agência. **‘Homem-lagarto’ diz não se arrepender de transformações**. G1, 24/10/2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/planeta-bizarro/noticia/2012/10/homem-lagarto-diz-nao-se-arrepender-de-transformacoes.html>>. Acesso em: dezembro de 2019), e Dennis Avner, o Homem-Gato, falecido no ano de 2012 (G1. **Americano conhecido como ‘homem-gato’ morre aos 54 anos**. G1, São Paulo, 13/11/2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2012/11/americano-conhecido-como-homem-gato-morre-aos-54-anos.html>>. Acesso em: dezembro de 2019).

³¹¹ No direito espanhol “se o terceiro dá à vítima um machado para que ampute sua própria mão, e a vítima o faz, aquele não responde penalmente por nada, já que se limita a participar em uma conduta atípica – em uma autolesão –, e já que o legislador no Título ‘Das lesões’ não criou um preceito especial que incrimine a indução ou cooperação à autolesão, ao contrário do que sucede nos delitos contra a vida, em que existe uma disposição expressa que castiga a indução e a cooperação ao *comportamento atípico* de suicídio” (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida. **Revista de Derecho Penal y Criminología**. Bogotá, 2ª Época, nº extraordinário 2, 2004, p. 77).

descritos no preceito secundário –, hoje o resultado somente agrava a situação anterior, pois o autor já estará sujeito à pena pela mera criação do perigo abstrato.

Note-se que não há como qualificar as previsões dos §§1º e 2º como condições objetivas de punibilidade, uma vez que, conforme já tratado, seria uma condição imprópria e conflitória com o princípio da culpabilidade. Assim, para que agravem a pena, tais resultados deverão ser causados ao menos culposamente (art. 19, CP).

Ao lado da motivação egoística, o legislador acrescentou os motivos torpe ou fútil como causas de duplicação da pena (art. 122, §3º, inc. I, CP), tendo sido mantida a duplicação nos casos em que a vítima for menor ou tiver diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência (art. 122, §3º, inc. II, CP). Conforme já abordado, os fundamentos correspondem, respectivamente, ao maior desvalor de ação atribuído aos motivos citados e ao perigo concreto de incapacidade da vítima.

O magistrado poderá elevar a pena até o dobro se a conduta tiver sido realizada “por meio da rede de computadores, de rede social ou transmitida em tempo real” (art. 122, §4º, CP). O legislador, através desta majorante, buscou responder às ocorrências em que jogos³¹² e grupos em redes sociais³¹³ levam ao suicídio e/ou automutilações, principalmente por parte de crianças e adolescentes.

³¹² No ano de 2017, diversos veículos de comunicação divulgaram tentativas de suicídio e autolesões cometidas por participantes do jogo *Baleia Azul*, uma série de cinquenta desafios propostos por um administrador de grupos. As tarefas iniciais são simples, como assistir a um filme de terror sozinho ou desenhar uma baleia numa folha. Aos poucos, vão ficando mais perigosas, envolvendo o uso de objetos cortantes para escrever códigos, cortar os lábios ou desenhar uma baleia no braço com um gilete ou uma faca. Ao jogador era orientado enviar fotos para o administrador, comprovando a realização dos desafios. A quinquagésima e última tarefa determinava o cometimento de suicídio (BEDINELLI, Talita; MARTÍN, María. **Baleia Azul: o misterioso jogo que escancarou o tabu do suicídio juvenil**. El País, São Paulo/Rio de Janeiro, 02/05/2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/27/politica/1493305523_711865.html>. Acesso em: dezembro de 2019; ORSI, Carlos. **Jogo da Baleia Azul: até que ponto devemos nos preocupar?** BBC Brasil, São Paulo, 29/04/2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-39753889>>. Acesso em: dezembro de 2019; TREVISOL, Elias Guilherme. **O jogo da Baleia Azul: consequências penais**. Justificando, 24/04/2017. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2017/04/24/o-jogo-da-baleia-azul-consequencias-penais/>>. Acesso em: dezembro de 2019). No ano de 2019, veio à tona a notícia de que pessoas estariam publicando imagens e vídeos da boneca *Momo* em sites infantis para incentivar as crianças e adolescentes se suicidarem. A informação repercutiu e causou certo alarde. Diversos meios de comunicação divulgaram casos de suicídio e automutilação supostamente relacionados à boneca. O Ministério Público da Bahia, inclusive, chegou a determinar a remoção das imagens de *Momo* das redes sociais Google e WhatsApp. Ocorre que, ao contrário do jogo *Baleia Azul*, a boneca *Momo* não passava de mais uma *fakenews* (TV BAHIA. **MP-BA notifica Google e WhatsApp para que removam imagens da boneca ‘Momo’ das redes sociais**. G1, 18/03/2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/ba/bahia/noticia/2019/03/18/mp-ba-notifica-google-e-whatsapp-para-que-removam-imagens-da-boneca-momo-das-redes-sociais.ghtml>>. Acesso em: dezembro de 2019; ELER, Guilherme. **Por que o retorno da boneca Momo em vídeos infantis não passa de boato**. Super Interessante, 20/03/2019. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/sociedade/por-que-o-retorno-da-boneca-momo-em-videos-infantis-nao-passa-de-boato/>>. Acesso em: dezembro de 2019; FAUSTINO, Marco. **Crianças estão sendo vítimas de suposto “Desafio da Momo”?** E-Farsas,

O simples fato de a conduta típica ser praticada por meio virtual não justifica, porém, a majoração da pena. Essa poderá ocorrer somente quando a mensagem de incentivo à autolesão for amplamente veiculada na rede, para milhares de usuários. Aqui, o bem jurídico tutelado adquire a natureza individual homogênea característica da saúde pública, já que inúmeros indivíduos indeterminados são expostos ao perigo gerado pela conduta típica, o que demandaria uma sanção mais severa.

Se o autor for líder ou coordenador de grupo ou de rede virtual, a pena será aumentada em metade (art. 122, §5º, CP). O dispositivo presume que, ao ocupar uma posição de liderança, o sujeito possuiria maior influência sobre o comportamento dos membros do grupo ou rede por ele administrada, razão pela qual os induzimentos ou instigações ao suicídio ou à automutilação dirigidos a integrantes subalternos reclamariam maior grau de reprovação.

Por fim, os §§ 6º e 7º, positivaram, respectivamente, as hipóteses de lesão corporal e homicídio por autoria mediata, praticados através da instrumentalização da vontade da vítima contra si mesma. Estará configurada a autoria mediata quando o crime for “cometido contra menor de 14 (quatorze) anos ou contra quem não tem o

25/03/2019. Disponível em: <<http://www.e-farsas.com/criancas-estao-sendo-vitimas-do-suposto-desafio-da-momo.html>>. Acesso em: dezembro de 2019).

³¹³ No ano de 2017, Molly Russel, uma adolescente de quatorze anos, suicidou-se na Inglaterra. O caso chamou atenção, principalmente após seus pais encontrarem imagens incentivando autolesões em suas redes sociais. Na época, o Instagram se comprometeu a remover conteúdos que fomentassem ou ensinassem às pessoas métodos de automutilação ou suicídio (CRAWFORD, Angus. **Molly Russel: Instagram extends self-harm ban to drawings**. BBC News, 28/10/2019. Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/technology-50129402>>. Acesso em: dezembro de 2019). Em janeiro de 2019, o político britânico Matthew Hancock, Secretário de Estado pela Saúde e Assistência Social desde 2018, afirmou que “o suicídio é a principal causa de morte em jovens com menos de 20 anos de idade. Os índices estão aumentando particularmente em torno de garotas adolescentes” (SAVAGE, Michael. **Health secretary tells social media firms to protect children after girl’s death**. The Guardian, 26/01/2019. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/politics/2019/jan/26/matt-hancock-facebook-social-media-suicide-self-harm-young-people>>. Acesso em: dezembro de 2019). Poucos meses depois, na cidade de Kuala Lumpur, na Malásia, uma adolescente de dezesseis anos, realizou uma enquete em suas redes sociais. A pesquisa questionava se ela deveria ou não se matar. Com quase setenta por cento dos votos de seus seguidores, a opção pelo suicídio foi vencedora, tendo a jovem pulado do terceiro andar de um shopping center (FULLERTON, Jamie. **Teenage girl kills herself ‘after Instagram poll’ in Malaysia**. The Guardian, Bangkok, 15/05/2019. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/2019/may/15/teenage-girl-kills-herself-after-instagram-poll-in-malaysia>>. Acesso em: dezembro de 2019). No Brasil, o problema vem ganhando relevo nos últimos anos, ainda que nenhum caso em particular tenha tomado os noticiários: BOTTI, Nadja Cristiane Lappann; SILVA Aline Conceição. Uma investigação sobre automutilação em um grupo da rede social virtual Facebook. **SMAD – Revista eletrônica de saúde mental álcool e drogas**, v. 14, n. 14, 2018; CUMINALE, Natalia. **Aumentam os casos de automutilação entre jovens**. Veja, 07/08/2019 (Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/saude/aumentam-os-casos-de-automutilacao-entre-jovens/>>. Acesso em: dezembro de 2019); LEMOS, Vinicius. **Polícia investiga grupos no Facebook suspeitos de incitar suicídio de jovens no Brasil**. BBC Brasil, Cuiabá, 22/05/2018 (Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44077271>>. Acesso em: dezembro de 2019).

necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência”, parâmetros que já vigiam na doutrina penal pátria³¹⁴.

À diferença da qualificadora do §3º, que prevê um aumento da pena em razão do perigo concreto de incapacidade da vítima – relacionado à idade entre quatorze e dezoito anos ou à diminuição da capacidade de resistência –, os §§ 6º e 7º mencionam hipóteses em que já não há mais perigo, mas certeza quanto à incapacidade e, portanto, quanto à inexistência de autorresponsabilidade da vítima, que vem a ser instrumentalizada contra si mesma pelo autor do delito.

2.2.1.2 Do estupro de vulnerável.

O segundo exemplo de restrição do âmbito de disponibilidade remete ao crime de estupro de vulnerável (art. 217-A³¹⁵, CP), em que se protege a autodeterminação ou liberdade sexual. Sua disponibilidade pelo titular é limitada por um critério etário – idade mínima de quatorze anos –, aquém do qual impera a presunção absoluta de vulnerabilidade e incapacidade da vítima em face de terceiros adolescentes ou adultos. Isso se dá, pois “o estágio recuado do desenvolvimento físico e moral do ou da menor, a sua imaturidade existencial e sexual, altera a ofensividade do acto sexual e dita a irrelevância jurídica do consentimento”³¹⁶.

Seria incorreto afirmar, porém, que se trata de um bem jurídico indisponível. Não obstante sua plena disponibilidade a partir da idade mínima exigida em lei, relações sexuais entre menores de quatorze anos não preenchem a tipicidade material do delito³¹⁷, configurando um âmbito diminuto de fruição da autodeterminação sexual de crianças, pois sua proteção “não significa uma imposição absoluta de castidade mas apenas e só a proibição de abuso, o qual surge normalmente no quadro das relações entre adultos e crianças”³¹⁸.

Entende-se, aqui, portanto, não ser possível ao autor do crime afrontar o bem jurídico autodeterminação sexual da vítima se não possuir maior domínio sobre sua própria autodeterminação sexual do que ela. O tipo penal em comento (art. 217-A,

³¹⁴ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 781.

³¹⁵ Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos.

³¹⁶ DIAS, Augusto Silva. **Crimes culturalmente motivados: o direito penal ante a “estranha multiplicidade” das sociedades contemporâneas**. Coimbra: Editora Almedina, 2018, p. 354.

³¹⁷ No mesmo sentido: ESTEFAM, André. **Direito penal, volume 3**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 173.

³¹⁸ DIAS, Augusto Silva. **Crimes culturalmente motivados: o direito penal ante a “estranha multiplicidade” das sociedades contemporâneas**. Coimbra: Editora Almedina, 2018, p. 355.

CP) presume uma relação entre indivíduos de faixas etárias distintas, a partir da qual a vítima, menor, possa ser enxergada como absolutamente vulnerável às investidas sexuais do autor, com pelo menos quatorze anos de idade³¹⁹. Isso não significa que relações sexuais entre crianças devam ser incentivadas, mas somente que o Direito Penal não constitui o instrumento adequado para lidar com a questão.

2.2.1.3 Do consentimento para com lesões a bens jurídicos supraindividuais.

Ainda no que tange à titularidade, são cabíveis apontamentos sobre o consentimento para com lesões a bens jurídicos supraindividuais.

Segundo Zaffaroni, este somente seria possível caso não obstaculizasse a disponibilidade do bem por parte de outro titular³²⁰. O critério é útil para lidar com tipos penais que protegem bens jurídicos individuais homogêneos, distinguindo-se as condutas que criam perigo de dano a uma pluralidade indeterminada de vítimas, daquelas em que o comportamento está dirigido a indivíduos específicos que consentem com eventuais lesões. Pode-se, por exemplo, diferenciar entre a venda, exposição à venda ou entrega de mercadoria em condições impróprias para consumo (art. 7º, inc. IX, da Lei nº 8.137/1990) e uma situação concreta em que determinado indivíduo solicite, voluntariamente e com conhecimento das circunstâncias de fato, produto vencido (art. 18, §6º, inc. I, CDC), a despeito da utilização ulterior que o consumidor fará (consumo próprio, alimentação de animais em uma fazenda, adubo, etc.)³²¹. Nesse caso, inexistente o perigo abstrato contra o

³¹⁹ Outra parte da doutrina, no entanto, defende que o ato sexual entre menores de quatorze anos implica um estupro mútuo, devendo ser imposta medida socioeducativa a ambos, simultaneamente, autores e vítimas.

³²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho Penal: Parte General**. Buenos Aires: EDIAR, 2000, p. 479, tradução livre.

³²¹ Poderá haver um conflito aparente de normas penais entre o artigo 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90, e o artigo 272, §1º-A, do Código Penal, que descreve a conduta de “quem fabrica, vende, expõe à venda, importa, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo a substância alimentícia ou o produto falsificado, corrompido ou adulterado”. Deve-se atentar, contudo, para o fato de que o alimento vencido não se amolda ao adjetivo “corrompido” utilizado no §1º-A, do artigo 272, uma vez que a semântica do termo deve guardar correspondência com o *caput* do mesmo artigo. Assim, para ser considerado corrompido, o produto deve ter sido desnaturado ou alterado negativamente por conduta humana (BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte especial 2**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 217; HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao Código Penal, vol. IX, Arts. 250 a 361**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 114), não bastando sua mera deterioração/decomposição orgânica. Esse entendimento encontra amparo, também, no comentário de Néelson Hungria ao artigo 272, §1º, do Código Penal, segundo o qual o agente do crime na modalidade equiparada deve ser “pessoa diversa da que corrompeu, adulterou ou falsificou a substância (alimentícia ou medicinal), pois, do contrário, haveria *crime progressivo* e seria aplicável

qual o bem jurídico deve ser protegido. Enquanto o tipo penal parte da premissa de que a hipossuficiência informacional e as características de um mercado massificado podem acarretar danos não validamente consentidos por consumidores indeterminados – e, por conseguinte, criminaliza o fornecimento de produtos impróprios para consumo como uma conduta *per se* perigosa à saúde dos indivíduos e à confiança nas relações de consumo³²²–, no exemplo citado há uma relação individual e personalíssima, que não gera risco aos consumidores em geral e não quebra a expectativa de um mercado seguro, ensejando somente um perigo de dano assumido pela própria vítima, conforme o uso que venha a fazer do produto³²³.

Os bens jurídicos supraindividuais difusos e coletivos, por seu turno, são caracterizados justamente por sua irivalidade e não distributividade, razão pela qual, por definição, sua fruição por um não obstaculiza seu uso por outrem e sua lesão a todos acomete simultaneamente e em igual medida. Parte da doutrina, assim, sustenta que o consentimento não possui relevância alguma na configuração dos crimes contra bens jurídicos supraindividuais, aludindo a uma *disponibilidade limitada*, tendo em vista que sua fruição não autorizaria anuir com menoscabos³²⁴.

A conclusão é plausível, desde a perspectiva do usufrutuário singular do bem jurídico. A ideia de disponibilidade limitada de bens supraindividuais, porém, não vai além do reconhecimento de que o indivíduo não é seu titular, ou, ao menos, não sozinho, razão pela qual não lhe cabe consentir com lesões ao objeto da relação. O consentimento para com lesões a bens supraindividuais será válido na medida em

unitariamente a pena do *caput* do artigo” (HUNGRIA, Néson. **Comentários ao Código Penal**, vol. IX, Arts. 250 a 361. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 115).

³²² “O bem jurídico tutelado pelo art. 7º da Lei n. 8.137/90 são os interesses patrimoniais e sociais do consumidor, em geral, visto desde uma perspectiva coletiva, de titularidade difusa, ainda que, em um ou outro caso, como se verá, tutelem, também, bens de natureza patrimonial individual do consumidor. Indiretamente, podem os crimes proteger a vida, saúde, o patrimônio ou mercado” (CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Ordem Tributária, Econômica e Relações de Consumo – Lei 8.137/1990*. In: CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista; SOUZA, Renne do Ó (Coords.). **Leis penais especiais: comentadas artigo por artigo**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 946).

³²³ Sobre a discussão acerca da necessidade de perquirir a idoneidade da ação para gerar riscos e/ou danos a bens jurídicos protegidos em face de perigos abstratos, ver: GRECO, Luís. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2011, p. 110; IENNACO, Rodrigo. **Bem jurídico e perigo abstrato: um desenho hermenêutico da ofensividade**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018, p. 158-163.

³²⁴ BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. **Bem jurídico-penal supraindividual: novos e velhos desafios da teoria do bem jurídico**. 243f. Belo Horizonte, 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, p. 157-158; SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal da medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 220-221.

que todos os titulares consintam³²⁵, o que é plenamente concebível para bens jurídicos coletivos³²⁶, mas praticamente inviável no caso dos bens jurídicos difusos.

O consentimento precisa ser prévio à lesão (requisito de validade que será esmiuçado mais à frente), de modo que não se confunde com institutos como os compromissos de ajustamento de conduta³²⁷, os acordos de leniência³²⁸, a colaboração premiada³²⁹ e determinadas causas de extinção da punibilidade³³⁰. Igualmente distante é a descriminalização de condutas lesivas a bens jurídicos difusos, por meio de mecanismos de representação democrática – uma mecânica política extrapenal, que, apesar de configurar autêntica manifestação de disposição de bens pela coletividade, pode se dar posteriormente à lesão (retroagindo em benefício do réu) e desqualifica o ilícito de forma ampla e genérica, não específica e concreta, como faz o consentimento.

A alternativa mais plausível parece estar atrelada ao desenvolvimento dos chamados governos 2.0, *E-govs* ou democracias digitais, entendidos como “um espaço político de decisão menos baseado na velha representação de uma vontade geral e mais na participação efetiva do povo cidadão, através da manifestação de suas opiniões e de sua inserção nos processos de formulação de políticas públicas”³³¹⁻³³². Através de instrumentos da democracia direta, como plebiscitos e

³²⁵ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 247; JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación**. Madrid: 1995, p. 296.

³²⁶ “De fato, ainda que titularizado por um grupo determinado de pessoas, o bem jurídico individual é de plena disponibilidade, podendo, inclusive, ser destruído por seu(s) titular(es)” (BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. **Bem jurídico-penal supraindividual: novos e velhos desafios da teoria do bem jurídico**. 243f. Belo Horizonte, 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, p. 183).

³²⁷ Lei nº 7.347/1985. Art. 5º [...]. §6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

³²⁸ Lei nº 12.846/2013. Do Acordo de Leniência. Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo [...].

³²⁹ Lei nº 12.850/2013. Da Colaboração Premiada. Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal [...].

³³⁰ Como a que ocorre, por exemplo, em crimes tributários, quando o contribuinte procede com o pagamento dos tributos devidos (art. 34, da Lei nº 9249/1995).

³³¹ ROVER, Aires José. Observatório do governo eletrônico e conteúdos geoprocessados. In: GALINDO, Fernando. **El derecho de la sociedad em red**. Zaragoza: Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2013, p. 23.

³³² O impacto da tecnologia sobre a democracia representativa e o chamado “governo 2.0” são discutidos em: CARDOSO JR., Nerione. Crítica política à ideia de democracia digital. **Revista de Informação Legislativa**. a. 39, nº. 156, jul./set. 2002; CELLA, José Renato Gaziero; OLIVEIRA,

referendos, tentar-se-ia obter, de maneira prévia, o consentimento de todos os titulares do bem difuso quanto a uma lesão concreta, retirando seu caráter típico. Mesmo assim, seria quase impossível que o resultado fosse unânime e haveria alta preocupação com a garantia de segurança e higidez da votação. O que se deve ter em mente, porém, é que não há impedimento teórico à disposição de bens jurídicos supraindividuais, mesmo difusos; há, sim, uma extrema dificuldade prática em realizá-lo, seja pela falta de meios adequados, seja pela complexidade e heterogeneidade dos sujeitos titulares, fator que obstaculiza um consenso unívoco.

Por fim, ainda é possível vislumbrar consequências diversas das do consentimento nos casos em que houver a anuência individual para com lesões a bens jurídicos supraindividuais. Imagine-se uma situação em que um proprietário de terra autoriza a extração de árvores de área de preservação permanente. Havendo conhecimento dos elementos típicos, o proprietário, por não ser o titular do bem jurídico afetado, será enquadrado como partícipe ou mesmo coautor dos crimes previstos nos artigos 38 e 39, da Lei nº 9.605/98³³³, a depender do modo como atuou junto ao extrator. No mesmo caso, entretanto, pode haver erro de tipo, seja por parte do extrator da flora (ao supor válido o consentimento do proprietário), seja por parte do anuente individual, ao desconhecer, por exemplo, que as árvores compunham área de proteção sobre a qual não lhe cabia autorizar menoscabos.

Em sentido contrário, poder-se-ia cogitar a diminuição da pena nos casos em que, mesmo se tratado de bens jurídicos supraindividuais coletivos ou difusos, o consentimento individual reduza a gravidade do injusto. Conforme abordado no item

Marlus Heriberto Arns de. **Web 2.0 e governo eletrônico: um estudo de caso sobre o Município de Curitiba**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=53fdb13a424de26e>>. Acesso em: novembro de 2019; CHARLEAUX, João Paulo. **Para que servem os políticos se a tecnologia já permite a democracia direta**. Nexo, São Paulo, 11/07/2016. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/07/11/Para-que-servem-os-pol%C3%ADticos-se-a-tecnologia-j%C3%A1-permite-a-democracia-direta>>. Acesso em: novembro de 2019; DIAS, Tatiana de Mello. **O que é Governo 2.0?** Estadão, São Paulo, 01/06/2010. Disponível em: <<https://link.estadao.com.br/noticias/geral,o-que-e-governo-20,10000044113>>. Acesso em: novembro de 2019; MARTINUZZO, José Antonio. **E-gov 2.0 – A potência de um governo eletrônico colaborativo**. Disponível em: <<http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2009/resumos/R4-1461-1.pdf>>. Acesso em: novembro de 2019; OLIVEIRA, Fábio Cesar dos Santos. Democracia e internet: a revolução digital e os desafios à representação política. **Revista de Informação Legislativa**. a. 50, nº. 199, jul./set. 2013; SUZUKI, Manuella Barbosa. **A influência da tecnologia na democracia: avaliando aumento ou modificação da participação popular no voto visando eleições ou decisões**. 106f. São Carlos, 2017. Dissertação (Mestrado em Ciência, Tecnologia e Sociedade). – Programa de Pós-Graduação do Centro de Educação e Ciências Humanas, da Universidade Federal de São Carlos.

³³³ Art. 38. Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção; Art. 39. Cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente.

anterior, Jakobs defende que a anuência do titular de bem jurídico de elevada importância não seria suficiente para afastar a tipicidade da conduta, razão pela qual seria necessário recorrer a um cálculo de ponderação na etapa da antijuridicidade. O autor, entretanto, reconhece que o injusto seria de menor grau, em virtude do consentimento do indivíduo concreto³³⁴. Ainda que não haja menção específica a bens jurídicos supraindividuais, questiona-se se seria possível adotar a mesma lógica nesses casos, reconhecendo, eventualmente, uma diminuição da sanção, o que seria analisado na primeira etapa do cálculo da pena, quando da verificação das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, *caput*, do Código Penal³³⁵.

2.2.2 Capacidades em abstrato e em concreto.

A capacidade em abstrato alude ao livre-arbítrio e à autonomia em termos genéricos, ou seja, ao preenchimento dos pressupostos legais que estabelecem as capacidades jurídicas de direito e de fato (ou de exercício)³³⁶. Refere-se às competências de compreensão e volição, bem como à “aptidão para a prática dos atos da vida civil, e para o exercício dos direitos como efeito imediato da autonomia”³³⁷, presente em plenitude na medida em que o sujeito atinge suficiente desenvolvimento mental, o que costuma ocorrer aos 18 anos de idade³³⁸. A principal diferença entre os cérebros de um adulto e de um adolescente, que fundamenta o comportamento impulsivo destes, encontra-se no nível de desenvolvimento dos lobos frontais/córtex pré-frontal – responsável pelo raciocínio e discernimento³³⁹,

³³⁴ JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general: fundamentos y teoria de la imputación**. Madrid: 1995, p. 525.

³³⁵ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

³³⁶ A capacidade de direito, entendida como capacidade de ser titular de direitos e deveres, surge concomitantemente à personalidade jurídica do ente, constituindo uma faculdade estática que não deixará de ter até que cesse sua personalidade (AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, p. 140; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 174). Nem todo o indivíduo dotado de capacidade jurídica, entretanto, é também dotado de capacidade de fato, ou capacidade de exercício, que remete às competências de “entendimento, inteligência e vontade da pessoa” (AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, p. 146).

³³⁷ AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, p. 146.

³³⁸ Art. 5º, do Código Civil - A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.; Art. 27, do Código Penal - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

³³⁹ LINDSTROM, Martin. **A lógica do consumo: verdades e mentiras sobre por que compramos**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009, p. 32.

estando diretamente envolvido na tomada de decisões e na simulação de consequências³⁴⁰ –, que só se dá por completo ao início dos vinte anos de idade³⁴¹. Os adultos, ao contrário dos infantes e adolescentes, são presumivelmente capazes.

Todavia, antes de se atingir a plena capacidade, deve-se reconhecer aos menores de idade vários graus intermediários de autonomia³⁴². Por conseguinte, ainda que o critério etário possua embasamento científico e auxilie na determinação da capacidade para consentir do indivíduo, não será o único fator determinante, visto que, a depender do bem jurídico em questão e do grau de complexidade da relação firmada, poder-se-á reconhecer a capacidade de um menor de idade para a prática, em geral, de determinados atos – como os indivíduos que, com quatorze anos de idade, estão legitimados a praticar atos sexuais com qualquer pessoa da mesma idade ou mais velha. Nesse sentido, menores de idade gozarão de distintos graus de proteção e autodeterminação, conforme o contexto e o tipo de decisão a ser tomada³⁴³; a menoridade não é homogênea e uniforme, razão pela qual “cada fase de desenvolvimento implica um diferente patamar de compreensão e evolução”³⁴⁴.

O entendimento encontra amparo na chamada doutrina do menor maduro e no princípio da autonomia progressiva³⁴⁵, segundo os quais a aquisição, pelos menores

³⁴⁰ EAGLEMAN, David. **Cérebro: uma biografia**. Rio de Janeiro: Editora Rocco, 2017, p. 24.

³⁴¹ EAGLEMAN, David. **Incógnito: as vidas secretas do cérebro**. Rio de Janeiro: Editora Rocco, 2012, p. 197.

³⁴² Joel Feinberg corrobora esse entendimento, ao afirmar que: “Autonomia local é delegada; soberania é básica e não derivada. Soberania é, nesse sentido, fonte final de autonomia. Se há algo como uma ‘soberania pessoal’, então presumivelmente ela pertence a todos os adultos competentes e a nenhum infante recém-nascido, mas antes que se possa qualificar uma soberania plena, crianças devem ser entendidas como possuidoras de vários graus de ‘autonomia local’” (FEINBERG, Joel. **Harm to self: the moral limits of criminal law**. New York: Oxford University Press, 1986, p. 48, tradução livre).

³⁴³ MUNHOZ, Luciana Batista. **O princípio da autonomia progressiva e a criança como paciente**. 160f. Brasília, 2014. Dissertação (Mestrado em Bioética) – Programa de Pós-Graduação em Bioética da Universidade de Brasília, p. 134; SILLMANN, Marina Carneiro Matos. **Recusa de tratamento médico por crianças e por adolescentes**. 155f. Belo Horizonte, 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, p. 95.

³⁴⁴ BOAS, Ana Luísa Pereira Vilas. **A autonomia da vontade do menor em caso de intervenção médica**. 40f. Porto, 2014. Dissertação (Mestrado em Bioética) – Programa de Mestrado em Direito Privado da Universidade Católica Portuguesa, p. 10.

³⁴⁵ A Convenção sobre os Direitos das Crianças (Decreto nº 99.710/90) recepciona o princípio da autonomia progressiva, estabelecendo, em seu artigo 5º, que: “Os Estados Partes respeitarão as responsabilidades, os direitos e os deveres dos pais ou, onde for o caso, dos membros da família ampliada ou da comunidade, conforme determinem os costumes locais, dos tutores ou de outras pessoas legalmente responsáveis, de proporcionar à criança instrução e orientação adequadas e acordes com a evolução de sua capacidade no exercício dos direitos reconhecidos na presente convenção”. Também o artigo 17, do Estatuto da Criança e do Adolescente, confere alguma abertura ao instituto, na medida em que equipara o direito ao respeito à “inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais”.

de idade, das competências de refletir e participar de decisões (ou mesmo decidir por si só) sobre questões referentes a direitos de personalidade se dá paulatinamente e ao longo da vivência e amadurecimento pessoal³⁴⁶.

Assim, a capacidade para consentir e ser sujeito passivo da ação diverge das noções de imputabilidade e capacidade negocial – “pelo mero fato de que o consentimento não é um negócio jurídico”³⁴⁷ –, devendo ser avaliada conforme cada tipo ideal de caso; tanto maior será o grau de maturidade exigido, bem como o nível de certeza sobre o atingimento desse *standard*, quanto mais graves forem as possíveis consequências do ato a ser praticado ou da decisão a ser tomada³⁴⁸.

Não basta, porém, que o consenciente possua capacidade em abstrato, devendo também contar com a capacidade em concreto, denominada *competência* por parte da doutrina³⁴⁹. Será capaz quando puder compreender não somente o sentido e as consequências de decisões de uma determinada espécie, genericamente consideradas, mas também e especialmente de sua decisão concreta, demonstrando aptidão para avaliar as principais informações envolvidas³⁵⁰. São elementos da capacidade em concreto, portanto, o acesso às informações relevantes e a ausência de vícios de conhecimento e vontade.

A vontade não pode estar acometida por engano, erro ou coação. “O *engano* exclui o consentimento se determinar erro do ofendido sobre espécie e extensão do dano ao bem jurídico ou sobre intensidade do perigo para o bem jurídico”³⁵¹. Caso remeta, entretanto, a outras circunstâncias, não costuma afetar a validade da

³⁴⁶ BOAS, Ana Luísa Pereira Vilas. **A autonomia da vontade do menor em caso de intervenção médica**. 40f. Porto, 2014. Dissertação (Mestrado em Bioética) – Programa de Mestrado em Direito Privado da Universidade Católica Portuguesa, p. 10; MUNHOZ, Luciana Batista. **O princípio da autonomia progressiva e a criança como paciente**. 160f. Brasília, 2014. Dissertação (Mestrado em Bioética) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, p. 131-133.

³⁴⁷ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general, tomo I: fundamentos. La estructura de la teoria del delito**. Madrid: Civitas, 1997, p. 538.

³⁴⁸ BROCK, Dan; BUCHANAN, Allen. **Decidir por otros: ética de la toma de decisiones subrogada**. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas: Programa de Maestría y Doctorado en Filosofía: Fondo de Cultura Económica, 2009, p. 245-247; SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal da medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 229-234; LOPES JR., Dalmir. **Consentimento informado na relação médico-paciente**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 205-206.

³⁴⁹ CARVALHO, Gisele Mendes de. DUMAS, Camila Cristina de Oliveira. **Quando o paciente diz não: uma análise da recusa de tratamento no ordenamento jurídico brasileiro**. Birigui: Boreal Editora, 2017, p. 42-49.

³⁵⁰ CORRÊA, Adriana Espíndola. **Consentimento livre e esclarecido: o corpo objeto de relações jurídicas**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 122.

³⁵¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal: parte geral**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 266.

anuência³⁵². Permanece válido, por exemplo, o consentimento do paciente que se submete a tratamento feito por estudantes de medicina, os quais acredita serem médicos formados, pois inexistente erro quanto ao bem jurídico; a integridade corporal não corre mais perigo do que correria caso a intervenção fosse realizada por um médico. “O erro sobre a condição de médico não afeta a autonomia da decisão do portador do bem jurídico, porque concerne a um ponto insignificante segundo critérios jurídicos”³⁵³. O agente, entretanto, deve ter capacidade de realizar o procedimento tão corretamente e com tanta segurança quanto o faria um médico.

O erro por parte do consenciente, que preste uma declaração equívoca ou compreenda mal a realidade, porém sem que tenha sido enganado, não implica a ineficácia do consentimento³⁵⁴, a não ser que o autor possua o dever jurídico de sanar as dúvidas do lesado³⁵⁵. Por sua vez, aquele que ameaça a vítima, coloca-a ou a faz acreditar estar em situação de necessidade – a partir da qual dispõe de um bem, no intuito de salvaguardar outros próprios ou de terceiros –, deverá responder pelos danos causados, podendo sua responsabilidade se fundar na invalidade do consentimento³⁵⁶ ou na assunção da posição de autor mediato da lesão³⁵⁷.

2.2.3 Manifestação prévia, correspondência e ciência por parte do autor.

A concordância para com a lesão deve ser manifestada/externada (expressa ou tacitamente) antes da execução da conduta lesiva³⁵⁸, evitando-se tentativas ulteriores de fabricação do consentimento ou, no caso de intervenções paternalistas, justificação da lesão a partir da alegação de que a discordância da vítima demonstra

³⁵² Manuel da Costa Andrade aponta para a equivocidade das noções de “erro quanto ao bem jurídico” e “erro quanto a elemento distinto do bem jurídico”, sustentando que a doutrina majoritária, não obstante abrace essa dicotomia, ainda não logrou êxito em defini-la de maneira harmoniosa (COSTA ANDRADE, Manuel da. **Direito penal médico: SIDA: testes arbitrários, confidencialidade e segredo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 90-94).

³⁵³ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general, tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid: Civitas, 1997, p. 546.

³⁵⁴ JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación**. Madrid: 1995, p. 297.

³⁵⁵ A título de exemplo, menciona-se o dever do médico de informar o paciente sobre o diagnóstico e opções de tratamento, que será estudado no item seguinte.

³⁵⁶ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general, tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid: Civitas, 1997, p. 548.

³⁵⁷ JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación**. Madrid: 1995, p. 298-302.

³⁵⁸ HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 161.

sua atual incapacidade³⁵⁹. A consumação do fato muitas vezes oblitera qualquer pretensão de resistência, na medida em que a vítima se torna uma prisioneira das novas circunstâncias consolidadas³⁶⁰. Se o consentimento for prestado após o início, mas antes do término da conduta, haverá tentativa³⁶¹.

Para que não seja típica, a conduta lesiva deverá ser praticada dentro dos limites do consentimento prestado pelo titular do bem jurídico. Tais limites poderão ser estabelecidos não somente quanto ao bem jurídico afetado, mas também no que diz respeito ao modo de proceder com a lesão³⁶². O consentimento para com lesões ínsitas a um procedimento cirúrgico em ambiente hospitalar autorizará menoscabos praticados através do uso de bisturis, pinças, tesouras e martelos especializados, não de facas de cozinha ou martelos de obra, por exemplo. Será punido pelo excesso o autor que estiver ciente dos contornos do consentimento prestado pela vítima e, mesmo assim, transgredi-los, causando um resultado não concordado.

O autor deve conhecer da anuência por parte da vítima³⁶³, sob pena de ser enquadrado na modalidade tentada do delito praticado³⁶⁴ – nesse ponto, a solução varia conforme a orientação doutrinária; teorias determinadas por puro desvalor de ação defendem a prática de um delito consumado³⁶⁵, enquanto aquelas amparadas em uma concepção de puro desvalor de resultado concluem pela existência de um crime impossível³⁶⁶. Essa discussão, contudo, somente será aventada quando o dolo estiver presente, não sendo admissível a tentativa culposa.

Já o autor que acredita estar amparado pelo consentimento da vítima, quando não está – seja porque este não foi prestado, seja porque o foi em desconformidade aos requisitos de validade –, incorre em erro de tipo, excluindo-se o dolo e a culpa, na modalidade invencível, ou somente o dolo, subsistindo a possibilidade de imputação culposa, quando existente, na modalidade vencível.

³⁵⁹ VALDÉS, Ernesto Garzón. ¿Es eticamente justificable el paternalismo jurídico?. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, nº 5, 1998.

³⁶⁰ BUSATO, Paulo. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 516.

³⁶¹ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general, tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid: Civitas, 1997, p. 534-535.

³⁶² COSTA ANDRADE, Manuel da. **Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p.331-332, 359-360.

³⁶³ HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 163.

³⁶⁴ JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación**. Madrid: 1995, p. 293 e 297; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal: parte geral**. Granada: 2002, p. 412.

³⁶⁵ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. 4ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 116.

³⁶⁶ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general, tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid: Civitas, 1997, p. 553.

2.2.4 O oferecimento de contraprestação ao consenciente.

Muito se discute, ainda, sobre os efeitos que a oferta de uma contraprestação à vítima, pelo autor ou por terceiro, poderiam surtir sobre a validade de seu consentimento. Salvo previsão expressa – como o caso da venda de órgãos, vedada pela Lei nº 9.434/1997, cujos dispositivos, interpretados conjuntamente à Resolução CFM nº 2.121/2015, proíbem também a prática remunerada de barriga de aluguel –, a existência de contraprestação não macula o consentimento da vítima, o que, por outro lado, não impede a subsunção da conduta do autor ao tipo penal de estelionato, caso a promessa de recompensa não seja cumprida e o agente aufera vantagem para si ou paga outrem³⁶⁷. O erro da vítima quanto à contraprestação, por não se referir ao bem jurídico, não influencia na validade do consentimento³⁶⁸, conforme anteriormente apontado.

A proibição do livre comércio de órgãos costuma ser justificada com base em argumentos de duas ordens, que podem ser denominados *objeção da equanimidade* e *objeção da corrupção*³⁶⁹. Primeiramente, afirma-se que o intuito da norma é evitar que indivíduos vulneráveis sejam prejudicados por decisões não autônomas que culminassem na alienação de seu(s) órgão(s)³⁷⁰. Trata-se da objeção da equanimidade, segundo a qual, em ambientes de desigualdade, a compra e venda de órgãos constituiria uma prática avassaladora sobre a saúde, integridade física e dignidade dos mais desfavorecidos. Um setor da doutrina, entretanto, elucubra se, ao invés da proibição, não seria melhor uma regulação orientada a controlar e garantir a tomada de decisões plenamente responsáveis e bem informadas, prevenindo possíveis abusos³⁷¹.

³⁶⁷ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general, tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid: Civitas, 1997, p. 545.

³⁶⁸ *Ibidem*, p. 545-546.

³⁶⁹ A classificação é utilizada da obra “*O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*”, do jus filósofo norte-americano Michael Sandel (SANDEL, Michael. **O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 109-110).

³⁷⁰ MELLO, Leana. **Um mercado lícito de órgãos? Aspectos éticos e jurídicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 69-70, 159-161, 170-171.

³⁷¹ DORADO, Carmen Juanatey. Protección penal de la vida y de la salud: alcance del reconocimiento de la autonomía de la voluntad. In: PAIS, Antonio Doval (Dir.); GUILLEM, Clara Moya (Coord.). **Nuevos límites penales para la autonomía individual y la intimidad**. Pamplona: Editorial Aranzadi S.A., 2015, p. 31.

A objeção da corrupção, noutro sentido, apela à ideia de que a mercantilização de certos objetos gera um efeito moralmente degradante, corrompendo-os; alega-se que um mercado de órgãos objetificaria o ser humano, algo incompatível com uma visão de humanidade como fim em si mesmo³⁷². Uma vez que, aqui, o problema diz respeito ao ato de comercializar partes do corpo e não às circunstâncias em que esse ato é praticado, não seria suficiente adotar medidas que garantissem a igualdade da negociação.

Ainda, não se pode negligenciar a relevância dos aspectos comportamentais envolvidos. Inúmeras pesquisas demonstram como a inserção de um fator de mercantilização que, supostamente, orientaria a conduta dos agentes em determinada direção, acaba por surtir um efeito contrário ou, ao menos, diverso do esperado. Os bancos de sangue que permitem não somente a doação, mas também a compra e venda, por exemplo, não apresentam maiores índices de coleta do que aqueles que lidam exclusivamente com doações, uma vez que transformar o sangue em mercadoria faz recuar o altruísmo e corrói o sentimento de obrigação e compromisso social, para além de estimular a ocultação de enfermidades por parte do vendedor, diminuindo a segurança do sistema³⁷³. Em suma, quando alguém está envolvido em uma atividade que considera intrinsecamente compensadora, como é o caso da doação de órgãos, a oferta de uma vantagem contraposta pode enfraquecer a motivação e depreciar o dever ou comprometimento moral³⁷⁴, diminuindo a oferta, ao invés de aumentá-la.

Finalmente, importa mencionar os aspectos relacionados ao *paternalismo de contenção*, cujo ímpeto é evitar que o consentimento por parte de um sujeito leve “os demais membros do tecido social, para não sofrerem maiores danos, a também abrir mãos de suas garantias jurídicas, gerando um gradual e progressivo aumento das afetações negativas sobre as esferas de direitos fundamentais dos cidadãos”³⁷⁵. Em

³⁷² MELLO, Leana. **Um mercado lícito de órgãos? Aspectos éticos e jurídicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 165, 171.

³⁷³ TITMUSS, Richard *apud* SANDEL, Michael. **O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 122; TITMUSS, Richard *apud* SATZ, Debra. **Por qué algunas cosas no deberían estar en venta: los límites morales del mercado**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015, p. 260-261.

³⁷⁴ SANDEL, Michael. **O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 120; SATZ, Debra. **Por qué algunas cosas no deberían estar en venta: los límites morales del mercado**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015, p. 262.

³⁷⁵ GUARAGNI, Giovanni Vidal. Os fundamentos teóricos da autolesão e da heterolesão consentida e os parâmetros à intervenção paternalista. In: ALEXANDRE, André Demetrio [et al.] (Orgs.).

um livre mercado de órgãos, nada impediria, por exemplo, que estes se convertessem em garantias de crédito, o que faria com que alguém que não estivesse disposto a vendê-los encontrasse dificuldades para obter um empréstimo/financiamento, vendo-se severamente prejudicado³⁷⁶. Impossível não recordar do icônico e anedótico *Mercador de Veneza*, de William Shakespeare.

Por seu turno, a barriga de aluguel, maternidade sub-rogada ou trabalho reprodutivo são nomes dados à mercantilização do ventre alheio para fins reprodutivos. Trata-se de mais uma espécie de comércio que, assim como a compra e venda de órgãos, enquadra-se no gênero dos *mercados nocivos*, entendidos como aqueles que trazem resultados prejudiciais à sociedade e contam com alto nível de vulnerabilidade subjacente³⁷⁷.

2.2.5 Requisitos do consentimento presumido.

No que tange ao consentimento presumido, Roxin diferencia entre três situações possíveis, cada uma com requisitos de validade próprios.

A primeira corresponde às situações em que a conduta afeta marginalmente a vida pessoal da vítima, podendo-se atuar em seu interesse presumido, desde que não haja indícios de uma vontade contrária de sua parte. A título de exemplo, cita-se a invasão de domicílio para proteger móveis que tenham sido deixados expostos às intempéries climáticas; entretanto, caso se saiba que os móveis foram deixados, propositalmente, para que apanhem chuva, haverá invasão de domicílio³⁷⁸.

Quanto às decisões vinculadas aos direitos da personalidade – como abrir correspondências de terceiros, aplicar sanções a filhos de terceiros, etc. –, a regra é inversa, somente sendo possível atuar com base no consentimento presumido caso haja indícios de que o titular do bem jurídico está de acordo com a intervenção.

Interpretação da constituição e jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019, p. 190.

³⁷⁶ SATZ, Debra. **Por qué algunas cosas no deberían estar en venta: los límites morales del mercado.** Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015, p. 272.

³⁷⁷ *Ibidem*, p. 129-137. A temática é bem explorada em: DOVA, Massimiliano. Maternidad subrogada y Derecho penal. In: PAIS, Antonio Doval (Dir.); GUILLEM, Clara Moya (Coord.). **Nuevos límites penales para la autonomía individual y la intimidad.** Pamplona: Edittorial Aranzadi S.A., 2015, p. 97-119; SATZ, Debra. **Por qué algunas cosas no deberían estar en venta: los límites morales del mercado.** Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015, p. 157-182.

³⁷⁸ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general, tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito.** Madrid: Civitas, 1997, p. 773.

O mesmo critério se aplica aos casos em que a conduta é realizada com o intuito de zelar pelos interesses, não da vítima, mas do autor ou de terceiros³⁷⁹. Ocorre, entretanto, que a depender das circunstâncias do caso concreto, a conduta poderá ser enquadrada em outras modalidades de afastamento do ilícito, como a adequação social e a insignificância da lesão praticada. Cita-se como exemplo o caso de quem empresta a bicicleta de um amigo para não perder um compromisso – hipótese em que “o agente acredita numa relação de amizade com o titular do bem jurídico, e por isso pressupõe o assentimento deste em relação à disposição do bem jurídico em questão”³⁸⁰ – ou a situação em que a empregada que doa um suéter velho do dono da casa para um morador de rua.

Por fim, tem-se o consentimento presumido quanto às *decisões existenciais*, referentes à vida e morte. Sendo mais frequente contexto médico, será analisado no item seguinte, em conjunto com a doutrina do consentimento informado.

Caso o autor, em qualquer das três modalidades, acredite que está atuando na presença de requisitos inexistentes do consentimento presumido, incidirá em erro quanto aos pressupostos objetivos de justificação, o que excluirá o dolo, mas permitirá a responsabilização pela modalidade culposa do delito (art. 20, §1º, CP).

2.3 A DOUTRINA DO CONSENTIMENTO INFORMADO E O CONSENTIMENTO PRESUMIDO NAS RELAÇÕES MÉDICAS: UM APELO À LIBERDADE INDIVIDUAL.

A literatura médica tradicional costuma adotar a ética hipocrática, que – somada à disparidade de conhecimento e informação e à influência dos papéis sociais ocupados pelas pessoas envolvidas – ajuda a estabelecer uma relação hierárquica de poder entre o profissional da saúde e o paciente, na qual o primeiro, guiado pela máxima latina *salus aegroti suprema lex* (a saúde do paciente é a lei suprema), busca, acima de tudo, promover a saúde e o bem-estar do segundo.

Sob esse ponto de vista, o objetivo da medicina é fazer com que as pessoas vivam o máximo de tempo possível³⁸¹. O médico passa a ser “visto como um profissional dotado de poder de cura, devendo pautar a sua atuação pelos princípios da beneficência (*bonnum facere*, promoção do bem do paciente) e da não-

³⁷⁹ *Ibidem*, p. 777.

³⁸⁰ MIRANDA, Marine Carrière. **Reflexos da vítima dogmática no consentimento em Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 84.

³⁸¹ ISRAËL, Lucien. **Contra a eutanásia**. Lisboa: Editora Multinova, 2016, p. 42.

maleficência (*primum nil nocere*, obrigação de não causar dano intencionalmente)³⁸². Ainda que parte da doutrina defenda que a ética hipocrática primeva poderia, no máximo, ser associada a um paternalismo moderado – uma vez que o *Corpus Hippocraticum* prescreve ao médico o dever de dialogar com o paciente, explicando-lhe, de forma inteligível, seu estado de saúde³⁸³ –, o modelo que se consolidou a partir da especialização da medicina como ciência, na modernidade, denota sua afinidade para com posturas paternalistas fortes e iliberais.

Na segunda metade do século XX, entretanto, a ética da autonomia começou a ganhar espaço progressivamente, amparando-se no já citado preceito latino *volenti non fit injuria*. Logo após o final da Segunda Guerra Mundial, o Código de Nuremberg (1947) estabeleceu princípios básicos para a realização de experimentos médicos com seres humanos, cuja observância era imprescindível, sendo o primeiro deles correspondente à necessidade de consentimento voluntário³⁸⁴. No mesmo sentido, o congresso norte-americano, em 1974, organizou a Comissão Nacional para a Proteção de Seres Humanos de Pesquisa Biomédica e Comportamental, com o intuito de estabelecer princípios éticos para os procedimentos biomédicos. O resultado foi o Relatório Belmont³⁸⁵, que previa três princípios para as pesquisas biomédicas: o respeito pela pessoa (autonomia), a beneficência e a justiça.

A compreensão de que a saúde e o bem-estar não independem da perspectiva individual e subjetiva do paciente abriu as portas para o reconhecimento do direito do paciente de decidir, de maneira livre e informada, sobre qual tratamento médico

³⁸² GRECO, Luís; SIQUEIRA, Flávia. Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no direito penal médico. In: COSTA, José de Faria [et al.]. **Estudos em homenagem ao prof. doutor Manuel da Costa Andrade: volume I, Direito Penal**. Coimbra: Sersilito-Esmepresa Gráfica Ltda., 2017, p. 644-645.

³⁸³ BEIER, Mônica; IANNOTTI, Giovano de Castro. O paternalismo e o juramento hipocrático. **Rev. Bras. Saúde Matern. Infant.**, Recife, 10 (Supl. 2): S383-S389 dez., 2010, p. 388.

³⁸⁴ “[...] a pessoa envolvida deve ter a capacidade legal para consentir; deve estar em condições de exercer seu livre poder de escolha, sem a intervenção de nenhuma força, fraude, engano, coação ou outra forma de restrição; e deve ter conhecimento e compreensão suficiente dos elementos envolvidos, para que possa tomar uma decisão esclarecida. Esse último elemento requer que antes da aceitação pelo sujeito lhe sejam informados a natureza, duração e propósito do experimento; o método e os meios através do qual será realizado; todos os inconvenientes e perigos razoavelmente esperados; e os efeitos sobre sua saúde ou pessoa que possam advir da participação do experimento” (Nuremberg Code, Art. 1. Disponível em: <https://www.fhi360.org/sites/all/libraries/webpages/fhi-retc2/Resources/nuremburg_code.pdf>. Acesso em: novembro 2019).

³⁸⁵ Belmont Report. Disponível em: <https://www.hhs.gov/ohrp/sites/default/files/the-belmont-report-508c_FINAL.pdf>. Acesso em: novembro de 2019.

realizar ou mesmo de rejeitar todo e qualquer tipo de tratamento³⁸⁶. O exercício regular do direito, por parte do médico, não mais possui o condão de *per se* legitimar intervenções sobre a integridade física do paciente, enxergadas como atos ilícitos quando não acompanhadas do consentimento expresso e informado.

Excetuadas as emergências, o profissional da saúde só poderá atuar quando o paciente concordar em se submeter às intervenções que lhe foram comunicadas³⁸⁷. Em uma relação médico-paciente baseada na liberdade, “o consentimento deve ser irrestritamente protegido e respeitado, constituindo o ato médico em um ato legítimo”³⁸⁸. O paciente é autonomamente responsável por sua vida e saúde, de modo que a relação médico-paciente, tradicionalmente vertical e assimétrica, assume tendências de horizontalidade e simetria, tornando ambos responsáveis pela conduta médica. O doente assume o perigo que lhe foi informado em detalhe, o que não exime o médico de responder pelo aumento indevido do patamar de risco, mediante práticas negligentes, imprudentes ou imperitas subsequentes³⁸⁹.

Estabelecidas essas premissas e sob a égide da máxima proteção dos princípios interdependentes da autonomia³⁹⁰ e inviolabilidade da pessoa³⁹¹, a execução de procedimentos médicos deverá observar a seguinte ordem de preferência: (i) consentimento expresso e informado do paciente; (ii) diretrizes antecipadas de vontade ou testamento vital; (iii) julgamento por substituição; e (iv) princípio do melhor interesse. Atendê-los é trazer à relação entre médico e paciente

³⁸⁶ DUMAS, Camila Cristina de Oliveira; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Quando o paciente diz não: uma análise da recusa de tratamento no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Boreal Editora, 2017, p. 69.

³⁸⁷ KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 285; LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil, v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 362.

³⁸⁸ KVITKO, Luis Alberto. **El consentimiento informado**. Ciudadela: Dosyuna Ediciones Argentinas, 2009, p. 95, tradução livre.

³⁸⁹ GORGA, Maria Luiza. **Direito médico preventivo, compliance penal na área da saúde**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 119; KVITKO, Luis Alberto. **El consentimiento informado**. Ciudadela: Dosyuna Ediciones Argentinas, 2009, p. 97.

³⁹⁰ Conforme citado no primeiro capítulo, o princípio da autonomia estabelece que “[...] sendo valiosa a livre eleição individual de planos de vida e a adoção de ideais de excelência humana, o Estado (e os demais indivíduos) não devem interferir nessa eleição ou adoção, limitando-se a desenhar instituições que facilitem a persecução individual desses planos de vida e a satisfação dos ideais de virtude que cada um sustente e impedindo a interferência mútua no curso dessa perseguição” (NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989, p. 204-205, itálico original, tradução livre).

³⁹¹ O princípio da inviolabilidade da pessoa, por sua vez, proíbe que se imponha aos seres humanos, contra sua vontade, “*sacrificios e privações que não resultem em seu próprio benefício*”. In: *Ibidem*, p. 239, itálico original, tradução livre.

as diretrizes do individualismo normativo³⁹², que, valorizando a singularidade do indivíduo, não lhe prescreve nenhuma característica.

Como explica Dietmar von der Pfordten, sociedades que levam seus indivíduos a sério permitem com que decidam quais aspectos de suas individualidades deverão prevalecer³⁹³. Nesse sentido, necessidades, propensões, desejos e objetivos atuais devem vir em primeiro lugar. Se os desejos contemporâneos do indivíduo não puderem ser convertidos em vontades válidas³⁹⁴, para a formação de um consentimento informado e expresso, e seus objetivos atuais não forem encontrados, dever-se-á recorrer, em segundo lugar, aos desejos e objetivos anteriores do sujeito. Caso não seja possível, “passa-se, em terceiro lugar, para *concretas presunções* acerca dos desejos e objetivos fáticos. Caso isto também não seja suficiente, deve-se recorrer, finalmente, aos *supostos interesses abstratos*”³⁹⁵.

2.3.1 A doutrina do consentimento informado.

A doutrina do consentimento informado postula que o paciente pode, livre e conscientemente, receber toda a informação necessária para expressar sua anuência em relação aos tratamentos recomendados³⁹⁶ ou para rejeitar todo tipo de cuidado médico³⁹⁷. Consentir mediante informação prévia é exercitar a *capacidade*

³⁹² Segundo o qual “somente indivíduos *podem ser, em última análise, o ponto de partida de obrigações e valorações éticas legítimas [...] e não comunidades e coletivos*” (VON DER PFORDTEN, Dietmar. **Filosofia do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Editora D’Placido, 2018, p. 114).

³⁹³ VON DER PFORDTEN, Dietmar. Individualismo normativo e o direito. **Revista Direito Público**, nº 60, Nov-Dez, 2014.

³⁹⁴ A vontade é prévia ao agir e nele expressa seu sentido comunicativo definitivo. Ao indivíduo, ainda que seja possível desejar coisas distintas e até mesmo opostas, é reservado somente querer uma coisa singular, vontade esta que se expressa através do ato praticado. Até o momento da ação, a vontade “é constantemente mutável” (SCHOPENHAUER, Arthur. **O Livro Arbítrio**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012, p. 40). Entretanto, apenas um desejo será resolvido e passará ao estado de volição, seguido do ato ou omissão correspondente.

³⁹⁵ VON DER PFORDTEN, Dietmar. Individualismo normativo e o direito. **Revista Direito Público**, nº 60, Nov-Dez, 2014, p. 177.

³⁹⁶ KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 289.

³⁹⁷ BROCK, Dan; BUCHANAN, Allen. **Decidir por otros: ética de la toma de decisiones subrogada**. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas: Programa de Maestría y Doctorado em Filosofia: Fónido de Cultura Económica, 2009, p. 105.

de razão prática, definida como a habilidade de formar uma ideia de bem e, a partir dela, engajar-se em uma reflexão crítica sobre o planejamento da própria vida³⁹⁸.

Os requisitos do consentimento do ofendido, abordados no item anterior, também servem para aferir a validade do consentimento livre e informado. O paciente deverá ser titular do bem jurídico objeto da decisão, possuir capacidade abstrata e concreta, bem como manifestar-se antes da intervenção médica. Por sua vez, o profissional da saúde deverá tomar conhecimento da vontade do paciente e, quando prestado o consentimento, atuar dentro de seus limites.

O médico está obrigado a prestar informações detalhadas sobre o estado de saúde do paciente, o tratamento a ser realizado e os riscos envolvidos³⁹⁹. Caso contrário, responderá pelos danos derivados de erros que afastem a capacidade em concreto do enfermo e cuja razão de ser esteja na falta de informação devida. Nesse sentido, a falha em providenciar dados completos e compreensíveis gera uma presunção relativa de invalidade do consentimento do paciente, que pode se confirmar ou não, a depender da relevância do defeito para a decisão⁴⁰⁰.

Alguns autores⁴⁰¹, erroneamente, classificam o consentimento nas relações médicas como um processo bilateral, envolvendo a provisão de informações e a manifestação de vontade. Entretanto, o consentimento é um ato unilateral, que pressupõe a prestação de informação como um requisito de validade (principalmente em casos de desigualdade informacional). A comunicação entre médico e paciente, em que este formula questionamentos e expressa preocupações, inseguranças e medos, e aquele deve respondê-lo e esclarecê-lo da maneira mais inteligível possível, pode ser encarada como um processo bilateral que, no entanto, não passa de uma condição de validade do consentimento e com ele não se confunde.

³⁹⁸ NUSSBAUM, Martha C. Capabilities and Human Rights, *Fordham Law Review*, v. 66, nº 273, 1997, p. 287.

³⁹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 270; LOPES JR., Dalmir. **Consentimento informado na relação médico-paciente**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 161.

⁴⁰⁰ MARTEL, Leticia de Campos Velho. **Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida**. 475f. Rio de Janeiro, 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, p. 245-246.

⁴⁰¹ “[...] um processo de comunicação entre médico e paciente, de forma bilateral, a qual abrange as informações a respeito de riscos dos procedimentos, benefícios, e alternativas, possibilitando ao indivíduo tomar uma decisão autônoma sobre se deseja ou não submeter-se ao tratamento ou procedimento diagnóstico proposto, sendo este revogável a qualquer instante a desejo do paciente” (GORGA, Maria Luiza. **Direito médico preventivo, compliance penal na área da saúde**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 116).

A autorização do paciente é comumente obtida através do *termo de consentimento informado* que deve ser lido e assinado pelo paciente previamente ao início dos procedimentos através dele comunicados. De acordo com a doutrina especializada⁴⁰² e órgãos administrativos oficiais⁴⁰³, o documento deve conter: (i) a identificação completa do paciente e do médico (não necessariamente o mesmo que irá executar o procedimento/tratamento); (ii) a patologia diagnosticada, com sua natureza e provável evolução; (iii) o procedimento a ser aplicado e suas especificidades (objetivos, em que consiste e o modo como é feito); (iv) benefícios e riscos do tratamento (incluindo efeitos colaterais, possíveis e prováveis complicações, taxa de mortalidade e sequelas); (v) fármacos a serem utilizados e seus respectivos riscos; (vi) riscos específicos do paciente (relacionados às suas condições pessoais de saúde, como anemia, obesidade, diabetes, etc.); (vii) consequências da rejeição do tratamento recomendado; (viii) tratamentos alternativos e as razões pelas quais seriam menos adequados; (ix) consequências da rejeição de todos os tratamentos; (x) possibilidade de revogação do consentimento; (xi) assecuração da satisfação do paciente em relação às informações recebidas e a resolução de seus questionamentos; (xii) e as assinaturas do médico, paciente e, se possível, testemunhas. Interessante também, mas não indispensável, elaborar termos de consentimento apartados relacionados à disposição do corpo, em caso de falecimento, para universidades e autópsias.

Os termos de consentimento devem ser documentados e copiados, ficando o original na clínica e a cópia com o paciente ou sua família. Considerando que a demonstração insuficiente da anuência faz presumir que a intervenção médica se deu sem o consentimento informado do paciente⁴⁰⁴, seu registro formal, ainda que não exigido por lei, é altamente recomendável por constituir meio e garantia de prova⁴⁰⁵, para ambas as partes, do conteúdo informacional ao qual o paciente teve acesso, o que pode ser relevante em uma eventual demanda judicial.

⁴⁰² GORGA, Maria Luiza. **Direito médico preventivo, compliance penal na área da saúde**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 120; KVITKO, Luis Alberto. **El consentimiento informado**. Ciudadela: Dosyuna Ediciones Argentinas, 2009, p. 137-138.

⁴⁰³ Recomendação CFM nº 1/2016. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf>. Acesso em: janeiro de 2020.

⁴⁰⁴ KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 314.

⁴⁰⁵ MELLO, Leana. **Um mercado lícito de órgãos? Aspectos éticos e jurídicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 162.

Haverá casos em que o paciente estará consciente e comunicável, mas o contexto não permitirá um diálogo detalhado. O processo, então, deverá ser simplificado, uma vez que a exigência de profundidade da informação é inversamente proporcional à urgência da realização do procedimento. Noutras palavras, quanto maior a urgência, menor será o conteúdo informacional a ser comunicado ao paciente, e vice-versa⁴⁰⁶.

Isso, porém, não exime o médico de informar o essencial e obter o consentimento. Se a intervenção se der à revelia ou contra a vontade do paciente, incidirá o médico na prática de lesão corporal (art. 129, CP), a despeito de atingir o propósito curativo⁴⁰⁷; presentes elementos de violência, ameaça ou redução da capacidade de resistência do paciente (através de anestesia, por exemplo), estará configurado o constrangimento ilegal, previsto no artigo 146, do Código Penal.

Estará afastado dever de prestar informações quando o paciente abrir mão de seu direito de ser informado, autorizando a realização das intervenções que o especialista, com base em seu domínio da *lex artis*, considerar necessárias.

A doutrina reconhece a possibilidade de o paciente se recusar a receber informações sobre seu estado de saúde⁴⁰⁸. Essa renúncia constitui expressão legítima da autonomia e independência individual⁴⁰⁹. Parte dos autores defende que, nesses casos, o consentimento seria qualificado como expresso ou presumido a depender da justificativa subjacente à recusa informacional. Caso o paciente já possua os conhecimentos dispensados, haverá consentimento expresso, pois informado; porém, caso somente não tenha interesse em saber ou confie plenamente na escolha do médico, haverá consentimento presumido⁴¹⁰.

⁴⁰⁶ CANCIO MELIÁ, Manuel. Consentimiento en el tratamiento médico y autonomía. Algunas reflexiones desde la perspectiva española. **Revista brasileira de ciências criminais**, vol. 96, p. 53-72, Maio-Jun., 2012, p. 61.

⁴⁰⁷ *Ibidem*, p. 58.

⁴⁰⁸ CÂNCIO MELIÁ, Manuel. Consentimiento en el tratamiento médico y autonomía. Algunas reflexiones desde la perspectiva española. **Revista brasileira de ciências criminais**, vol. 96, p. 53-72, Maio-Jun., 2012, p. 61. Em âmbito nacional, a Resolução CFM nº 1/2016, estabelece que “Existem situações em que o paciente não deseja saber, nega a verdade a seu respeito ou nega-se a decidir, impossibilitando a comunicação do procedimento para a obtenção do consentimento livre e esclarecido. No entanto, a recusa de receber informação não significa, necessariamente, negativa de consentimento do paciente. Caso o paciente prefira que o médico decida, após a obtenção do consentimento, sua atuação guiar-se-á pelos princípios da beneficência [...]” (Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf>. Acesso em: janeiro de 2020).

⁴⁰⁹ LOPES JR., Dalmir. **Consentimento informado na relação médico-paciente**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 229.

⁴¹⁰ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal da medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 302-303.

Distinto é o posicionamento aqui defendido. Havendo a recusa voluntária à informação e autorização expressa para que o médico prossiga com o tratamento que achar mais adequado, estará presente o consentimento expresso, não presumido, afastando-se a tipicidade, independentemente da motivação pelo qual o paciente rechaçou a informação e a oportunidade de optar por um tratamento em específico. Não se exige da decisão autônoma um conteúdo específico, mas somente que seja genuína e auto imposta, o que leva à conclusão de que alguém que autoriza que todas as ordens do médico sejam executadas é tão autônomo quanto aquele que quer avaliar criticamente essas ordens por si mesmo⁴¹¹.

A literatura, ainda, aponta para os casos de *privilégio* ou *necessidade terapêutica* como uma segunda exceção à obrigação de informar. Parte-se, aqui, da premissa de que, dependendo da situação, a comunicação integral da ficha clínica ao paciente será contraindicada. Trata-se de um *privilégio*, pois exime o médico de um dever; e é *terapêutico*, por almejar garantir o sucesso do tratamento⁴¹².

Somente será permitido ocultar informações de um paciente capaz, que delas não abriu mão deliberadamente, nas situações em que a plena transparência possa afetá-lo a ponto de retirar-lhe a autonomia para a tomada de decisões sobre o tratamento⁴¹³. Noutros termos, a aplicação do privilégio terapêutico deve se dar com no intuito de assegurar a autodeterminação do paciente e a possibilidade de consentir. Se o ato de informar puder gerar perturbações drásticas, como quadros de depressão profunda⁴¹⁴, que impeçam o paciente de tomar novas decisões válidas, o amplo esclarecimento será contraindicado⁴¹⁵, desnaturando-se o dever de informar pronta, plena e detalhadamente o paciente⁴¹⁶.

A atuação médica, no entanto, não estará amparada pela garantia do privilégio terapêutico e consubstanciará uma afronta à autonomia e à garantia do consentimento informado, caso a omissão de informação seja utilizada para prevenir

⁴¹¹ DWORKIN, Gerald. **The theory and practice of autonomy**. New York: Cambridge University Press, 1988, p. 109.

⁴¹² *Ibidem*, p. 118.

⁴¹³ *Ibidem*, p. 118-119.

⁴¹⁴ ISRAËL, Lucien. **Contra a eutanásia**. Lisboa: Editora Multinova, 2016, p. 49.

⁴¹⁵ COSTA ANDRADE, Manuel da. **Direito penal médico: SIDA: testes arbitrários, confidencialidade e segredo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 120-121.

⁴¹⁶ LOPES JR., Dalmir. **Consentimento informado na relação médico-paciente**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 231.

que o paciente rejeite o tratamento que o corpo clínico considera a melhor opção ou evitar meras afetações negativas em seu equilíbrio emocional⁴¹⁷.

A despeito do posicionamento acima delineado, cogita-se se seria possível reduzir o problema do privilégio terapêutico à hipótese da renúncia à informação. Nesse caso, o médico deveria indagar se o paciente deseja receber as informações, antecipando que carregam um conteúdo impactante e, por isso, possivelmente redutor de sua capacidade e autonomia. Se a vontade do paciente fosse de saber tudo sobre seu estado de saúde e assumir o risco do choque emocional, seria o médico, então, obrigado a informá-lo. Trata-se de uma conjectura que demanda maiores reflexões e discussões, a serem realizadas noutra oportunidade.

2.3.2 Consentimento presumido e diretrizes antecipadas de vontade.

Até o presente momento, tratou-se das relações entre médicos e pacientes conscientes e capazes de, com base nas informações que lhe são prestadas, decidir se realizarão algum tratamento e qual será sua modalidade. Entretanto, uma intervenção benevolente poderá ser justificada através do consentimento presumido, nas situações em que faltar capacidade e autonomia ao paciente, ou seja, quando este: (i) ignorar elementos relevantes da situação; (ii) não puder fazer suas decisões prevalecerem, em razão de sua autodeterminação reduzida; (iii) estiver com suas faculdades mentais temporária ou permanentemente reduzidas; e (iv) atuar impulsivamente ou sob coação⁴¹⁸. Um indivíduo incapaz não pode ser deixado lesar por sua vontade defeituosa, razão pela qual algo deverá ser feito em prol da recuperação e efetivação de sua liberdade ou, subsidiariamente, de seu bem-estar.

Havendo urgência que torne necessária a pronta intervenção médica e não sendo possível a obtenção do consentimento informado ou pairando dúvida razoável sobre a capacidade do agente⁴¹⁹, “terá o profissional a obrigação de realizar o

⁴¹⁷ COSTA ANDRADE, Manuel da. **Direito penal médico: SIDA: testes arbitrários, confidencialidade e segredo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 125; DWORKIN, Gerald. **The theory and practice of autonomy**. New York: Cambridge University Press, 1988, p. 119-120 LOPES JR., Dalmir. **Consentimento informado na relação médico-paciente**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 232-233.

⁴¹⁸ ATIENZA, Manuel. Discutamos sobre paternalismo. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, nº 5, 1998, p. 209; VALDÉS, Ernesto Garzón. ¿Es eticamente justificable el paternalismo jurídico?. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, nº 5, 1998, p. 167.

⁴¹⁹ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal da medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 239-240.

tratamento, independentemente de autorização, eximindo-se de qualquer responsabilidade por não tê-la obtido”⁴²⁰. Posteriormente, com o objetivo de viabilizar eventuais futuros procedimentos, deverá o médico colher o consentimento do paciente ou, se a incapacidade persistir, de seus familiares⁴²¹.

O mesmo vale para quando, durante um procedimento em que o paciente esteja impossibilitado de anuir com a ampliação do âmbito de intervenção, urgirem novas medidas terapêuticas inadiáveis⁴²² – aventa-se a responsabilização do médico pelas intervenções que vier a realizar sob o pressuposto da necessidade e urgência, caso fossem previsíveis e, mesmo assim, não tenham sido devidamente informadas ao paciente, no intuito de obter seu consentimento prévio⁴²³.

Inevitável não recordar, neste ponto, da exceção prevista no Código Penal à prática de constrangimento ilegal, correspondente à “intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida” (art. 146, §3º, inc. I, CP). A expressão *sem o consentimento* pode dar azo a duas interpretações distintas. A primeira, que confere à frase um significado amplo, entende que, em uma emergência e *mesmo mediante recusa do paciente*, a intervenção médica poderia ser efetuada. Por sua vez, a segunda, mais restrita, infere que a intervenção médica estaria autorizada em uma emergência e *na ausência/falta do consentimento*.

As normas administrativas que regulam a conduta médica no Brasil adotam, na esteira da doutrina jurídico-penal tradicional, a primeira das interpretações citadas,

⁴²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 270.

⁴²¹ KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 292.

⁴²² *Ibidem*, p. 297; LOPES JR., Dalmir. **Consentimento informado na relação médico-paciente**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018, p. 234-237.

⁴²³ “[...] para que seja preenchido o pressuposto da impossibilidade fática de obtenção do consentimento, a possibilidade de ampliação da cirurgia não pode ser conhecida anteriormente pelo médico, pois, nesses casos, é perfeitamente possível o consentimento: basta que o médico informe ao paciente, antes da intervenção, sobre a eventual necessidade de ampliação e obtenha sua autorização” (SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal da medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 335).

conforme se extrai dos artigos 22 e 31⁴²⁴, do Código de Ética Médica, do artigo 2º, da Resolução CFM nº 1.021/80⁴²⁵ e da Recomendação CFM nº 1/2016.

No entanto, não há o que fundamente a primeira exegese do artigo, que estaria legitimando, por exemplo, a conduta do médico que aguardasse o agravamento do estado de saúde do paciente para, então, poder tratá-lo impositivamente e a despeito de sua manifesta rejeição. O dispositivo de lei ora analisado “em nenhum momento autoriza a realização de intervenções *contrárias à vontade do paciente*, mas somente daquelas realizadas *sem o seu consentimento*”⁴²⁶ e, por óbvio, na presença de circunstâncias emergenciais, sendo essa a única interpretação compatível com o respeito à independência e autodeterminação individual. O consentimento presumido, assim, “só pode ser utilizado caso *nenhuma vontade contrária* do titular do bem jurídico seja reconhecida [...] não pode haver qualquer possibilidade de *consultar antecipadamente* a sua vontade real”⁴²⁷.

Inexistindo perigo iminente, os déficits de autonomia listados gerarão diferentes implicações. Nos casos de afetação temporária das faculdades mentais do paciente, impulsividade ou coação, o médico deverá aguardar até que cesse a causa da incapacidade e, então, obter o consentimento voluntário⁴²⁸. Se o problema for de falta de informação e as partes tiverem tempo para dialogar, a solução será informar o paciente, esclarecendo questões essenciais. Caso surjam novas circunstâncias durante um procedimento cirúrgico, que exijam uma intervenção não abarcada pelo consentimento previamente efetuado, deverá o médico interrompê-lo, aguardar que o paciente retome a consciência e informá-lo, para colher um novo assentimento⁴²⁹.

⁴²⁴ **É vedado ao médico:** Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte; Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

⁴²⁵ 2º - Se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente de consentimento do paciente ou de seus responsáveis.

⁴²⁶ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal da medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 325, itálico original.

⁴²⁷ HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 164, itálico original.

⁴²⁸ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general, tomo I: fundamentos. La estructura de la teoria del delito**. Madrid: Civitas, 1997, p. 775.

⁴²⁹ COSTA ANDRADE, Manuel da. **Direito penal médico: SIDA: testes arbitrários, confidencialidade e segredo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 59; KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 297.

O paciente que tiver sua autodeterminação e faculdades mentais permanentemente reduzidas estará carente de liberdade positiva, de modo que o exercício de suas capacidades estará definitivamente prejudicado. A primazia do consentimento informado cederá espaço, nessa ordem: a) às diretrizes antecipadas de vontade; b) ao julgamento por substituição; e c) ao princípio do melhor interesse.

A alternativa predominante ao consentimento informado e que, conforme as circunstâncias, poderá fazer as vezes do instituto, é o *testamento vital* ou *diretriz antecipada de vontade*⁴³⁰. Consciente e devidamente informado, o sujeito formaliza em um documento quais tipos de tratamento médico podem ou não ser realizados, prevendo uma situação em que sua incapacidade impeça a conversão de seus desejos em vontades válidas e autônomas. Conquanto existam entendimentos contrários⁴³¹, essas diretivas devem prevalecer, uma vez que não constituem mero indício da preferência do indivíduo. “Ditar a instrução prévia é uma *atuação*, um ato de vontade, exatamente como redigir um testamento ordinário para dispor dos próprios bens é uma *atuação*, não uma simples expressão de preferências”⁴³².

Os problemas em torno das diretrizes antecipadas de vontade aludem a dois fatores relacionados à extensão do lapso temporal entre o momento em que as instruções são firmadas e o ulterior ensejo à intervenção médica. Deve-se observar, primeiramente, que a passagem do tempo pode fazer com que surjam novas opções terapêuticas, implicando na defasagem das informações que serviram de base à instrução deixada pelo paciente, enquanto exercia sua capacidade⁴³³. A segunda questão, por seu turno, envolve os intensos debates sobre os laços e

⁴³⁰ O instituto encontra escassa regulamentação através da Resolução CFM nº 1.995/2012.

⁴³¹ Alguns autores afirmam que não se deve dar tanta importância aos testamentos vitais, uma vez que quem está bem dificilmente conseguirá prever com acerto sua vontade futura. Segundo Lucien Israël, são raros os doentes que, espontaneamente, pedem para morrer se as coisas se complicarem e mantêm o pedido no momento em que pode ser satisfeito (ISRAËL, Lucien. **Contra a eutanásia**. Lisboa: Editora Multinova, 2016, p. 84). No mesmo sentido, Claus Roxin defendia, na segunda edição de seu manual, que “quando realmente está em jogo a morte, muitas pessoas revisam suas opiniões anteriores e querem seguir vivendo; as decisões existenciais dessa natureza não podem ser antecipadas nem sequer pelo próprio afetado” (ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general, tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid: Civitas, 1997, p. 776). A partir da quarta edição da obra, entretanto, o penalista passou a afirmar que as diretrizes antecipadas devem ser levadas em conta para que se tente reconstruir a vontade presumida do paciente, conjugando-se, também, outros indícios concretos, como declarações prévias, convicções religiosas, conjuntos de valores e expectativa de vida (ROXIN, Claus. **Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre**. 4. München: Verlag C. H. Beck, 2006, p. 831-833).

⁴³² BROCK, Dan; BUCHANAN, Allen. **Decidir por otros: ética de la toma de decisiones subrogada**. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas: Programa de Maestría y Doctorado em Filosofia: Fónido de Cultura Económica, 2009, p. 127, tradução livre.

⁴³³ *Ibidem*, p. 161-162.

(des)continuidades de identidade – entendida e medida em graus de continuidade psicológica⁴³⁴ – e personalidade de um mesmo indivíduo que perde sua capacidade.

A resolução dessas controvérsias é o que permite verificar se, no caso concreto, a diretriz antecipada será equivalente ao consentimento expresso e afastará a tipicidade da conduta, ou somente servirá de elemento à reconstrução da vontade presumida do paciente, consolidando a base sobre a qual o ato médico será justificado, através do consentimento presumido.

Suponha que um sujeito tenha registrado o desejo de não ser submetido a tratamentos caso venha a ser diagnosticado com uma patologia determinada, em virtude dos efeitos colaterais perniciosos comuns às intervenções disponíveis. Quando sobrevier o diagnóstico, se o paciente tiver condições de consentir, ser-lhe-á facultado manter os termos das diretrizes antecipadas, rejeitando os tratamentos disponíveis, ou revogá-los, anuindo com a intervenção médica. Nesse caso, a decisão posterior, que revoga a diretriz ou determinação anterior, constitui um novo exercício de autonomia e, por isso, deve ser respeitada⁴³⁵.

Entretanto, o diagnóstico pode vir acompanhado de incapacidade, o que exigirá um juízo sobre a manutenção da identidade pessoal do paciente⁴³⁶.

As diretrizes antecipadas serão cogentes e qualificadas como consentimento expresso, afastando a tipicidade da conduta médica, na medida em que o contexto não tenha se alterado substancialmente. Ou seja, a vontade do paciente será clara, não havendo o que se presumir, se o grau de continuidade psicológica entre o

⁴³⁴ BROCK, Dan; BUCHANAN, Allen. **Decidir por otros: ética de la toma de decisiones subrogada**. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas: Programa de Maestría y Doctorado em Filosofia: Fónido de Cultura Económica, 2009, p. 164; NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989, p. 246.

⁴³⁵ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 323.

⁴³⁶ O debate foi recentemente enfrentado em um caso inédito ocorrido na Holanda. Uma médica foi denunciada pelas autoridades holandesas, pela suposta prática de eutanásia em desconformidade com os requisitos legais. A indiciada havia ministrado injeção letal a uma paciente de 74 anos de idade, com demência oriunda do avançado grau de Mal de Alzheimer. Não obstante o ato tenha seguido o testamento vital firmado pela paciente quando em pleno uso de suas faculdades mentais, esta tentou reagir à injeção, tendo sido segurada por familiares (RANKIN, Jennifer. **Netherlands euthanasia case: doctor 'acted with best intentions'**. The Guardian, Brussels, 26/08/2019. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/2019/aug/26/doctor-on-trial-landmark-euthanasia-case-netherlands-dementia>>. Acesso em: dezembro de 2019). A médica, que alegava que o estado de demência da paciente tornava inválidas suas vontades atuais, foi absolvida no final de 2019 (EXTRA. **Médica que praticou eutanásia em paciente com demência é absolvida na Holanda**. Extra, 11/09/2019. Disponível em: <<https://extra.globo.com/noticias/mundo/medica-que-praticou-eutanasia-em-paciente-com-demencia-absolvida-na-holanda-23941407.html>>. Acesso em: dezembro de 2019).

momento em formulou as instruções e o instante em que veio a se tornar incapaz for elevado e a evolução das possibilidades terapêuticas disponíveis não for relevante.

Todavia, quanto menores forem os indícios de manutenção da identidade e mais tratamentos alternativos surgirem, menor será a autoridade e força moral das instruções prévias⁴³⁷, razão pela qual o documento passará a servir somente como uma dentre as várias provas úteis à determinação da vontade presumida do enfermo. Aqui, recorre-se ao consentimento presumido justificante. Se alguém, por exemplo, registrar que não deseja ser tratado caso venha a contrair uma determinada doença incapacitante, pois a terapia disponível foi desenvolvida através de técnicas consideradas antiéticas, mas vier a ser diagnosticado com a patologia somente anos depois, após já ter sido desenvolvido um novo tratamento por meio de técnicas distintas, não haverá consentimento informado, passando as diretrizes previamente fixadas a servir como mero indício da vontade presumida do paciente.

Quando não houver instrução prévia, dever-se-á recorrer ao julgamento por substituição. Empreender-se-á uma tentativa de reconstrução das perspectivas do paciente, através de elementos indiciários, devendo o médico e a família decidirem pelo paciente⁴³⁸. Os elementos investigados devem permitir com que se forme uma noção aproximada de como a pessoa incapacitada decidiria caso possuísse capacidade para tanto. A reconstrução da vontade presumida deverá ser feita por meio de evidências extraídas da vivência do indivíduo incapacitado⁴³⁹.

Optar pelo consentimento presumido, ao invés de simplesmente tomar a decisão com base em padrões heterônomos, não somente enaltece a liberdade de agência do paciente, como também permite com que este a exerça, mesmo estando incapacitado. Isso somente é possível na medida em que o exercício da liberdade pode se dar por duas vias distintas: a via do poder e a via do controle.

A via do poder alude à pessoa que tem suas escolhas respeitadas e vê os objetivos correspondentes realizados. O poder somente existe em relações firmadas

⁴³⁷ BROCK, Dan; BUCHANAN, Allen. **Decidir por otros: ética de la toma de decisiones subrogada**. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas: Programa de Maestría y Doctorado em Filosofia: Fôndo de Cultura Económica, 2009, p. 189.

⁴³⁸ KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 297.

⁴³⁹ MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida**. 475f. Rio de Janeiro, 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, p. 221-223.

entre seres reativos, sendo exercitado mutuamente por um sobre o outro⁴⁴⁰ e implicando uma reação receptiva ou repulsiva. Em um julgamento substitutivo, o incapaz, através de suas concepções e compromissos prévios, exercita poder sobre outras pessoas. Quando o médico ou os familiares do paciente levarem em consideração os desejos por ele expressados quando era capaz, o paciente, mesmo sem nenhum controle da situação, estará “atuando sobre suas ações”⁴⁴¹.

Noutra senda, a via do controle concerne ao processo de decisão e execução. Não interessa, aqui, se o sujeito logra êxito e atinge o objeto da escolha. O único elemento relevante é a liberdade positiva, o autogoverno e o domínio da situação. Ao longo da história, a liberdade recebeu maior atenção em seu aspecto de controle do que em sua característica de poder. Não se pode, entretanto, negligenciar a demanda por liberdade quando o controle não puder ser exercido⁴⁴².

Um breve exemplo pode ajudar na compreensão:

1. Para ilustrar o contraste, começo com uma versão resumida de um exemplo que utilizei noutra oportunidade. Seu amigo ficou ferido em um acidente e está inconsciente. O médico diz que ambos os tratamentos A e B podem ser utilizados e um será tão eficiente quanto o outro, mas que seu amigo sofreria menos com o tratamento A, que possui menos efeitos colaterais. No entanto, você sabe que seu amigo teria escolhido o tratamento B, uma vez que o tratamento A está associado a alguns experimentos em animais vivos, que seu amigo repudia totalmente. Ele certamente concordaria que o tratamento A seria melhor para seu bem-estar, mas, como um agente livre, teria escolhido o tratamento B, se lhe tivesse sido dada a oportunidade. Se você decide solicitar ao médico que ministrar o tratamento B, estará dando ao seu amigo efetivo poder, mesmo que ele não esteja exercendo controle por si mesmo. E seu fundamento para escolher o tratamento B para ele certamente não é seu bem-estar (ele próprio concordaria que A é melhor nesse aspecto), mas sua liberdade (na forma geral de liberdade de agência). É importante lembrar, também, que sua decisão sobre qual tratamento será realizado depende do que seu amigo escolheria. Não é apenas o fato de ele estar conseguindo o que escolheria; ele o está porque seria assim que escolheria⁴⁴³.

Fica claro que, nas decisões sub-rogadas, há um hiato entre a execução e o interesse da ação. Para ser justificável, a escolha deve ser executada tomando por

⁴⁴⁰ FOUCAULT, Michel. O Sujeito e o Poder. In: DREYFUS, Hubert; RABINOW, Paul. **Michel Foucault: uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica**. Rio de Janeiro: editora Forense Universitária, 1995, p. 242.

⁴⁴¹ O exercício do poder “é sempre uma maneira de agir sobre um ou vários sujeitos ativos, e o quanto eles agem ou são suscetíveis de agir. Uma ação sobre ações” (*Ibidem*, p. 243).

⁴⁴² SEN, Amartya. Agency and Freedom: The Dewey Lectures 1984. **The Journal of Philosophy**, Vol. 82, No. 4, (Apr. 1985).

⁴⁴³ *Ibidem*, p. 209-210, tradução livre.

base o interesse do indivíduo incapacitado⁴⁴⁴. Mesmo uma vontade não razoável do portador do bem jurídico protegido deverá ser respeitada, quando for conhecida ou puder ser deduzida, pois no consentimento presumido não se trata de um mero auxílio ou tutela, senão de uma decisão no sentido do afetado⁴⁴⁵.

Por fim, a nobre tentativa de preservar um escopo mínimo da liberdade de agência do paciente, que serve de fundamento à adoção do julgamento substitutivo, não terá relevância em duas situações. Primeiramente, quando não houver indícios suficientes daquilo que o paciente teria escolhido caso fosse capaz e, em segundo lugar, quando o paciente em questão não tiver perdido a capacidade, mas nunca a tenha possuído, como as crianças ou doentes mentais desde a infância⁴⁴⁶.

Exceto nos casos de incidência da teoria do menor maduro – amplamente aceita em alguns países⁴⁴⁷ –, ambas as circunstâncias mencionadas implicam na total indiferença da liberdade de agência, tornando-se a liberdade de bem-estar o único baluarte para a tomada de decisão baseada em valores comuns, que deverão servir para elencar e ordenar as funcionalidades a serem obtidas⁴⁴⁸.

Essa demanda por bem-estar deverá estar necessariamente aliada à expectativa de recuperação e/ou promoção da liberdade positiva e de agência do paciente, razão pela qual o representante somente poderá consentir “quando estiver atuando em consonância com a necessária proteção do incapaz, uma vez que não se lhe atribui um direito de abrir mão de bens jurídicos que não são seus”⁴⁴⁹.

⁴⁴⁴ VON DER PFORDTEN, Dietmar. Individualismo normativo e o direito. **Revista Direito Público**, nº 60, Nov-Dez, 2014, p. 188-189.

⁴⁴⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal: parte geral**. Granada: 2002, p. 416, tradução livre.

⁴⁴⁶ BROCK, Dan; BUCHANAN, Allen. **Decidir por otros: ética de la toma de decisiones subrogada**. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas: Programa de Maestría y Doctorado em Filosofia: Fôndo de Cultura Económica, 2009, p. 124-125.

⁴⁴⁷ Dentre os ordenamentos jurídicos em que a eutanásia não constitui crime, mas prática regulamentada, a Colômbia, Bélgica e Holanda, por exemplo, autorizam a morte assistida de menores de idade. No país sul-americano, a vontade do adolescente é suficiente para a efetivação do procedimento a partir dos 14 (quatorze) anos de idade (EL PAÍS. **Colômbia regulamenta eutanásia para crianças e adolescentes**. El País, Bogotá, 11/03/2018. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/03/10/internacional/1520696972_962348.html>. Acesso em: dezembro de 2019). Na Holanda, a idade mínima para a solicitação da eutanásia corresponde aos 12 (doze) anos, ao passo em que, na Bélgica, não há limite etário (EFE, Agência. **Bélgica aplica pela 1ª vez eutanásia em um paciente menor de idade**. G1, 17/09/2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/09/belgica-aplica-pela-1-vez-eutanasia-em-um-paciente-menor-de-idade.html>>. Acesso em: dezembro de 2019).

⁴⁴⁸ SEN, Amartya. Agency and Freedom: The Dewey Lectures 1984. **The Journal of Philosophy**, Vol. 82, No. 4, (Apr. 1985), p. 198.

⁴⁴⁹ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal da medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 242.

Aqui, a única relação de poder é travada entre os médicos e os familiares do paciente. Ao invés de o paciente inconsciente exercer um poder sobre o tomador de decisão, através de vontades ou desejos previamente expressados, terceiros o submetem a um domínio pleno e irresistível. Todo esforço é dirigido *melhor interesse* do indivíduo, considerando o que aprimorará seu bem-estar e angariará benefícios.

Contudo, em casos críticos, como o de pacientes em estado vegetativo, outros interesses devem vir à tona, não mais (ou não somente) referentes ao bem-estar, mas aos custos existenciais⁴⁵⁰ e benefícios de manter o paciente vivo. O princípio do melhor interesse não exige que seja feito todo e qualquer esforço para manter o paciente inconsciente vivo durante anos e anos; condições extremas exigem que se pondere “se a qualidade de vida do paciente com o tratamento para seguir vivendo será tão ruim que não valerá a pena ou será pior que não viver mais”⁴⁵¹.

A partir do exposto, extrai-se que a passagem da ética hipocrática para a ética da autonomia representa um passo em direção ao desenvolvimento social, entendido como a remoção progressiva de espaços de não liberdade⁴⁵², mesmo que os agentes dele não pretendam se valer imediatamente. Quanto mais uma nação for desenvolvida, mais os seres humanos gozarão de liberdade para agir no mundo⁴⁵³, e esse âmbito de atuação inclui decisões individuais sobre a própria vida e saúde.

Do ponto de vista instrumental, “diferentes tipos de liberdade se inter-relacionam e a liberdade de uma espécie pode ajudar no avanço de outras”⁴⁵⁴. Contudo, a liberdade também é um fim em si mesmo, servindo como medida do desenvolvimento, uma vez que seu incremento “aumenta a habilidade das pessoas de ajudar umas às outras e influenciar o mundo”⁴⁵⁵.

A transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová pode servir como um bom exemplo, permitindo visualizar os valores instrumentais e intrínsecos da liberdade na prática. Ainda que a maioria concorde em realizar uma transfusão de sangue em caso de recomendação médica, é necessário garantir, para toda pessoa capaz e

⁴⁵⁰ Expressão utilizada para afastar a ideia de que a abreviação da vida, nesses casos, se daria para mitigar gastos financeiros, crítica frequentemente utilizada por adeptos da distanásia.

⁴⁵¹ BROCK, Dan; BUCHANAN, Allen. **Decidir por otros: ética de la toma de decisiones subrogada**. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas: Programa de Maestría y Doctorado em Filosofia: Fôndo de Cultura Económica, 2009, p. 134, tradução livre.

⁴⁵² SEN, Amartya. **Development as freedom**. New York: Mark Stein, 1999, p. 03.

⁴⁵³ FOLLONI, André. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. **Revista Direitos Humanos Fundamentais**, Osasco, jan-jun/2014, ano 14, n.1, pp. 63-91

⁴⁵⁴ SEN, Amartya. **Development as freedom**. New York: Mark Stein, 1999, p. 37, tradução livre.

⁴⁵⁵ *Ibidem*, p. 18, tradução livre.

competente, a oportunidade de escolher se submeter ou não a esse tipo de procedimento. Se o paciente for Testemunha de Jeová, há uma grande possibilidade de rejeição da transfusão sanguínea, o que é parte do exercício da liberdade pessoal como um fim em si. Entretanto, essa decisão também possui aspectos instrumentais, na medida em que o paciente, caso sobreviva, terá assegurada outras liberdades no interior da comunidade de Testemunhas de Jeová, como aceitação, integração e participação, englobadas pela noção de “*capacidade de amizade*”⁴⁵⁶.

Expandir liberdades, portanto, não contribui somente para uma vida mais rica e irrestrita, mas também permite com que as pessoas existam de forma mais completa e exercitem suas vontades, interagindo e influenciando seu entorno⁴⁵⁷.

Por outro lado, tanto elementos do entorno, quanto componentes inconscientes da psique, interferem de modo determinante nas subjetividades e na formação das vontades individuais, sobretudo quando a consciência está desatenta e dispersa. Dependendo da perspectiva teórica adotada, coloca-se em dúvida a autonomia do agente para ponderar e orientar suas próprias ações, chegando-se a aventar a rejeição do livre-arbítrio. Esse constitui o tema do próximo e último item do capítulo.

2.4 UMA BREVE INCURSÃO SOBRE OS DESVIOS COGNITIVOS COMO UM COMPLICADOR DA NOÇÃO DE SUJEITO CAPAZ.

O mapeamento das funções cerebrais data do século XVIII e XIX⁴⁵⁸, com pesquisas realizadas por Marshall Hall, Pierre Flourens e Paul Broca. Tais investigações compõem a disciplina da *neurociência cognitiva*, cujo intuito é “determinar como as funções cerebrais originam a atividade mental” e “correlacionar o processamento de informação com regiões do cérebro”⁴⁵⁹ que, frequentemente, operam sem que tenhamos consciência de sua atividade.

A partir da segunda metade do século XX, a neurociência passou a confrontar os pressupostos do livre-arbítrio – capacidades de agir de maneira diversa e pensar e agir de modo consciente⁴⁶⁰ –, colocando em xeque pilares da autonomia, da

⁴⁵⁶ NUSSBAUM, Martha C. Capabilities and Human Rights, **Fordham Law Review**, v. 66, nº 273, 1997, p. 287, tradução livre.

⁴⁵⁷ SEN, Amartya. **Development as freedom**. New York: Mark Stein, 1999, p. 14-15.

⁴⁵⁸ SCHULTZ, Duane; SCHULTZ, Sydney Ellen. **História da psicologia moderna**. São Paulo: Cengage Learning, 2013, p. 441.

⁴⁵⁹ *Ibidem*, p. 442.

⁴⁶⁰ HARRIS, Sam. **Free will**. New York: Free Press, 2012, p. 06.

capacidade jurídica e da responsabilização moral e jurídica. Foram descobertos mecanismos inconscientes, a partir dos quais atividades são realizadas em *piloto automático*; vieses cognitivos, que levam a decisões desinformadas e assunção de riscos não previstos; e vieses volitivos, envolvendo estímulos sequer percebidos.

Estudos recentes apontam para a suspeição da concepção de ser humano enquanto um ser capaz de deliberar os prós e contras de uma decisão antes de tomá-la. Tais conclusões repercutem na seara jurídica, desde os pressupostos dos negócios jurídicos, até a prática de ilícitos civis e criminais. Dentre os institutos afetados, encontram-se a capacidade de disposição e o consentimento do ofendido, até aqui abordadas, razão pela qual este breve incursão na temática se torna indispensável para fomentar o debate e antecipar possíveis problemas.

2.4.1 Neurociência e livre-arbítrio: a capacidade geral em xeque.

No que tange ao livre-arbítrio, o debate é intenso e extenso, de modo que aqui lhe caberá apenas uma alusão sucinta. No ano de 1960, o neurocientista Benjamin Libet realizou o seguinte experimento: a partir de eletrodos colocados na cabeça de voluntários, almejava monitorar suas atividades cerebrais enquanto realizam a tarefa de levantar o dedo quando quisessem. Os participantes, entretanto, deveriam informar ao pesquisador o momento em que sentissem o impulso de fazer o movimento. Em primeiro lugar, descobriu-se “que as pessoas se tornavam conscientes do impulso para se mexer cerca de um quarto de segundo antes de realmente fazer o movimento”⁴⁶¹. Entretanto, havia algo a mais: a atividade cerebral se deu mais de um segundo antes da consciência do impulso.

À época, Benjamin Libet sugeriu a existência de um *poder de veto*, através do qual o indivíduo, conscientemente, poderia rejeitar e barrar a influência do impulso da escolha já tomada inconscientemente. Outros pesquisadores, entretanto, concluíram que a partir da consciência não seria possível escolher ou sequer iniciar

⁴⁶¹ EAGLEMAN, David. **Incógnito: as vidas secretas do cérebro**. Rio de Janeiro: Rocco, 2012, p. 179-180.

a ação, visto ser a consciência do agir ulterior à realização da escolha⁴⁶². Os chamados *centros de libido* possuiriam a primeira e a última palavra em matéria de decisão, definida segundos antes da tomada de ciência pela mente consciente⁴⁶³.

O determinista Sam Harris sustenta que até mesmo a sensação subjetiva de liberdade de escolha seria falsa. “Pensamentos e intenções emergem de causas em relação às quais não temos conhecimento e sobre as quais não exercemos controle consciente. Não temos a liberdade que pensamos que temos”⁴⁶⁴ e, de certo modo, sequer pensamos que a temos. O erro crucial teria origem na má compreensão da própria experiência subjetiva. Seres humanos não somente não são tão livres quanto pensam (inconsistência objetiva), assim como a dita sensação de liberdade – chamada pelos partidários do livre-arbítrio de “evidência introspectiva”, referente à “convicção de que é possível escolher e atuar de maneira diversa”⁴⁶⁵ – se esvai facilmente mediante a percepção de que pensamentos e intenções simplesmente surgem, sem esforço consciente e deliberado (inconsistência subjetiva). Em síntese, a ilusão do livre-arbítrio seria, em si mesma, uma ilusão⁴⁶⁶.

Menos radical e sem a pretensão de abolir a ideia de livre-arbítrio, David Eagleman apregoa o princípio do automatismo suficiente, segundo o qual “o livre-arbítrio pode existir – mas, se existe, tem muito pouco espaço em que operar [...] é apenas um pequeno fator no alto de uma enorme maquinaria automatizada”⁴⁶⁷.

A figura do consentimento do ofendido seria diretamente afetada caso se concluísse pela inexistência de livre-arbítrio. Primeiramente, pouca relevância teriam as capacidades reflexivas e deliberativas do consenciente. Também as condições de engano, erro e coação, seriam equiparadas às demais circunstâncias condicionantes. O próprio consentimento, por fim, poderia ser enquadrado como um mero estímulo causador da conduta lesiva do autor, o que autorizaria o Direito Penal a atuar, valendo-se da pena como um contraestímulo às lesões consentidas, visando

⁴⁶² BUSATO, Paulo Cesar. Uma visão crítica das implicações dos estudos neurocientíficos em Direito Penal. In: BUSATO, P. (Org.) **Neurociência e Direito Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 51.

⁴⁶³ JÄGER, Christian. Libre determinación de la voluntad. In: CALATAYUD, M. (Coord.) **Neurociencias y derecho penal: nuevas perspectivas em el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad**. Buenos Aires: Euros Editores, 2013, p. 59.

⁴⁶⁴ HARRIS, Sam. **Free will**. New York: Free Press, 2012, p. 05, tradução livre.

⁴⁶⁵ WILLIAMS, Clifford. **Free will and determinism: a dialogue**. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1980, p. 22, tradução livre.

⁴⁶⁶ HARRIS, Sam. **Free will**. New York: Free Press, 2012, p. 64-65.

⁴⁶⁷ EAGLEMAN, David. **Incógnito: as vidas secretas do cérebro**. Rio de Janeiro: Rocco, 2012, p. 183.

desincentivar a prática de novos delitos pelo agente em concreto (prevenção especial) e/ou por outros membros da comunidade (prevenção geral)⁴⁶⁸.

O amparo de institutos jurídicos e sociais no livre-arbítrio, entretanto, ainda é possível, com base: (i) na simplicidade da operação realizada pelo voluntário; (ii) na dimensão linguística e relacional da liberdade; (iii) na narrativa cerebral; (iv) na influência da interpretação dos resultados; e (v) na noção de intencionalidade.

A (i) questão da simplicidade remete ao fato de que o indivíduo submetido à experiência de Libet está isolado e realiza uma operação simples, tal como apertar botões ou levantar os dedos. Ações simples são deliberadamente escolhidas como parâmetro da pesquisa, concebidas para não tirar o foco e a atenção do voluntário⁴⁶⁹, o que demonstra uma limitação metodológica ínsita ao experimento.

Decisões tomadas em sociedade, contudo, adquirem contornos complexos e não são tomadas por indivíduos isolados, mas por sujeitos inter-relacionados e pessoas destinatárias de direitos e deveres construídos comunicativamente⁴⁷⁰.

Em segundo lugar, a (ii) dimensão comunicativa das relações humanas obriga a olhar para as interações, analisando intersubjetividades capazes de produzir sistemas de signos, vincular atitudes e emoções e construir o tecido social. A ideia de sujeito livre “estará presente exatamente naquela medida na qual seja transmitida por meio da comunicação”⁴⁷¹. Não se pode ter liberdade a menos que nela se acredite⁴⁷² e, a partir dessa crença, seja ela proclamada e intersubjetivamente erigida, o que reforça a crença e permite que, uma vez afirmada a liberdade, seres humanos obriguem uns aos outros a serem livres.

A crença na liberdade permite juízos de responsabilização jurídicos e morais, sob a premissa de que teria sido possível agir de modo diferente. “Agimos no pressuposto da liberdade”⁴⁷³, uma vez que as ideias de criatividade, assunção de

⁴⁶⁸ Na perspectiva determinista, “responsabilização e punição dissuadem as pessoas a fazerem certas coisas, pois causam ações posteriores das pessoas diferentes das anteriores. Responsabilização e punição não pressupõem que a ação pela qual a pessoa é culpada poderia ter sido evitada” (WILLIAMS, Clifford. **Free will and determinism: a dialogue**. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1980, p. 45, tradução livre).

⁴⁶⁹ DIAS, Alvaro Machado. Das ‘neurociências aplicadas ao marketing’ ao ‘neuromarketing integrativo’. **Ciências & Cognição**, 2012, Vol. 17 (1): 178-189.

⁴⁷⁰ JAKOBS, Günther. Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica. In: GUIRAO, R. (Org.) **El problema de la libertad de acción em el derecho penal**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007, p. 157.

⁴⁷¹ JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**. São Paulo: Manole, 2003, p. 14.

⁴⁷² MARTINELLI, J. **Paternalismo Jurídico-Penal: limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais**. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 24.

⁴⁷³ SEARLE, John. **Mente, cérebro e ciência**. Lisboa: Edições 70, 2017, p. 130.

riscos e responsabilidade estão diretamente vinculadas à possibilidade de uma ação autônoma, assim como as noções contrapostas de culpa, punição, covardia e traição⁴⁷⁴. Se as ações fossem predeterminadas, o agente nunca poderia ser moralmente responsável pelo que fizesse, pois, para sê-lo, é preciso que haja mais de uma conduta possível de ser levada a cabo⁴⁷⁵.

A questão (iii) da narrativa cerebral é bem explicada por David Eagleman, que sustenta que a experiência da realidade é uma construção do cérebro. Primeiramente, o cérebro coleta dados/informações, através dos órgãos sensitivos. Algumas dessas informações são processadas em velocidades diferentes - o processamento de estímulos visuais é menos célere do que o de estímulos auditivos, por exemplo -, porém, na percepção subjetiva do fenômeno, tudo está sincronizado. O cérebro esconde essas diferenças temporais, coletando “todas as informações dos sentidos antes de decidir pela história do que está acontecendo”⁴⁷⁶.

A consciência, assim, possui uma percepção atrasada do mundo, em razão da necessidade do processamento prévio de informações; ou, em outras palavras, “sempre haverá algum atraso entre os primeiros eventos neurofisiológicos que estimulam meu próximo pensamento consciente e o pensamento em si”⁴⁷⁷.

A partir disso, seria possível cogitar que a atividade cerebral verificada por Libet representasse, não a tomada mecanizada/automática de decisões pelo cérebro, mas o mero processamento de informações, a fim de fornecer um quadro geral da realidade, permitindo que o indivíduo, posteriormente, tome a decisão.

Essa hipótese encontra razão de ser na premissa de que (iv) os dados coletados através de pesquisas de neurociência “necessitam de interpretação e validação”⁴⁷⁸. Frequentemente, verificam-se “similaridades entre os circuitos cerebrais ativados nos diferentes processos, o que demonstra a complexidade de avaliar um circuito cerebral quando se detecta uma reação, uma vez que sua ativação pode derivar de diferentes categorias de processos psicológicos”⁴⁷⁹.

⁴⁷⁴ DWORKIN, Gerald. **The theory and practice of autonomy**. New York: Cambridge University Press, 1988, p. 112.

⁴⁷⁵ WILLIAMS, Clifford. **Free will and determinism: a dialogue**. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1980, p. 41-42.

⁴⁷⁶ EAGLEMAN, David. **Cérebro: uma biografia**. Rio de Janeiro: Rocco, 2017, p. 61.

⁴⁷⁷ HARRIS, Sam. **Free will**. New York: Free Press, 2012, p. 09, tradução livre.

⁴⁷⁸ COLAFERRO, Cláudia. **A contribuição do neuromarketing para o estudo do comportamento do consumidor**. 164f. São Paulo, 2011. Dissertação (Mestrado em Administração de Empresas) – Departamento de Administração de Empresas da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, p. 76.

⁴⁷⁹ *Ibidem*, p. 53.

Na contramão das conclusões deterministas, afirma-se que os aspectos *racionais* e *emocionais* do cérebro são interdependentes. A tomada de uma decisão envolve um cenário real ou imaginário que é avaliado com base em um conjunto de informações sensoriais. Este conjunto “é comparado com os arquivos situados na memória e ponderado segundo seu significado emocional. [...] é avaliado o custo/benefício e a devida previsão sobre os prováveis resultados das ações, para finalmente ser tomada uma decisão que orientará o comportamento”⁴⁸⁰.

Por fim, tem-se a (v) questão da intencionalidade, abordada por John Searle. Para o autor, agimos de acordo com estados mentais, que permitem condutas distintas e alternativas às realizadas. A liberdade somente é atribuída a seres conscientes, que experimentam a sensação de se empenhar de modo voluntário e intencional⁴⁸¹. Nessa experiência, acredita-se na possibilidade de realizar ações distintas, que não são praticadas por não encontrarem respaldo no elemento volitivo.

A evolução seria responsável por fornecer aos seres humanos a irremediável experiência da liberdade – já mencionada sob a alcunha de *evidência introspectiva* –, baseada no “sentido de possibilidades alternativas” – inserido – “na genuína estrutura do comportamento humano consciente, voluntário e intencional”⁴⁸².

A partir dessas colocações, percebe-se que os estudos da neurociência não foram suficientes para desbancar a noção de livre-arbítrio. Inegável, entretanto, é o fato de que tais pesquisas minaram irremediavelmente a concepção moderna clássica de ser humano racional como *homo oeconomicus*. Atualmente, é sabido que boa parte das operações cerebrais envolvidas em comportamentos diários ocorre através de um *piloto automático*, sem que delas se tenha consciência.

2.4.2 Neurociência e vieses: a capacidade concreta em xeque.

O *inconsciente* aqui mencionado remete menos a uma perspectiva freudiana de pulsões reprimidas, do que a uma concepção intuitiva de ações humanas automatizadas e irrefletidas. A literatura distingue entre dois sistemas ou modos de funcionamento do cérebro que, a despeito das diversas denominações – Sistemas 1

⁴⁸⁰ *Ibidem*, p. 80.

⁴⁸¹ SEARLE, John. **Mente, cérebro e ciência**. Lisboa: Edições 70, 2017, p. 127.

⁴⁸² *Ibidem*, p. 132.

e 2⁴⁸³; sistemas *inferior* e *superior*⁴⁸⁴; mecanismos rápidos e lentos⁴⁸⁵; etc. –, referem-se a um mesmo fenômeno empiricamente percebido. Enquanto o Sistema 1 “opera automática e rapidamente, com pouco ou nenhum esforço e nenhuma percepção de controle voluntário”⁴⁸⁶, o Sistema 2 “aloca atenção às atividades mentais laboriosas que o requisitam, incluindo cálculos complexos”⁴⁸⁷.

Ao primeiro, são reservadas reações rápidas e atividades automáticas, enquanto o segundo se encarrega da reflexão, do raciocínio detido, da comparação de opções e da escolha deliberada, em uma constante disputa pela atenção e reservas energéticas do indivíduo. Aqui, o termo *pay attention* assume seu sentido literal: a quantidade de atenção e energia disponível no organismo humano é limitada. “Vinte por cento das calorias que consumimos são usadas para alimentar o cérebro, que tenta operar com a maior eficiência energética possível”⁴⁸⁸.

Exercícios de autocontrole, desempenhados pelo Sistema 2, são mais cansativos e consomem elevados níveis de glicose. Quando há esforço excessivo, atinge-se um estado de *esgotamento do ego* ou *ego depletion*⁴⁸⁹, o que faz com que as áreas cognitivas de nível mais elevado, envolvidas nas funções executivas e de planejamento (como o córtex pré-frontal) fiquem fatigadas e operem aquém do nível exigido de atenção⁴⁹⁰. Nessas circunstâncias, aumentam os erros intuitivos.

O organismo, no entanto, é capaz de adotar estratégias para economizar recursos, por meio do aprendizado e do afastamento da tensão cognitiva.

Através do aprendizado e da especialização, por exemplo, surgem automatismos. O indivíduo passa a demandar menos energia e atenção para realizar a tarefa à qual está habituado; sinapses são reforçadas e o cérebro traça um caminho a ser seguido. Habilidades aperfeiçoadas caem abaixo do nível da

⁴⁸³ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 27-41.

⁴⁸⁴ HARRIS, Sam. **Free will**. New York: Free Press, 2012, p. 09.

⁴⁸⁵ MAFFEI, Lamberto. **Elogio da lentidão**. Lisboa: Edições 70, 2014, p. 17-18.

⁴⁸⁶ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 29.

⁴⁸⁷ *Ibidem*, p. 29.

⁴⁸⁸ EAGLEMAN, David. **Cérebro: uma biografia**. Rio de Janeiro: Rocco, 2017, p. 70.

⁴⁸⁹ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 55.

⁴⁹⁰ EAGLEMAN, David. **Cérebro: uma biografia**. Rio de Janeiro: Rocco, 2017, p. 146.

consciência, gerando o estado de *fluxo (flow)*, que permite operar sem esforço, possibilitando que o eu consciente se dedique a outras tarefas⁴⁹¹.

Operações mentais reiteradas “tendem a necessitar cada vez menos das capacidades cognitivas conscientes dos indivíduos em função do treinamento (*expertise*), trazendo um grau de automação para tal atividade de modo que as etapas realizadas sejam executadas sem a sua percepção consciente”⁴⁹².

Um dos elementos essenciais para o reforço de sinapses é a dopamina, intimamente vinculada ao mesencéfalo. Quando os acontecimentos se dão em conformidade às expectativas subjetivas, há “um aumento explosivo de dopamina”⁴⁹³, ao passo em que, quando a expectativa é frustrada, a quantidade de dopamina é reduzida. O hormônio age como um corretor⁴⁹⁴, impulsionando a aprendizagem e adaptação, tendente à repetição das estratégias bem sucedidas.

No universo do consentimento, a primeira consequência trazida pela atuação da dopamina é que o consenciente arrependido sofrerá uma redução na quantidade desse hormônio e, provavelmente, não anuirá com novas lesões.

Uma segunda repercussão, perniciosa, pode ser aventada no âmbito do consentimento presumido. Na medida em que a vítima tenha consentido por diversas vezes com uma prática penalmente tipificada (exemplo: invasão de domicílio praticada pelo vizinho para salvar bens expostos a intempéries), pode o autor, em virtude de reforços sinápticos oriundos de ocorrências prévias, ser levado a presumir a autorização da vítima. Este reforço, ainda, pode ser potencializado quando o comportamento lesivo estiver relacionado a sensações de prazer e bem-estar do autor, como no caso de um casal que costuma realizar práticas sexuais sadomasoquistas e, num determinado dia, um dos membros as põe em prática contra a vontade atual do outro, presumindo-a, porém. Em suma, questiona-se se a prática de lesões consentidas reiteradas poderia servir como um mecanismo de aprendizagem e reforço de condutas lesivas, capaz de induzir o autor a praticá-las novamente sob o pressuposto equivocado do consentimento.

⁴⁹¹ *Ibidem*, p. 98, 99, 146; KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 48, 54.

⁴⁹² BRONZATTI, Rafael; DAMACENA, Cláudio; PACHECO JUNIOR, José Carlos Schaidhauer. Pré-ativação: o efeito *priming* nos estudos sobre o comportamento do consumidor. **Estudos e pesquisas em psicologia**, v. 15, n. 1, 2015.

⁴⁹³ EAGLEMAN, David. **Cérebro: uma biografia**. Rio de Janeiro: Rocco, 2017, p. 139.

⁴⁹⁴ *Ibidem*, p. 139.

Por fim, poderá haver consequências quando o agente tiver o dever de prestar informação à vítima, o que, conforme já abordado, ocorre com profissionais da área de saúde, como médicos-cirurgiões. A prática reiterada do ofício médico pode fazer com que seu exercício siga um *fluxo* automático, fazendo com que olvide da coleta do consentimento informado do paciente ou o faça de maneira automatizada, valendo-se de um linguajar técnico – com o qual esteja habituado, mas que dificulte a compreensão por parte do consenciente – e/ou um formulário padrão – que não atenda às especificidades de cada caso. Ou seja, a atenção dos profissionais que dependem do consentimento esclarecido para agir deve ser redobrada, uma vez que mecanismos de aprendizagem podem levar ao descumprimento da lei, mediante o não preenchimento dos requisitos da tomada de um consentimento válido.

A *tensão cognitiva*, por seu turno, chama à ação o Sistema 2, “que tem maior probabilidade de rejeitar a resposta intuitiva sugerida pelo Sistema 1”⁴⁹⁵. Afastar a tensão cognitiva e, com isso, a atuação do Sistema 2, implica economia energética e maior automatismo na tomada de decisão. Veja-se que isso pode ser aproveitado tanto por agentes externos, para que as faculdades reflexivas de outrem sequer sejam postas em jogo, quanto pelo próprio tomador da decisão, que atuará influenciado por vieses heurísticos, buscando se distanciar do dispêndio excessivo de energia. Trata-se de um mecanismo que pode contribuir para o cometimento de inúmeros erros por parte daquele que consente com a prática de uma lesão.

Agentes externos podem afastar a tensão cognitiva através (i) de informações claras e facilmente compreensíveis; (ii) do uso de linguagem simples; (iii) da repetição de informações, que conduz ao conforto cognitivo, pelo *efeito de mera exposição*⁴⁹⁶ – a repetição de um estímulo não acompanhada de algo ruim se torna, com o tempo, sinal de segurança e conforto; e (iv) do uso de bom humor, que indica que as coisas estão bem e não se deve preocupar com o autocontrole.

Nas relações médicas, por exemplo, recomenda-se que não sejam utilizados termos técnicos e linguagem especializada quando da obtenção do consentimento do paciente, visto que esses podem eliminar o ímpeto do paciente em compreender a situação e decidir por si próprio. Corre-se o risco, no entanto, de que o emprego de uma linguagem excessivamente simples enseje o afastamento total da tensão

⁴⁹⁵ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 86.

⁴⁹⁶ *Ibidem*, p. 87.

cognitiva e o conseqüente rebaixamento da atenção dos mecanismos reflexivos. Nesse contexto, o consenciente poderia não compreender a situação e incorrer em erro, por exemplo, quanto ao bem jurídico afetado e aos limites da atuação médica.

Assim, a tensão cognitiva pode ser propositalmente reduzida, no intuito de contribuir com práticas paternalistas e/ou fraudulentas. Agentes interessados em evitar a atividade refletida e consciente de outrem poderão se valer de técnicas de diminuição da tensão cognitiva, para atingirem objetivos próprios mediante a anuência do lesado, que passaria ao papel de mero instrumento.

O outro extremo também é possível, qual seja, aumentar a tensão cognitiva para que o próprio agente desista de tentar compreender as informações envolvidas e seja induzido a confiar na atuação daquele que aparenta ser dotado de conhecimentos especializados, preferindo depositar suas expectativas na suposta expertise de outrem (do médico, por exemplo), do que ter de lidar com questões ou escolhas difíceis, que demandariam um alto índice de gasto energético. O risco de paternalismo repousaria na utilização proposital de linguagem técnica, dificultando a compreensão das circunstâncias por parte do consenciente, levando-o a abdicar da escolha dos próprios fins, ou melhor, a terceirizar tal decisão a um especialista.

Note-se, entretanto, que utilizar uma linguagem simples e coloquial – que talvez não chame a atenção do sistema reflexivo – ou um linguajar técnico – que até faria o sistema lento entrar em ação, mas este possivelmente desistiria em face das dificuldades de compreensão –, a melhor opção continua sendo o uso de termos simples e de fácil entendimento ao leigo. Em primeiro lugar, a possibilidade de a reflexão não ser ativada, em razão dos automatismos do cérebro que, à primeira vista, não enxerga desafio ao ler um documento em linguagem coloquial, possivelmente será compensada, no contexto médico, pela tensão presente no contexto prévio ao início do tratamento, em que o paciente sabe se tratar de situação delicada e, por isso, acaba ficando em estado de alerta. Caso se deseje garantir que o sistema reflexivo será convocado, pode-se, ainda, estimulá-lo, através de avisos da equipe médica sobre a importância do conteúdo presente no termo de consentimento informado e/ou partes do texto em letras maiúsculas e destacadas.

Pode ser, entretanto, que a resposta para todos os problemas aventados venha da própria neurociência e psicologia comportamental. Partindo da premissa de que os indivíduos frequentemente falham ao realizar previsões, utilizam heurísticas e exibem preferências contraditórias, fazendo escolhas inferiores às quais fariam se

tivessem informações completas, habilidades cognitivas ilimitadas e força de vontade⁴⁹⁷, a teoria do *paternalismo libertário* sugere a adoção de medidas que convertam a irracionalidade dos cidadãos em decisões benéficas a eles.

O principal instrumento desse programa seriam os *nudges* (empurrões), definidos como “medidas que conduzem as pessoas em direções específicas, mas, ainda assim, preservam suas liberdades e permitem que decidam seus próprios caminhos”⁴⁹⁸. O intuito primordial seria criar condições ao exercício da liberdade e da autonomia onde elas não existem. Comumente, os *nudges* poderão auxiliar na tomada de decisões complexas e raras, que não deem retorno imediato e quando houver dificuldades para compreender facilmente certos aspectos da situação⁴⁹⁹.

O exemplo que melhor encaixa na temática discutida alude aos *períodos obrigatórios de espera*⁵⁰⁰, medida que visa impedir que uma decisão relevante seja tomada de maneira irrefletida, condicionando a produção de seus efeitos ao transcurso de um lapso temporal mínimo. Em regra, duas condições deverão estar presentes para sua adoção: a decisão ser relevante e não habitual, de modo que a pessoa careça de experiência no ramo – o que exigiria mais dispêndio energético e concentração, podendo ocorrer erros, conforme a abordagem dos mecanismos de aprendizado feita anteriormente; e emoções aparentarem estar *à flor da pele*.

Ainda que os autores não trabalhem com essa hipótese, entende-se perfeitamente cabível nos casos já discutidos em que, diante de possíveis vícios cognitivos ou volitivos, haja dúvida sobre a validade do consentimento do ofendido. Seria exigido do consenciente, quando possível, que amadurecesse a ideia por algumas horas ou dias, eventualmente recebendo informações pertinentes, a fim de que se verifique se a decisão se confirma e mantém após esse período.

A descoberta do *modus operandi* frequentemente automatizado da mente humana pode exigir que se repensem os vícios incidentes nas práticas de lesão consentida, no intuito de aprimorar os métodos de tomada de decisão e diminuir a possibilidade de que essa se dê sem a devida reflexão por parte da vítima.

⁴⁹⁷ SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard. Libertarian Paternalism. **The American Economic Review**, Vol. 93, No. 2, Papers and Proceedings of the One Hundred Fifteenth Annual Meeting of the American Economic Association, Washington, DC, January 3-5, 2003, p. 175-179.

⁴⁹⁸ SUNSTEIN, Cass. Nudging: A Very Short Guide, 37 J. **Consumer Pol’y** 583 (2014), p. 01.

⁴⁹⁹ SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard. **Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness**. Yale: Yale University Press, 2008, p. 72.

⁵⁰⁰ *Ibidem*, p. 250-251.

Não obstante a noção de capacidade em abstrato para consentir permaneça incólume, em virtude da possibilidade de – ainda – se defender a existência de livre-arbítrio, a figura da capacidade em concreto, em muitos casos, é afetada por vieses e estímulos inconscientes, podendo repercutir no consentimento e em seus efeitos jurídicos. Para evitar a tomada de decisões viciadas ou irrefletidas, certas garantias podem ser implementadas, suprindo a carência de informação e concentração do indivíduo, reconhecidamente sujeito a desvios cognitivos indesejados.

Estabelecer o limite de tais interferências, contudo, é tarefa difícil, razão pela qual não se pode olvidar do risco de que, almejando auxiliar na concretização das condições mínimas ao exercício da autonomia, acabe-se por tolhê-la, invadindo a esfera de liberdade do indivíduo, através de práticas paternalistas injustificáveis, e aniquilando o caráter liberal e plural da categoria do consentimento do ofendido.

3 A VÍTIMA NA IMPUTAÇÃO OBJETIVA.

O exame da tipicidade de uma conduta deve iniciar na verificação dos elementos que integram o tipo objetivo, em suas dimensões formal e material. Conforme visto anteriormente, o consentimento do ofendido incide nesta etapa, uma vez que todo tipo penal protege, sobretudo, a autodeterminação da vítima para com os bens de seu interesse. Desse modo, em virtude da concordância da vítima para com a conduta lesiva, poderá ocorrer o afastamento do tipo objetivo formal – nos casos em que a anuência para com a lesão não permita que a conduta seja subsumida ao enunciado típico – ou do tipo objetivo material – nos casos em que, não obstante a conduta seja formalmente típica, inexista lesão ao bem jurídico e, com isso, seja afastado não somente o desvalor de resultado, como também de desvalor de ação, visto que a conduta orientada à satisfação da livre disposição de um bem por seu titular, desde o princípio, não possui o condão de afrontar as expectativas normativas e receber uma valoração jurídica negativa.

Essa configuração, contudo, não esgota as hipóteses de contribuição da vítima para o menoscabo de seus próprios bens. Mesmo que a vítima não consinta com o

resultado lesivo e a tipicidade objetiva esteja preenchida em seus dois aspectos, caberá, antes de examinar qualquer dos elementos subjetivos do tipo, apurar a quem a produção do resultado deve ser imputada no caso concreto. Uma vez que não há como efetuar um juízo de imputação sem saber o que se atribui ao agente como obra sua, a inquirição a esse respeito, por uma questão de lógica e coerência, tem de ocorrer após a confirmação da existência de um resultado lesivo e, conseqüentemente, depois de examinar se há ou não consentimento válido e eficaz.

Segundo a filosofia kantiana, o juízo de imputação corresponde ao vínculo estabelecido entre agente e ação, sendo aquele autônomo, conhecedor de suas obrigações morais e, portanto, livre para tomar decisões e arcar com as conseqüências das ações praticadas⁵⁰¹. Alude a imputação, portanto, a um juízo atributivo, “pelo qual se declara alguém como autor (*causa libera*) de uma ação, a qual toma o nome de *fato (factum)* e que está submetida às leis”⁵⁰².

Assim, atendendo ao princípio da legalidade, realiza-se a subsunção do fato à descrição típica; em seguida, prezando pelo princípio da ofensividade, estudado no capítulo inaugural, apura-se a ocorrência de um resultado penalmente relevante, que poderá ser de dano ou de perigo, a depender do tipo penal incidente; e, por fim, examina-se quem, com seu comportamento arriscado, deu azo ao resultado normativo⁵⁰³. Sendo esse inexistente, como nos casos de consentimento válido, sequer fará sentido apurar a imputação, pois não haverá o que imputar; quem consente com o resultado, admite também o risco de sua produção.

Enquanto categoria dogmático-penal, a imputação objetiva ganha robustez com as escolas funcionalistas, que, amparando-se em elementos axiológico-valorativos, rompem com a equivalência entre causalidade e imputação, ou seja, entre *dar causa* e *ser imputável*. O injusto objetivo não podia mais se reduzir à constatação naturalística da causação de um resultado indesejável mediante um movimento

⁵⁰¹ “Um *fato* recebe o nome de ação enquanto está submetido às leis da obrigação, por conseguinte, enquanto o sujeito nele é considerado segundo a liberdade de seu arbítrio. O agente é considerado com relação a esse ato como *autor* de fato material, e este fato e a própria ação podem ser-lhe *imputados*, se previamente se tenha conhecido a lei em virtude da qual ambos entram numa obrigação moral” (KANT, Immanuel. **Doutrina do Direito**. São Paulo: Ícone, 1993, p. 37).

⁵⁰² *Ibidem*, p. 42.

⁵⁰³ “[...] a imputação objetiva é *imputação de um resultado*, mas todo tipo – entendido como configuração formal e material do tipo – produz um resultado jurídico desvalioso [...]. Podemos falar simplesmente de *imputação objetiva*, já que todo crime possui resultado jurídico” (BUSATO, Paulo César. **Fatos e mitos sobre a imputação objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 129).

corporal externo, mas exigia a desaprovação jurídica da conduta⁵⁰⁴. Conforme bem adiantava Mezger, equivalência causal não corresponde à equivalência jurídica, de modo que, não obstante o Direito Penal investigue relações causais, a partir de uma noção geral de causalidade, trata-se de um problema aparte “estabelecer se e até que ponto a *responsabilidade* jurídico-penal se baseia nas relações obtidas desta maneira”⁵⁰⁵. As insuficiências da teoria da equivalência das causas e seu exame ontológico-naturalista, assim, precisavam ser contornadas, delineando-se normativamente os âmbitos de responsabilidade dentro da teoria do delito⁵⁰⁶.

Na medida em que, nos crimes de dano, todo resultado lesivo advém de um perigo de dano que lhe antecede e, nos crimes de perigo, o resultado em si corresponde ao perigo de dano, a noção de *risco* atua como pedra angular da imputação objetiva nas dogmáticas funcionalistas. Claus Roxin e Günther Jakobs elaboraram suas teorias no intuito de fixar critérios através dos quais fosse possível reconhecer a quem deveria ser imputado o resultado penalmente relevante, este definido, respectivamente, como a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido – a partir de uma perspectiva teleológica – ou a defraudação de expectativas normativas – conforme o ponto de vista sistêmico.

Roxin trabalha com os critérios de (i) criação de risco não permitido, (ii) realização do risco no resultado e (iii) âmbito de alcance do tipo. No item subsequente, será feita a análise do controvertido parâmetro do alcance do tipo, ou, mais especificamente, das subclasses que o compõem, quais sejam, a autocolocação em perigo e a heterocolocação em perigo consentida.

Em seguida, examinam-se duas propostas teóricas alternativas, que tentam complementar os critérios de Roxin. Uma, de Luzón Peña, baseia-se na ideia de controle do risco; a outra, do brasileiro Lucas Gabriel Santos Costa, busca amparo na noção de potencial de manifestação pela evitação do resultado.

Num terceiro momento, a pesquisa se volta às categorias de imputação objetiva fixadas por Jakobs: (a) risco permitido, (b) princípio da confiança, (c)

⁵⁰⁴ ROBLES PLANAS, Ricardo. Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch a la teoría del tipo. In: FRISCH, Wolfgang; ROBLES PLANAS, Ricardo. **Desvalorar e imputar: sobre la imputación objetiva em Derecho penal**. Buenos Aires: Editorial B de F Ltda., 2006, p. 91.

⁵⁰⁵ MEZGER, Edmund. **Derecho Penal: parte general**. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, p. 109.

⁵⁰⁶ CANCIO MELIÁ, Manuel; PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. **Um novo sistema do direito penal: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs**. Barueri, SP: Manoele, 2003, p. 82.

proibição de regresso e (d) competência da vítima. Para os fins aqui pretendidos, o objeto de apreciação será limitado ao critério da competência da vítima, que teve seus contornos definidos com maior precisão pelo doutrinador espanhol Manuel Cancio Meliá, através do denominado *principio da autorresponsabilidade*.

Por fim, apresenta-se um posicionamento pessoal, segundo o qual os riscos assumidos pela vítima de maneira autorresponsável não podem ser considerados proibidos em face do ordenamento jurídico-penal. O alcance do tipo é convertido em um supracritério – que, a partir de um princípio de enantiotelidade, abarca os demais âmbitos da imputação objetiva – e o resultado lesivo passa a ser imputado à vítima, não obstante essa não o deseje, tendo em vista que a garantia das liberdades e da autodeterminação constitui o fim característico da tipificação de ilícitos criminais.

3.1 O ÂMBITO DE ALCANCE DO TIPO: AUTOCOLOCAÇÃO EM PERIGO E HETEROCOLOCAÇÃO EM PERIGO CONSENTIDA.

Vários foram os institutos alternativos através dos quais a doutrina tentou estabelecer um filtro axiológico-normativo às condutas consideradas relevantes para o Direito Penal. A título de exemplo, cita-se a teoria da causalidade adequada, hoje considerada uma teoria de imputação⁵⁰⁷; a teoria da relevância de Mezger, que aliava conceitos da teoria da adequação com o sentido/finalidade dos tipos penais⁵⁰⁸; a teoria da adequação social, segundo a qual ações praticadas em conformidade à ordem social, nunca configuram delitos, mesmo quando possam ser subsumidas ao tipo penal⁵⁰⁹; e a teoria social da ação, cujo conceito de ação engloba o juízo de adequação, assumindo um caráter normativo⁵¹⁰. Nenhum deles, entretanto, mostrou-se tão profícuo quanto a teoria da imputação objetiva.

No ano de 1930, através dos escritos de Richard Honig, a imputação objetiva começou a ter seus contornos traçados no Direito Penal e passou a reivindicar seu

⁵⁰⁷ GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 27.

⁵⁰⁸ MEZGER, Edmund. **Derecho Penal: parte general**. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, p. 113-115.

⁵⁰⁹ WELZEL, Hans. **Derecho penal: parte general**. Buenos Aires: Roque Depalma Ed., 1956, p. 63.

⁵¹⁰ GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 34-37.

devido espaço na teoria do delito. Tendo percebido que o nexo causal naturalístico não era adequado para aferir o vínculo jurídico-penal entre autor e resultado, Honig – inspirado pelo jurista Karl Larenz, que alguns anos antes havia resgatado a ideia de imputação objetiva na doutrina civilista – afirma a necessidade de uma categoria dogmática capaz de estabelecer a possibilidade de uma relação teleológica objetiva (à revelia de elementos psicológicos) entre conduta e resultado (lesão ou perigo), baseada no exame da alcançabilidade ou evitabilidade deste em uma situação concreta⁵¹¹. Em suma, trata-se de averiguar a finalidade objetiva da conduta, ou seja, se o comportamento constituía um meio idôneo para alcançar o resultado⁵¹².

A proposta, entretanto, somente vem a ganhar fôlego, tornando-se um dos temas de maior interesse da doutrina penal, a partir da década de 70, com o funcionalismo teleológico de Roxin. O autor elabora um modelo tripartite de análise da imputação objetiva, composto pela criação de um risco proibido; realização do risco no resultado; e alcance do tipo. Conforme já adiantado na introdução do capítulo, aqui interessa somente o exame da última categoria.

3.1.1 O âmbito de alcance do tipo: autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo consentida.

Apurar o alcance do tipo equivale a verificar qual o fim de proteção da norma ou, noutros termos, quais os eventos que o tipo penal busca impedir. Dentre as hipóteses de afastamento da imputação objetiva pelo não preenchimento do critério do alcance do tipo, tem-se (i) a participação em autocolocação em perigo; (ii) a heterocolocação em perigo consentida; e (iii) a imputação do resultado a um âmbito de responsabilidade alheio (que não será objeto de análise).

Coloca-se em perigo o sujeito que cria risco para si ou adentra uma situação de risco pré-definida, atuando como colaborador aquele que provocar ou contribuir à prática dessas ações extraordinariamente perigosas⁵¹³. O sujeito que se autocoloca em perigo estaria no controle da situação, podendo evitar o resultado.

⁵¹¹ HONIG, Richard. Causalidad e imputación objetiva. In: SANCINETTI, Marcelo (Org.). **Causalidad, riesgo e imputación**. Buenos Aires: Hammurabi, 2009, p. 114-121.

⁵¹² *Ibidem*, p. 129-130.

⁵¹³ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 353.

A partir de casos concretos, Roxin estabelece que as autocolocações em perigo efetuadas de forma responsável não se subsomem a tipos penais de lesão ou homicídio. Do mesmo modo, “quem se limita a incitar essa autocolocação em perigo, ou simplesmente a possibilita ou favorece, não é penalmente responsável por um delito”⁵¹⁴, desde que conheça o perigo na mesma medida que a vítima e o risco realizado, portanto, corresponda ao conscientemente assumido pelo lesado⁵¹⁵.

Se o sujeito A instiga B a atravessar um lago congelado (o que, na realidade brasileira, poderia ser alterado para alguém que convence outrem a adentrar em um mar/rio revolto), e este vem a óbito por afogamento; os sujeitos A e B, embriagados, iniciam uma corrida de motocicleta, vindo B a falecer sem influência da condução empreendida por A; ou o sujeito A entrega heroína a B, que morre de overdose, poderá A responder por homicídio?

Tendo em vista que o direito alemão não criminaliza a participação no suicídio, tampouco seria punível a cooperação em uma autocolocação em perigo de morte. O fim de proteção do tipo de homicídio não estaria presente, pois “se se pode provocar impunemente o mais (a autolesão), com maior razão há de poder-se provocar sem sanção o menos (a autocolocação em perigo)”⁵¹⁶. Ademais, a ninguém devem ser imputadas consequências de uma conduta, “caso não lhe seja permitido opor-se à ação do causante do dano”⁵¹⁷ – um autêntico apelo a ideias liberais e antipaternalistas que, ao exigir que terceiros se abstenham de intervir em atos autorreferentes, devem se eximir de cobra-los pelos danos daí derivados.

O terceiro exemplo é particularmente relevante, uma vez que, segundo o autor, a entrega da droga constitui crime e cria risco proibido que se realiza no resultado, mas a vítima compreende totalmente o risco, operando sua autorresponsabilidade como um limite à incidência da norma⁵¹⁸. Aquele que participa somente não será responsabilizado “se o sujeito que se coloca em perigo é consciente do risco na

⁵¹⁴ ROXIN, Claus. La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida: sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en el Derecho Penal. **Indret: revista para el análisis del derecho**. Barcelona, Enero de 2013, p. 04.

⁵¹⁵ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 360.

⁵¹⁶ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general, tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid: Civitas, 1997, p. 387; ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 354.

⁵¹⁷ ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Lisboa: Editora Vega, p. 283.

⁵¹⁸ ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 38, p. 11-31, abr./jun. 2002, p. 14.

mesma medida em que o cooperador”⁵¹⁹. Caso a vítima não esteja plenamente consciente do alcance de sua decisão, o cooperador estará criando um risco alheio à vontade daquela, cuja realização a ele será imputada.

Na heterocolocação em perigo consentida, distintamente da autocolocação, “não é a própria pessoa quem se coloca dolosamente em perigo, mas se deixa colocar em perigo por outrem, tendo consciência do risco”⁵²⁰. A principal diferença se dá no plano fenomenológico, recorrendo-se ao critério de quem detém o controle/domínio do perigo na situação concreta – se for a vítima, estar-se-á diante de uma autocolocação em perigo, se for outra pessoa, haverá uma heterocolocação em perigo. Veja-se que não se trata de utilizar a teoria do domínio do fato, que define parâmetros de autoria e participação, mas de identificar “quem procede com a colocação em perigo que se realiza imediatamente no resultado”⁵²¹.

O instituto também se distancia do consentimento do ofendido. Neste, a vítima admite o menoscabo a seus bens, ao passo em que na heterocolocação em perigo consentida somente se expõe imprudentemente ao risco. A expectativa da vítima, aqui, é de que o risco não se converta em dano, razão pela qual conta com que o agente gerador do perigo se comporte no sentido de evitar essa conversão⁵²².

Aquele que se expõe ao perigo engendrado por outro, submete-se a um desenrolar imprevisível, não estando mais em condições de intervir para controlá-lo ou cancelá-lo; ademais, normalmente não detém o mesmo conhecimento que o outro sobre as habilidades deste para controlar riscos contemporâneos⁵²³.

No intuito de tornar a temática mais palpável, Roxin exemplifica como autocolocação em perigo a situação em que um indivíduo adverte sobre sua condição de embriaguez àquele que lhe pediu uma carona, mas este convence o motorista a levá-lo, dizendo algo como “não se preocupe, eu assumo a

⁵¹⁹ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general, tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid: Civitas, 1997, p. 391.

⁵²⁰ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 367.

⁵²¹ ROXIN, Claus. La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida: sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en el Derecho Penal. **InDret: revista para el análisis del derecho**. Barcelona, Enero de 2013, p. 09.

⁵²² ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 368; ROXIN, Claus. La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida: sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en el Derecho Penal. **InDret: revista para el análisis del derecho**. Barcelona, Enero de 2013, p. 11-12.

⁵²³ ROXIN, Claus. La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida: sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en el Derecho Penal. **InDret: revista para el análisis del derecho**. Barcelona, Enero de 2013, p. 07, 15.

responsabilidade!”. Seria, contudo, uma heterocolocação em perigo consentida se o condutor, não obstante embriagado, convencesse o passageiro a pegar a carona⁵²⁴.

Outra hipótese remete às práticas sexuais em que um dos envolvidos possui doença sexualmente transmissível. Caso o enfermo acautele o outro de sua condição e, mesmo assim, este deseje praticar o ato sexual, haveria autocolocação em perigo; porém, se o outro é convencido pelo enfermo, que se utiliza de argumentação ou chantagem emocional – exigindo a prática do ato sexual como prova de amor, por exemplo –, haveria heterocolocação em perigo consentida⁵²⁵.

Para que a imputação de eventuais danos ao autor seja afastada, a heterocolocação em perigo deverá ser equivalente à autocolocação. Isso se dá na presença de três requisitos: (i) o dano deve ser consequência do risco anuído e não de erros ou comportamentos arriscados adicionais; e (ii) o sujeito colocado em perigo deve ter a mesma responsabilidade pela atuação comum do que aquele que lhe põe em perigo, (iii) sendo consciente dos riscos na mesma medida que este⁵²⁶.

Roxin esclarece que o nível reduzido de controle sobre a situação é compensado nos casos em que a vítima se expõe ao perigo através de uma decisão livre e espontânea, atuando com a mesma responsabilidade do criador do perigo e sem ser submetido a sua vontade ou por ele pressionado⁵²⁷.

Portanto, o critério do controle do perigo concreto, apesar de importante, não é o único a ser considerado. Relevante observar, também, quem desempenhou o papel determinante no desenrolar da conduta perigosa, principalmente nos casos em que ninguém tem o controle da realização do risco em sua fase decisiva⁵²⁸.

3.1.2 Críticas aos critérios formulados por Claus Roxin.

⁵²⁴ *Ibidem*, p. 15-16.

⁵²⁵ *Ibidem*, p. 16-17.

⁵²⁶ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general, tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid: Civitas, 1997, p. 395; ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 370-371; ROXIN, Claus. La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida: sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en el Derecho Penal. **InDret: revista para el análisis del derecho**. Barcelona, Enero de 2013, p. 15; ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Lisboa: Editora Vega, p. 286.

⁵²⁷ ROXIN, Claus. La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida: sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en el Derecho Penal. **InDret: revista para el análisis del derecho**. Barcelona, Enero de 2013, p. 15.

⁵²⁸ *Ibidem*, p. 20-21.

Os critérios expostos ecoam de diversas formas na doutrina nacional e internacional, sendo a categoria do alcance do tipo a mais controversa dentre as que compõem a teoria da imputação objetiva de Claus Roxin.

Enquanto uns a englobam na primeira etapa de análise da imputação objetiva – afirmando que os problemas que se pretende através dela resolver poderiam ser solucionados durante a verificação da criação do risco proibido⁵²⁹ –, outros absorvem seus elementos na segunda fase da imputação – enquadrando as hipóteses situadas fora do alcance do tipo como casos de não realização do risco⁵³⁰.

Uma terceira via aduz que a relação risco-imputação constitui um problema de parte especial, devendo a análise ser feita em cada tipo penal, uma vez que são estes que determinam os níveis de risco tolerado e que estabelecem os limites de cada imputação. O alcance, assim, seria uma medida variável de cada tipo e não uma regra geral⁵³¹. Trata-se da mesma crítica elaborada por Rudolphi, para quem o âmbito de proteção é um problema de parte especial, pois as normas de conduta dirigidas à proteção de diferentes bens jurídicos somente podem ser determinadas por meio da interpretação de seus correspondentes tipos penais⁵³².

No que tange especificamente à autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo consentida, Günther Stratenwerth analisa que o critério que busca verificar “se o sujeito que se coloca em perigo é consciente do risco na mesma medida em que o cooperador”⁵³³, não passa de uma investigação acerca de se o afetado consentiu ou não com a colocação em perigo praticada pelo autor⁵³⁴.

Partindo do pressuposto de que pessoas adultas possuem capacidade e juízo suficientemente desenvolvidos para, voluntariamente, levarem a cabo de forma conjunta um empreendimento arriscado, “a decisão sobre quem influenciou quem e com que intensidade é uma decisão sujeita unicamente à discricionariedade do juiz

⁵²⁹ GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 117-118.

⁵³⁰ TAVARES, Juez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 237-238, 242-245.

⁵³¹ BUSATO, Paulo. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 340-341.

⁵³² RUDOLPHI, Hans-Joachim. **Causalidad e imputación objetiva**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 50.

⁵³³ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general, tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid: Civitas, 1997, p. 391.

⁵³⁴ STRATENWERTH, Günther. Heteropuesta em peligro consentida em conductas imprudentes. **InDret: revista para el análisis del derecho**. Barcelona, Enero de 2013, p. 06, tradução livre.

e, desse modo, um fator de insegurança⁵³⁵, não havendo razão para conferir tratamentos distintos à auto e heterocolocação em perigo.

Em sentido diametralmente oposto, Enrique Gimbernat Ordeig sustenta que não há previsão jurídica alguma de que a responsabilidade pelo homicídio ou pelas lesões causadas a outrem deve se circunscrever aos casos em que a vítima tenha sido diligente para com seus próprios bens⁵³⁶. Por conta disso, a afirmação apodítica de que a norma que estabelece deveres de cuidado não quer abarcar casos em que a vítima atua de forma negligente não possuiria explicação razoável.

Se o autor, portanto, atuar de forma imprudente e lesar a vítima, que sabia do risco e havia optado por permanecer em seu raio de afetação, tem-se uma heterocolocação em perigo consentida, imputável àquele, uma vez que a vítima somente assume o risco, sem consentir com a lesão, e no Direito Penal não há compensação de culpas, ainda que seja possível reduzir a pena⁵³⁷.

Por fim, cabe salientar duas críticas pontuais. A primeira se volta contra o apelo aos graus de consciência do risco, por parte da vítima e do agente, que implicaria um ingresso indevido no âmbito subjetivo dentro da imputação objetiva⁵³⁸.

A segunda gira em torno do uso do *controle/domínio do perigo* como critério para distinguir entre auto e heterocolocação em perigo. Enquanto alguns afirmam ser indispensável que a vítima possua ao menos controle parcial da situação para que não se impute o resultado ao autor⁵³⁹, outros criticam o parâmetro por seu apelo à configuração fenomênica naturalista, marca de um ontologismo a ser evitado⁵⁴⁰.

Tais apontamentos dão origem a breves rearranjos alternativos dos critérios utilizados por Roxin, que serão objeto de análise no item seguinte.

⁵³⁵ *Ibidem*, p. 07, tradução livre.

⁵³⁶ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida. **Revista de Derecho Penal y Criminología**. Bogotá, 2ª Época, nº extraordinário 2, 2004, p. 80.

⁵³⁷ *Ibidem*, p. 90.

⁵³⁸ BUSATO, Paulo César. **Fatos e mitos sobre a imputação objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 102, 106, 161-162.

⁵³⁹ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Principio de alteridad o de identidad vs. principio de autorresponsabilidad. Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo. **Nuevo Foro Penal**. Medellín, vol. 6, nº 74, enero-junio 2010, p. 74-76.

⁵⁴⁰ COSTA, Lucas Gabriel Santos. **Heterocolocação em perigo consentida em condutas imprudentes de trânsito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 189.

3.2 REARRANJOS TEÓRICOS ALTERNATIVOS: O CONTROLE DO RISCO E O POTENCIAL DE SE MANIFESTAR PELA EVITAÇÃO DO RESULTADO.

A formulação elaborada por Diego-Manuel Luzón Peña enxerga o *princípio da alteridade* ou *princípio da não identidade entre autor e vítima* como fundamental para a solução dogmática dos casos envolvendo comportamentos arriscados da vítima. De acordo com o preceito – que nada mais é do que uma releitura do *harm principle* ou *princípio da lesividade* abordados no primeiro capítulo –, as condutas lesivas devem ser alterreferentes para que constituam objetos legítimos de constrição penal.

Uma contrapartida lógica e direta deste princípio, portanto, corresponde ao denominado *princípio da identidade*, que preconiza a impunidade da autolesão ou autocolocação em perigo, assim como das condutas que lhes são acessórias⁵⁴¹.

O autor defende que as soluções para a autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo consentida devem ser as mesmas adotadas na autolesão e heterolesão consentida. A vítima é quem detém o controle do curso perigoso na autocolocação em perigo, incidindo – assim como em autolesões – o princípio da identidade, que impede a incriminação do mero colaborador. Já na heterocolocação em perigo, mesmo mediante consentimento, é o autor quem controla e determina objetivamente o empreendimento perigoso, razão pela qual incide o princípio da alteridade, imputando-se-lhe eventuais lesões.

Nos casos de heterocolocação em perigo consentida, somente quando esta for equiparável à autocolocação em perigo, é que o resultado será imputado à vítima⁵⁴². Para Luzón Peña, entretanto, os requisitos de equiparação sugeridos por Roxin são insuficientes, uma vez que seu preenchimento não garante que a vítima possua qualquer grau de controle ou domínio objetivo do evento arriscado. Ao contrário do catedrático alemão, o autor espanhol não considera que o nível reduzido de controle sobre a situação seja compensado pela decisão da vítima de se expor ao perigo.

Invocando critérios de autoria e participação, defende que o elemento definitivo não pode ser o mero conhecimento do perigo, mas o fato de a vítima possuir, ainda que não exclusivamente, o controle da situação arriscada. Nesse caso, o controle

⁵⁴¹ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Principio de alteridad o de identidad vs. principio de autorresponsabilidad. Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo. **Nuevo Foro Penal**. Medellín, vol. 6, nº 74, enero-junio 2010, p. 70-71.

⁵⁴² *Ibidem*, p. 71-73.

compartilhado do risco entre vítima e autor – que corresponderia à coautoria, caso a conduta estivesse voltada contra bens jurídicos de terceiros – se converte em simples participação atípica em uma autocolocação em perigo da vítima⁵⁴³.

O motorista embriagado que dá carona à vítima, por exemplo, deverá responder pelos resultados lesivos, independentemente de quem tenha insistido no empreendimento, uma vez que o passageiro não tem controle algum sobre o risco. O mesmo se dá no caso de um paciente que se submete a uma operação arriscada e em desconformidade à *lex artis*, pois, uma vez iniciada a intervenção, o paciente deixa de ter controle sobre o risco, ainda mais se estiver sob efeito de anestésico.

Outro é o caminho traçado por Lucas Gabriel Santos Costa, para quem, apesar de correta, a separação entre auto e heterocolocação em perigo deve se basear em uma atribuição de sentido única e estável, sem equiparações. Segundo o autor, é impossível afirmar, simultaneamente, que um fato é ontologicamente uma heterocolocação em perigo, mas, normativamente, uma autocolocação em perigo⁵⁴⁴.

Haverá, assim, autocolocação em perigo “nos casos em que a autonomia, sob um viés social de interpretação, do titular do bem jurídico não encontrar barreiras para sua manifestação quanto à ruptura do desenvolvimento da ação perigosa”⁵⁴⁵.

Isso ocorre nos casos em que a vítima tiver condições objetivas de conhecer o desenvolvimento do risco e possibilidade de se manifestar quanto à produção do resultado lesivo, o que demanda a presença dos requisitos de equiparação entre auto e heterocolocação em perigo, propostos por Roxin, e dos critérios de atribuição do resultado ao âmbito de competência da vítima, sugeridos por Cândia Meliá⁵⁴⁶.

No entanto, dever-se-á avaliar também se a vítima, no curso do desenvolvimento do risco, manteve *o potencial do conhecimento da progressão do risco e a liberdade de evitação do resultado*, pois “a expressão da autonomia não compreende, apenas, a exteriorização da vontade num fato social, mas, igualmente, a constante possibilidade de manifestar tal vontade a qualquer tempo”⁵⁴⁷.

Se algum dos elementos citados não estiver presente, não será possível afirmar que há uma conduta autorresponsável da vítima, razão pela qual haverá uma

⁵⁴³ *Ibidem*, p. 74-76.

⁵⁴⁴ COSTA, Lucas Gabriel Santos. **Heterocolocação em perigo consentida em condutas imprudentes de trânsito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 223-224.

⁵⁴⁵ *Ibidem*, p. 224.

⁵⁴⁶ A proposta formulada por Manuel Cândia Meliá será analisada no item seguinte.

⁵⁴⁷ COSTA, Lucas Gabriel Santos. **Heterocolocação em perigo consentida em condutas imprudentes de trânsito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 225-226.

heterocolocação em perigo consentida, que será sempre sancionável. Portanto, ausentes os traços característicos da autonomia do titular do bem jurídico, devido à mácula no potencial de conhecimento do risco e evitação do resultado lesivo, não existirá autorresponsabilidade capaz de afastar o resultado do alcance do tipo⁵⁴⁸.

Enquanto Luzón Peña enfatiza o critério do controle do risco, afirmando-o como indispensável à equiparação entre auto e heterocolocação em perigo, Lucas Santos Costa rechaça a tentativa de equiparação *per se*, afirmando que o significado das categorias deve ser único e normativamente estabelecido, ou seja, sem o apelo ontológico implícito no parâmetro do controle do risco.

A principal crítica a ser tecida ao autor espanhol corresponde ao distanciamento que ele próprio efetua com relação a sua proposta inicial. Apesar de afirmar que, em virtude dos princípios da alteridade e identidade, os casos de autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo consentida deveriam receber o mesmo tratamento que os de autolesão e heterolesão consentida, sua conclusão não segue a mesma linha de raciocínio. Não obstante se valha de um critério fenomenológico semelhante ao utilizado para diferenciar autolesões de heterolesões consentidas, praticamente ignora a relevância da anuência da vítima para com os riscos inerentes à conduta praticada pelo autor, imputando a este o resultado caso falte controle do risco por parte da vítima, à revelia de que ela mesma pode ter optado, deliberadamente, por deixá-lo a cargo dos meios de controle. Ademais, o jurista não explica como devem ser resolvidas as situações em que nenhum dos intervenientes possua controle sobre a realização do risco.

Ora, nos casos de heterolesão consentida, é o autor quem detém o controle da situação e, mesmo quando a vítima se encontra já impossibilitada de revogar seu consentimento – como, por exemplo, após ser anestesiada para uma operação –, ninguém questiona a validade de sua anuência prévia e a impossibilidade de incriminar o médico-cirurgião. Por qual razão, então, seria preciso acrescentar um critério de controle do risco por parte da vítima? Se a ideia era conferir tratamento normativo semelhante às duas situações, a proposta de Stratenwerth, mencionada no final do item anterior, soa mais correta.

As colocações do pesquisador brasileiro, ao seu turno, são interessantes no que diz respeito à tentativa de consolidar um significado unívoco às expressões de

⁵⁴⁸ *Ibidem*, p. 227.

autonomia da vítima, sem precisar recorrer a aspectos materialistas na tentativa de equiparar normativamente situações ontologicamente distintas.

Entretanto, o critério adicional de manutenção do *potencial do conhecimento da progressão do risco e liberdade de evitação do resultado* é impreciso e, em certa medida, um complicador desnecessário. Ninguém se opõe a que a vítima em potencial possa deixar o contexto de risco a qualquer momento, não estando de modo algum vinculada à decisão que havia tomado anteriormente. Percebendo que o motorista que lhe dá carona está em condição de embriaguês pior do que imaginava, possui o passageiro toda a liberdade para solicitar a parada do veículo, a fim de aderir a outro meio de transporte, mais seguro, que lhe esteja disponível. Taxar o requisito, porém, como indispensável a não imputação ao autor, pode levar a soluções jurídicas controversas, em especial quando a perda da capacidade da vítima de evitar o resultado for inevitável, a exemplo de operações cirúrgicas.

Recentemente, o autor complementou sua proposta, buscando, na esteira de Wolfgang Frisch, identificar “*na conduta típica um juízo normativo do risco, a partir de uma análise teleológica e restritiva dos tipos penais, em que a ação responsável da vítima na exposição ao fato perigoso é o fundamento à permissividade do risco inerente à conduta dos atores que interagem com o fato perigoso*”⁵⁴⁹ – o que em parte se aproxima das colocações elaboradas no item 3.4 –, mas mantendo a exigência de que o lesado dirija o risco em suas etapas de criação e progressão e o limite imposto pela noção, outrora rebatida, de que alguns bens são indisponíveis⁵⁵⁰.

3.3 A COMPETÊNCIA ORGANIZACIONAL DA VÍTIMA: AUTOPROTEÇÃO E AUTORRESPONSABILIDADE.

Conforme apontado no item 2.1.4, o funcionalismo sistêmico assume a manutenção das expectativas normativas como a função precípua do Direito Penal, identificando o bem jurídico com “a validade fática das normas, que garantem que se pode esperar o respeito aos bens, aos papéis e à paz jurídica”⁵⁵¹. A violação dessas

⁵⁴⁹ COSTA, Lucas Gabriel Santos. **A conduta típica e o comportamento da vítima no Direito Penal: a intervenção da vítima no fato criminoso.** 333f. Salvador, 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, p. 280 e ss., itálico original.

⁵⁵⁰ *Ibidem*, p. 189, 218-220, 239-240, 290, 300-304 e 316.

⁵⁵¹ JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general: fundamentos y teoria de la imputación.** Madrid: 1995, p. 58, tradução livre.

expectativas ocorre a partir da conduta afrontosa à carga axiológica da norma, autorizando a reação punitiva como forma de reforçar a vigência normativa⁵⁵².

Sendo inviável exigir que cada pessoa vigie o desempenho das demais, estabelecem-se papéis sociais através das normas jurídicas, administrativas e de convívio. Os ocupantes desses papéis devem cumprir com deveres dentro de seus róis e âmbitos de atuação respectivos, atribuindo-se-lhe responsabilidade em caso de violação das expectativas correspondentes. A atribuição de papéis sociais, entretanto, gera também um espaço de liberdade, no interior do qual o encarregado de cumprir com o papel pode se sentir seguro e invulnerável à imputação de lesões produzidas por meio de condutas praticadas em âmbitos de organização alheios⁵⁵³. Noutros termos, “quem se mantém dentro dos limites do papel não responde por um curso lesivo, ainda no caso em que bem e perfeitamente pudesse evitá-lo”⁵⁵⁴.

O papel social, assim, fornece a medida da responsabilidade de cada cidadão pela gestão de uma parcela do tecido social, correspondente à sua esfera de competência. Ajuda, assim, a delimitar o espaço em que cada um pode atuar, atendendo sua competência organizacional e tendo por única restrição a não invasão das esferas de competência dos demais⁵⁵⁵, algo que poderia ser lido como uma versão sistêmica do *harm principle*, analisado no primeiro capítulo. Ou seja, agentes são livres na medida em que, com suas ações, não invadam indevidamente o campo organizacional dos demais – função negativa do papel social, complementar à sua função positiva, de constituição da pessoa de direito⁵⁵⁶.

Além desses papéis comuns (competências organizacionais), atribuídos a todo cidadão e correspondentes ao dever de se comportar em conformidade ao dever geral de respeito e solidariedade, existem papéis especiais, que conformam posições de garantidor, em que o agente está encarregado de manter um espaço de atuação comum com o beneficiário, atuando para garantir bens e instituições. Tratam-se das competências institucionais, com origem na própria realidade social e

⁵⁵² *Ibidem*, p. 46, tradução livre.

⁵⁵³ POLAINO-ORTS, Miguel. Imputación objetiva: esencia y significado. In: CORCINO BARRUETA, Fernando; KINDHAÜSER, Urs; POLAINO-ORTS, Miguel. **Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho penal**. Juliaca: Editora Jurídica Grijley, 2009, p. 32.

⁵⁵⁴ JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 26.

⁵⁵⁵ POLAINO-ORTS, Miguel. Imputación objetiva: esencia y significado. In: CORCINO BARRUETA, Fernando; KINDHAÜSER, Urs; POLAINO-ORTS, Miguel. **Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho penal**. Juliaca: Editora Jurídica Grijley, 2009, p. 38.

⁵⁵⁶ JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 57-58.

em sua correlata positivação normativa⁵⁵⁷ e que incluem em seu bojo os papéis sociais dos pais em face dos filhos, dos socorristas em face daqueles que precisam de socorro, dos médicos em casos de emergência e, inclusive, do próprio Estado.

Assim enxergadas as relações sociais e uma vez verificada a ocorrência de fato normativamente relevante, dever-se-á determinar quem, entre autor, vítima e terceiros, “por ter violado seu papel, administrando-o de modo deficiente, responde jurídico-penalmente – ou, se foi a vítima quem violou seu papel, deve assumir o dano por si mesma. Se todos se comportaram conforme o papel só fica a possibilidade de explicar o ocorrido como fatalidade ou acidente”⁵⁵⁸.

3.3.1 A competência organizacional da vítima em Günther Jakobs.

Na teoria de Günther Jakobs, o exame da (des)obediência aos papéis sociais e da atributividade dos riscos deve ser com base em quatro critérios: risco permitido; princípio da confiança; proibição de regresso; e competência da vítima. Para os fins aqui pretendidos, o objeto de apreciação ficará restrito ao último critério citado.

Por *competência da vítima* entende-se a possibilidade de alguém que se coloque em uma situação arriscada, ou dela não se afaste, “seja responsável pelas consequências previstas e inclusive não previstas”⁵⁵⁹. O manejo descuidado dos próprios bens, consciente ou inconscientemente, constitui *atuação em próprio risco*, que exime a responsabilidade do lesador. O fato de a vítima arcar com os danos oriundos da quebra de seu próprio papel tem a ver com os limites de seu campo organizacional e de sua responsabilidade como contrapartida à liberdade de atuação nesse espaço. Ou seja, à capacidade de gestão e independência vem diretamente atrelada uma esfera de autorresponsabilidade, somente atribuída a quem não tenha manifestado expressamente uma inidoneidade evidente para gerir esse risco⁵⁶⁰.

⁵⁵⁷ SESSANO GOENAGA, Javier Camilo. Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional: una aproximación a la distinción dogmática propuesta por Jakobs, a través del ejemplo de los delitos de incomparecencia y de falso testimonio ante las comisiones parlamentarias de investigación. **Revista Eletrónica de Ciencia Penal y Criminología**, nº 08, 2006, p. 9-10.

⁵⁵⁸ JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 24.

⁵⁵⁹ JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación**. Madrid: 1995, p. 306, tradução livre, itálico original.

⁵⁶⁰ POLAINO-ORTS, Miguel. Imputación objetiva: esencia y significado. In: CORCINO BARRUETA, Fernando; KINDHAÜSER, Urs; POLAINO-ORTS, Miguel. **Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho penal**. Juliaca: Editora Jurídica Grijley, 2009, p. 52.

Conforme visto anteriormente, Jakobs estabelece que o consentimento do ofendido em relação a bens jurídicos disponíveis sempre afastará a imputação objetiva e, com isso, a realização do tipo. Essa, porém, constitui somente uma das modalidades de consentimento capazes de afastar a imputação objetiva da conduta e do resultado típicos, intitulada *consentimento final quanto ao resultado*.

O consentimento pode ser, ainda, *final quanto ao risco* ou *não final*. Aquele, entretanto, aparecerá com maior frequência como um consentimento não final⁵⁶¹, levando à responsabilidade da vítima pelos custos não desejados de um contato social desejado. O ofendido, aqui, “não quer o comportamento do autor (em si) lesivo, mas pretende determinada classe de contato social que não se pode obter sem esse comportamento acompanhado de consequências”⁵⁶². Como exemplo, cita-se um jogador de futebol que não quer sofrer uma falta, muito menos lesões dela derivadas, mas sabe que ao ingressar no esporte estará sujeito a isso.

Todo agente social capaz é livre, dessa forma, para assumir contatos sociais certa ou potencialmente lesivos, não podendo, contudo, “assumir um *contato social* arriscado sem aceitar como fruto de seu comportamento as consequências que conforme um prognóstico objetivos são previsíveis”⁵⁶³.

O critério de competência organizacional da vítima costuma ser criticado, por ser indeterminado e não possuir previsão legislativa⁵⁶⁴. Afirma-se que, ao imputar o perigo ao âmbito de organização da vítima, Jakobs não determina os limites normativos que fazem a própria vítima ser responsável por evitar a defraudação da norma e garantir as expectativas sociais vinculadas ao seu papel⁵⁶⁵.

⁵⁶¹ JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general: fundamentos y teoria de la imputación**. Madrid: 1995, p. 304-305, tradução livre.

⁵⁶² *Ibidem*, p. 303, tradução livre.

⁵⁶³ JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 32.

⁵⁶⁴ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida. **Revista de Derecho Penal y Criminología**. Bogotá, 2ª Época, nº extraordinário 2, 2004, p. 82-83.

⁵⁶⁵ COSTA, Lucas Gabriel Santos. **A conduta típica e o comportamento da vítima no Direito Penal: a intervenção da vítima no fato criminoso**. 333f. Salvador, 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, p. 232-233; COSTA, Lucas Gabriel Santos. **Heterocolocação em perigo consentida em condutas imprudentes de trânsito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 215.

O próprio autor, entretanto, reconhece não estar “claro sob que consequências exatas a competência (capacidade) da vítima exclui de maneira radical a competência (capacidade) do autor (como se aceita no consentimento)”⁵⁶⁶.

3.3.2 A autorresponsabilidade da vítima em Manuel Cancio Meliá.

O caráter genérico e impreciso da proposta de Jakobs é remediado pela teoria elaborada por Manuel Cancio Meliá. O autor espanhol apresenta quatro modos através dos quais a doutrina costuma resolver as hipóteses de assunção de riscos pela vítima, criticando-os e propondo a categoria da autorresponsabilidade da vítima.

A primeira proposta descartada é o apelo à *culpa conconcorrente*, frequentemente utilizada no âmbito da responsabilidade civil, através da qual se examinam as contribuições causais de cada agente interveniente, buscando estabelecer um cálculo de ponderação para a atribuição das respectivas responsabilidades. Ainda que muitos critiquem o instituto por ser incompatível com o caráter público do ordenamento jurídico-penal, que impede uma compensação interpessoal privada à margem do preceito legal infringido pelo autor⁵⁶⁷, o fundamento decisivo diz respeito ao fato de que, não obstante arraigado à causalidade e não propriamente à imputação⁵⁶⁸, trata-se de um critério impreciso, que abre margem a ponderações através de parâmetros pouco definidos e carentes de sistematicidade⁵⁶⁹.

Em segundo lugar, a categoria do *merecimento de proteção*, elaborada pela vitimodogmática⁵⁷⁰, invoca o critério da *ultima ratio* para afastar a tutela penal

⁵⁶⁶ JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 33.

⁵⁶⁷ DOMÍNGUEZ, Marcelo. Exclusión de la tipicidad por el comportamiento de la víctima. **Instituto Uruguayo de Derecho Penal**, nº. 04, out. 2016, p. 07.

⁵⁶⁸ COSTA, Lucas Gabriel Santos. **A conduta típica e o comportamento da vítima no Direito Penal: a intervenção da vítima no fato criminoso**. 333f. Salvador, 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, p. 192-194.

⁵⁶⁹ CANCIO MELIÁ, Manuel. **La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima: “imputación a la víctima”**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 35-37.

⁵⁷⁰ A vitimodogmática surge em um contexto de “redescobrimto da vítima”, após um período de ostracismo, em que o Estado moderno assume o monopólio da reação penal em face à lesão perpetrada a um bem jurídico objetivamente considerado. Seu intuito é determinar em que medida a interação vítima-autor enseja a ‘corresponsabilidade’ daquela e repercute sobre a valoração jurídico-penal do delito (CANCIO MELIÁ, Manuel. Reflexiones sobre la “vitimodogmática” em la teoría del delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 25, p. 23-57, jan./mar., 1999). Os estudos englobados pela “vitimodogmática” possuem características diversas, podendo abordar desde o aumento da pena do autor em virtude de interesses da pessoa vitimada, até a adoção de medidas conciliatórias e restaurativas. A linha predominante, entretanto, associa a sanção penal ao merecimento e necessidade de proteção da vítima, afirmando – em linhas gerais, mas dentro de um espectro recheado de nuances – “que não se pode punir uma conduta quando existem possibilidades

quando a vítima se comporta de modo descuidado para com seus bens. O Estado, assim, não deveria intervir penalmente em casos nos quais a vítima possa defender a si mesma. Para além de não dialogar de modo profícuo com as demais categorias dogmáticas, a proposta carece de sistematicidade⁵⁷¹ e abusa da noção de que o Direito Penal é a *ultima ratio*, na medida em que o princípio, por óbvio, coloca a tutela penal como última opção em face da insuficiência de outros mecanismos jurídicos de proteção, não da incompetência da vítima em cuidar de seus bens.

A tentativa de adotar os mesmos parâmetros do *consentimento*, ao seu turno, também não satisfaz, pois o elemento psicológico da vítima não pode ser o fator decisivo nas hipóteses de gerenciamento de risco. Sendo o risco criado conjuntamente pelo autor e pela vítima, a determinação jurídico-penal do âmbito de responsabilidade daquele não pode depender da representação subjetiva desta⁵⁷². Elementos subjetivos, ainda que possam ser levados em consideração, não poderão prevalecer sobre o contexto objetivo e a atuação conjunta de autor e vítima.

Por fim, Cancio Meliá defende que as dificuldades em delimitar fenomenologicamente o fato não passam de um indício de que a distinção entre *auto* e *heterocolocação em perigo*, proposta de Roxin, carece de justificativa convincente⁵⁷³, devendo ser dispensada. O risco criado de maneira conjunta pelo autor e pela vítima deverá ser imputado preferencialmente a esta, não sendo a configuração fenomênica do feito determinante ao juízo de imputação⁵⁷⁴.

de autoproteção da vítima, porque a lesão do bem jurídico é abarcada dentro de seu âmbito de responsabilidade e não no do autor” (WITTIG, Petra. Teoría del bien jurídico, *harm principle* y delimitación de ámbitos de responsabilidade. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). **La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 346, tradução livre). De acordo com Schünemann, defensor da teoria, os princípios da necessidade e adequação limitam a intervenção penal e exigem que a vítima deva ser contra-motivada quando o dano social for por ela causado, consistindo essa contra-motivação na perda de proteção jurídica (SCHÜNEMANN, Bernd. A posição da vítima no sistema da justiça penal: um modelo em três colunas. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (Coord). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 118-117). Trata-se, em última instância, de valorar a participação da vítima, não para culpabilizá-la, senão para atribuir adequadamente as consequências de uma prática lesiva aos diferentes âmbitos de responsabilidade (FONSECA, Ana Clara Montenegro. **Conduta da vítima de crime na dogmática penal: análise crítica sobre a posição da vítima na aferição da responsabilidade penal do autor à luz da vitimodgmática e da imputação à vítima**. 162f. Recife, 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, p. 74-83).

⁵⁷¹ CANCIO MELIÁ, Manuel. **La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima: “imputación a la víctima”**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 45-47.

⁵⁷² *Ibidem*, p. 37-40.

⁵⁷³ *Ibidem*, p. 40-44, 55-56.

⁵⁷⁴ CALEGARI, André Luís; CANCIO MELIÁ, Manuel. Aproximação à teoria da imputação objetiva no direito penal. **Revista dos Tribunais**, vol. 831, p. 463-481, jan. 2005, p. 472-473.

A solução do autor espanhol provém do *princípio da autorresponsabilidade*, erigido sobre a premissa de que o cidadão autônomo tem liberdade de organização e responsabilidade preferencial sobre seus próprios bens⁵⁷⁵. Reconhecida a liberdade de organização da vítima, atribui-se-lhe o direito de, no livre desenvolvimento de sua personalidade, configurar sua vivência pessoal de modo arriscado⁵⁷⁶, arcando com os bônus e ônus derivados de seus empreendimentos.

Para que a lesão seja imputada ao âmbito de responsabilidade da vítima, (i) a atividade que originou o risco deve ter sido organizada conjuntamente pelo autor e vítima; (ii) a vítima não pode ter sido instrumentalizada pelo autor (o que levaria à autoria mediata); e (iii) o autor não pode ter dever de garante em face dos bens afetados (uma vez que a competência institucional afastaria a organizacional)⁵⁷⁷.

Preenchidos os pressupostos elencados, não haverá risco proibido, na medida em que a atuação da vítima a próprio risco se encontra na primeira etapa de análise da imputação objetiva, que avalia a imputação de comportamentos⁵⁷⁸.

Não será possível, uma vez identificada a atuação conjunta, determinar a conduta de qual dos dois agentes preponderou no desenrolar do evento danoso. Sendo a interação “reconduzível ao atuar imputável da vítima, desde um ponto de vista normativo, o fator dominante é sua conduta autorresponsável”⁵⁷⁹.

No caso da vítima que adquire droga e tem uma overdose, por exemplo, pouco importa se ela sabia que a substância podia lhe causar danos. Ainda, se o sujeito pratica relação sexual em um bordel, vindo a contrair doença sexualmente transmissível, pouco importa se sabia ou não que a prostituta possuía a enfermidade, pois a atividade conjunta leva objetivamente ao risco de contágio⁵⁸⁰.

⁵⁷⁵ CANCIO MELIÁ, Manuel. **La exclusión de la tipicidade por la responsabilidad de la víctima: “imputación a la víctima”**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 49-51.

⁵⁷⁶ CALEGARI, André Luís; CANCIO MELIÁ, Manuel. Aproximação à teoria da imputação objetiva no direito penal. **Revista dos Tribunais**, vol. 831, p. 463-481, jan. 2005, p. 472.

⁵⁷⁷ *Ibidem*, p. 472; CANCIO MELIÁ, Manuel. **La exclusión de la tipicidade por la responsabilidad de la víctima: “imputación a la víctima”**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 53.

⁵⁷⁸ CANCIO MELIÁ, Manuel. **La exclusión de la tipicidade por la responsabilidad de la víctima: “imputación a la víctima”**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 51, 69; CANCIO MELIÁ, Manuel; PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. **Um novo sistema do direito penal: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs**. Barueri, SP: Manoele, 2003, p. 85.

⁵⁷⁹ CANCIO MELIÁ, Manuel. **La exclusión de la tipicidade por la responsabilidad de la víctima: “imputación a la víctima”**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 57, tradução livre.

⁵⁸⁰ *Ibidem*, p. 59-62.

Não há, portanto, interesse em descobrir o subjetivo dos agentes, pois o importante é a exteriorização concreta do fato, que se apura através da imputação objetiva⁵⁸¹.

A doutrina de Cancio Meliá enriquece a perspectiva do âmbito de competência da vítima na teoria sistêmica da imputação objetiva. Entretanto, o autor sofre críticas de alguns de seus compatriotas, como Luzón Peña e Gimbernat Ordeig.

O primeiro argumenta que o princípio da autorresponsabilidade não é suficientemente fundamentado, pois não é certo que as garantias jurídicas de liberdade e dignidade impliquem, como contrapartida, a responsabilidade preferente da vítima pelas consequências advindas da organização de seus bens jurídicos⁵⁸².

Ao seu turno, Gimbernat Ordeig sustenta que todos os intervenientes são competentes – uns pela autorresponsabilidade, outros pela proibição jurídico-penal de causação de lesões – e, com isso, responsáveis pelas consequências lesivas⁵⁸³. Não obstante, o Direito Penal espanhol, ao criminalizar a instigação a suicídio (art.143), a eutanásia (art. 143, 4.) e a lesão corporal consentida (art. 155), estaria rechaçando a validade de uma suposta autorresponsabilidade da vítima⁵⁸⁴.

3.4 O CARÁTER PERMITIDO DOS RISCOS ASSUMIDOS PELA VÍTIMA E O ALCANCE DO TIPO COMO SUPRACRITÉRIO.

Na introdução do capítulo, enfatizou-se que o consentimento do ofendido não esgota as hipóteses relevantes de contribuição da vítima para o menoscabo de seus próprios bens. Mesmo que não haja consentimento para com a lesão e a tipicidade objetiva (formal e material) esteja preenchida, a imputação objetiva exige que se apure a quem a produção do resultado deve ser atribuída. Aqui jaz a mais relevante contribuição das teorias da imputação objetivas para o Direito Penal: estabelecer um filtro axiológico objetivo entre ação e resultado, que, a despeito e antes mesmo de examinar qualquer elemento subjetivo do agente causador do dano, impeça que

⁵⁸¹ CAMARGO, Antônio Luís Chaves. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro**. São Paulo: Cultural Paulista, 2001, p. 183.

⁵⁸² LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Principio de alteridad o de identidad vs. principio de autorresponsabilidad. Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo. **Nuevo Foro Penal**. Medellín, vol. 6, nº 74, enero-junio 2010, p. 68.

⁵⁸³ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida. **Revista de Derecho Penal y Criminología**. Bogotá, 2ª Época, nº extraordinário 2, 2004, p. 84.

⁵⁸⁴ *Ibidem*, p. 85.

este seja penalmente responsabilizado a partir de um exame reducionista, levado a cabo através de um critério por demais abrangente de causalidade natural.

A mera causação de uma lesão não basta para que se infira a antinormatividade da conduta. O intuito da lei penal não consiste na prevenção de ações danosas, “senão de ações que geram danos mediante procedimentos irrazoavelmente perigosos”⁵⁸⁵, que afrontam parâmetros de devido cuidado.

As normas de cuidado, por sua vez, “não existem para impedir todo resultado, mas somente determinados tipos de causações de resultados”⁵⁸⁶. A fim de verificar a tipicidade de um ato, faz-se necessário compreender se o risco produzido “corresponde ao perigo que político-criminalmente o tipo deve proibir”⁵⁸⁷, o que será feito por meio de critérios que permitam selecionar de forma adequada as consequências da conduta que não entram na esfera de tutela da norma.

O dano (“o quê”) importa tanto quanto seu modo de produção (“como”), não bastando que uma determinada norma pretenda impedir uma lesão, se esta não provier de um *modus operandi* equivalente àquele que, abstratamente, deu origem à criação do tipo⁵⁸⁸ e que, por conseguinte, desejava-se evitar.

A teoria da imputação objetiva, desse modo, equivale ao chamado *princípio da enantiotelidade*, que, em linhas gerais, preconiza que a aplicação do Direito Penal deve se dar somente se a conduta praticada constitui uma daquelas que a lei trata de dissuadir, podendo ser assim formulado: “uma ação é punível somente quando causa o dano ou perigo que a lei está destinada a prevenir”⁵⁸⁹. A etimologia do termo remete ao grego *enantio* – que significa *contrário* ou *avesso* – e *telos* – alusivo à *finalidade*, *objetivo* ou *propósito* –, razão pela qual *enantiotelidade* corresponde à contrariedade ao fim de algo, no caso, da norma subjacente ao tipo penal.

Isso torna tautológica a pretensão de qualificar o âmbito de alcance do tipo como uma das etapas da imputação objetiva, na medida em que o que se pretende

⁵⁸⁵ NINO, Carlos Santiago. **Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1980, p. 330, tradução livre.

⁵⁸⁶ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. **Teoría da imputación objetiva: estudio crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputación objetiva**. Barueri: Manole, 2003, p. 58.

⁵⁸⁷ COSTA, Lucas Gabriel Santos. **A conduta típica e o comportamento da vítima no Direito Penal: a intervenção da vítima no fato criminoso**. 333f. Salvador, 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, p. 296.

⁵⁸⁸ CASTALDO, Andrea Raffaele. **La imputación objetiva en el delito culposo de resultado**. Buenos Aires: Editorial B de F Ltda., 2004, p. 209.

⁵⁸⁹ NINO, Carlos Santiago. **Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1980, p. 324, tradução livre.

através desse instituto é, justamente, identificar o alcance da norma típica. Para não cair em redundância e contradição, o alcance do tipo não pode constituir uma categoria da imputação objetiva a ser analisada após a criação de risco proibido, uma vez que o perigo que não se encontra ao alcance do tipo não é proibido⁵⁹⁰.

O âmbito de alcance do tipo, notadamente, constitui um supracritério, que se confunde com a própria imputação objetiva, em sua busca pelo caráter enantiotético da conduta à norma jurídica. A “essência da imputação objetiva não é, precisamente, uma questão de imputação, senão de desvalorização de condutas à luz dos critérios que delimitam a extensão da liberdade de atuação”⁵⁹¹. Daí o porquê de o exame da tipicidade, a partir da imputação objetiva, ganhar contornos mais restritos, fazendo com que todos os delitos demandem o descumprimento de um dever de cautela (com a criação e realização de risco proibido em um resultado juridicamente desaprovado); englobando os crimes culposos nos dolosos (que, para além de quebra de cuidado, risco proibido e resultado, exigem o conhecimento e a vontade do agente de realizar a conduta típica); e demandando o exame da responsabilidade da vítima quanto aos empreendimentos por ela executados.

Conforme os alicerces firmados no primeiro capítulo, a legislação penal em um ordenamento comprometido com preceitos liberais deve prevenir somente ações danosas ou perigosas para terceiros⁵⁹². A norma estabelecida com atenção ao *harm principle* e ao bem jurídico como relação de disponibilidade não pode vetar empreendimentos autorreferentes, que, pela falta de violação insuportável de bens jurídicos alheios, estão fora do âmbito de ingerência repressiva do Estado. Liberdade e a autonomia do lesado fundamentam o *telos* da tipificação penal, sendo permitida a atuação arriscada do titular do bem jurídico, bem como daquele que age em conformidade à expressão autodeterminada do titular do bem arriscado.

⁵⁹⁰ COSTA, Lucas Gabriel Santos. **A conduta típica e o comportamento da vítima no Direito Penal: a intervenção da vítima no fato criminoso**. 333f. Salvador, 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, p. 313.

⁵⁹¹ ROBLES PLANAS, Ricardo. Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch a la teoría del tipo. In: FRISCH, Wolfgang; ROBLES PLANAS, Ricardo. **Desvalorar e imputar: sobre la imputación objetiva em Derecho penal**. Buenos Aires: Editorial B de F Ltda., 2006, p. 103.

⁵⁹² NINO, Carlos Santiago. **Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1980, p. 326.

Se toda criação desaprovada de risco deve guardar relação direta com o fundamento pelo qual a ação é proibida e contrária ao dever⁵⁹³, nenhum risco criado em consonância ao livre desenvolvimento da vítima pode ser desaprovado, já que uma postura voluntária e autorreferente em hipótese alguma servirá de alicerce ao mandado proibitivo. Noutros termos, não há conduta ou risco proibido quando a produção de menoscabos depende do atuar responsável do titular dos bens⁵⁹⁴.

Ao fim e ao cabo, revelam-se corretas algumas das críticas dirigidas à teoria de Roxin, uma vez que o exame da atuação da vítima nos limites da permissividade do risco torna prescindível o *alcance do tipo* como uma terceira categoria da imputação objetiva. A autorresponsabilidade da vítima é constitutiva do juízo axiológico que recai sobre o perigo criado, devendo-se precisar os requisitos necessários ao reconhecimento do agir autônomo e eximente da responsabilidade de terceiros. Antes disso, entretanto, é necessário lidar com uma importante controvérsia.

3.4.1 É possível tratar as assunções de riscos pela vítima de modo análogo aos casos de consentimento?

No intuito de responder ao questionamento que intitula o presente item, inicia-se pela abordagem do descabimento das teorias que almejam resolver as situações de autocolocação em perigo e anuência quanto a riscos como modalidades de consentimento no âmbito dos delitos imprudentes⁵⁹⁵.

A tentativa esbarra na intrinsecamente complicação de que as hipóteses de imputação à vítima não aludem somente ao consentimento para com delitos imprudentes, pois o autor pode estar agindo dolosamente⁵⁹⁶. Na medida em que a criação de risco proibido antecede a análise da elementar subjetiva, o exame do comportamento da vítima no âmbito da imputação objetiva passa por alto o caráter culposo ou doloso da conduta praticada pelo autor. Dessa forma, se “a organização

⁵⁹³ FRISCH, Wolfgang. La teoría de la imputación objetiva del resultado: lo fascinante, lo acertado y lo problemático. In: FRISCH, Wolfgang; ROBLES PLANAS, Ricardo. **Desvalorar e imputar: sobre la imputación objetiva em Derecho penal**. Buenos Aires: Editorial B de F Ltda., 2006, p. 22.

⁵⁹⁴ *Ibidem*, p. 43, 49-51.

⁵⁹⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal: parte geral**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 273-274; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho Penal: Parte General**. Buenos Aires: EDIAR, 2000, p. 477; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal: parte general, III**. Buenos Aires: EDIAR, 1981, p. 526.

⁵⁹⁶ JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación**. Madrid: 1995, p. 305.

conjunta é imputável à vítima, o mero fato de que o *autor* tenha uma disposição psíquica determinada – independentemente de seu caráter doloso ou imprudente – não pode variar a qualificação de sua conduta como atípica”⁵⁹⁷.

Superada essa questão, surgem as maiores complicações relacionadas à tentativa de expandir a *ratio* do consentimento para os casos de autorresponsabilidade em contextos de risco, protagonizadas pela delimitação do objeto da anuência e pela relevância atribuída à subjetividade da vítima.

A crítica mais comum gira em torno do fato de que a vítima, no consentimento, concorda com o resultado (de perigo ou dano, a depender do tipo penal incidente), ao passo em que, ao assumir riscos, não pretende lesar a si, não autoriza que outros o façam e, sobretudo, espera que o perigo não se converta em lesão⁵⁹⁸.

A partir dessa diferenciação, parte da doutrina sustenta que somente nos casos de autolesão, autocolocação em perigo e heterolesão consentida o recuo da norma penal se daria em conformidade à autonomia e vontade do lesado, que atua para sua realização ou, ao menos, concorda com o menoscabo. Na heterocolocação em perigo consentida, contudo, não haveria expressão da autonomia da vítima; o juízo normativo recairia heteronomamente sobre a situação objetiva configurada com a participação da vítima, podendo a norma, inclusive, conflitar com a vontade da vítima, que permanece interessada na preservação de seus bens⁵⁹⁹.

Autores que trabalham com a ideia de bens jurídicos indisponíveis acrescentam que, se a vítima não está autorizada pelo ordenamento a consentir com sua própria morte – premissa extraída dos crimes de contribuição ao suicídio e homicídio a pedido –, o consentimento do ofendido não pode servir para o enquadramento jurídico das exposições da vítima ao perigo que resulte em óbito. O comportamento

⁵⁹⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel. **La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima: “imputación a la víctima”**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 62, tradução livre.

⁵⁹⁸ COSTA ANDRADE, Manuel da. **Consentimento e acordo em Direito Penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista**. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1991, p. 294; COSTA, Lucas Gabriel Santos. **Heterocolocação em perigo consentida em condutas imprudentes de trânsito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 153; ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 368; ROXIN, Claus. La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida: sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en el Derecho Penal. **InDret: revista para el análisis del derecho**. Barcelona, Enero de 2013, p. 11.

⁵⁹⁹ COSTA ANDRADE, Manuel da. **Consentimento e acordo em Direito Penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista**. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1991, p. 297-298, 353, 357, 358; COSTA, Lucas Gabriel Santos. **A conduta típica e o comportamento da vítima no Direito Penal: a intervenção da vítima no fato criminoso**. 333f. Salvador, 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, p. 105; COSTA, Lucas Gabriel Santos. **Heterocolocação em perigo consentida em condutas imprudentes de trânsito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 193, 222-223.

da vítima deveria, assim, ser apreciado objetivamente, prescindindo-se da análise da disponibilidade do bem jurídico, “a partir de critérios normativos que atribuem eficácia sistêmica à comunicação posta em curso pela *exposição ao perigo*”⁶⁰⁰.

Por fim, argui-se que o elemento psicológico da vítima não pode ser o fator decisivo nas hipóteses de gerenciamento de risco. Sendo o risco criado conjuntamente pelo autor e pela vítima, a determinação jurídico-penal do âmbito de responsabilidade daquele não pode depender da representação subjetiva desta⁶⁰¹. Some-se a isso a crítica, já citada, de que apreciar a consciência do risco consistiria um ingresso indevido no âmbito subjetivo dentro da imputação objetiva⁶⁰².

A distinção das expectativas da vítima nos casos de consentimento e de exposição ao perigo é precisa, mas não impede o intercâmbio de alguns parâmetros de validade entre os institutos. O fato de a vítima assumir o risco, sem desejar ou esperar que esse se converta em dano, não permite concluir que a imputação dos resultados ao seu âmbito de responsabilidade constitui uma solução normativa em desconformidade a sua autonomia. A relação de conformidade entre a conduta praticada e a lei de ação formulada pelo agente quando exercita sua liberdade e expressa sua vontade, impõe-lhe o (b)ônus de arcar com as consequências diretamente vinculadas ao risco conscientemente assumido. Não se trata de uma atribuição heterônoma que despreza a autonomia da vítima, mas da responsabilidade inerente e correlata a qualquer exercício de autodeterminação.

Viver é, em boa medida, lidar com o indesejado, razão pela qual a *sorte* desempenha um papel significativo no universo do simbólico⁶⁰³. Quem é autônomo

⁶⁰⁰ COSTA, Lucas Gabriel Santos. **A conduta típica e o comportamento da vítima no Direito Penal: a intervenção da vítima no fato criminoso**. 333f. Salvador, 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, p. 174-175.

⁶⁰¹ CANCIO MELIÁ, Manuel. **La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima: “imputación a la víctima”**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 37-40.

⁶⁰² BUSATO, Paulo César. **Fatos e mitos sobre a imputação objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 102, 106, 161-162.

⁶⁰³ A sorte está presente em diversos ramos da vivência humana, sendo revestida por distintos conjuntos simbólicos, conforme o contexto. Em sorteios, por exemplo, é expressamente reconhecida como o critério de escolha do vencedor. Mais relevante ainda pode ser o papel desempenhado pela ideia de indeterminação na percepção cultural da liberdade humana: há quem defenda uma conexão íntima entre a contingência do início da vida e a liberdade, razão pela qual a seleção artificial de genes, por exemplo, que de outra forma ficaria a cargo da *loteria genética*, desvalorizaria a dádiva de ter uma origem em algo que extrapola o controle humano (HABERMAS, Jürgen. **The Future of Human Nature**. Oxford: Polity Press, 2003, p. 58-59, 75; SANDEL, Michael. **Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 92-93). Noutros setores, como no mercado financeiro, costuma-se subestimar a randomicidade, atribuindo-se aos investidores habilidades que, apesar de não se confirmarem na prática, continuam sendo objetos de crença fidedigna. Conforme esclarece Daniel Kahneman, “investidores profissionais, incluindo gerentes de fundos, são reprovados em um teste básico de habilidade: conquistas constantes. [...] A

deve responder não somente pelo que acontece de acordo com sua vontade, mas pelo que previsivelmente resulta de sua tomada de decisão consciente. Criar riscos ou a eles se submeter voluntariamente significa assumí-los como próprios e, a partir disso, arcar com os resultados deles derivados, não havendo quem cogite perdoar a dívida de um apostador azarado pelo fato de que não queria perder, apesar de ter jogado espontânea e voluntariamente. Argumentos como o de Gimbernat Ordeig – no sentido de que todos os intervenientes são competentes pelos riscos e, portanto, responsáveis pelas consequências lesivas⁶⁰⁴ – são válidos, desde que a vítima não tenha anuído com os riscos que as produziram. Nesses casos, esta é sabedora das possíveis consequências e, mesmo assim, coloca-se em perigo, na esperança de que a Fortuna lhe permita sair ilesa e exitosa quanto aos fins almejados. Quanto ao autor, não lhe é vedado criar riscos àqueles que queiram corrê-los.

A tentativa de afastar os requisitos do consentimento em virtude da suposta indisponibilidade de certos bens jurídicos é ainda mais insustentável. Se o bem é

lógica é simples: se as diferenças individuais em um ano devem-se inteiramente à sorte, a classificação de investidores e fundos irá variar erráticamente e a correlação ano a ano será zero. Onde existe habilidade, porém, as classificações serão mais estáveis. [...] para uma grande maioria de gerentes de fundos, a seleção das ações está mais para um lance de dados do que um jogo de pôquer. [...] a correção ano a ano entre os resultados dos fundos mútuos é muito pequena, pouco mais que zero. Os fundos bem sucedidos em qualquer ano determinado são mais sortudos; tiveram um bom lance de dados. Há um consenso geral entre pesquisadores de que praticamente todos os *traders*, quer saibam, quer não – e poucos o sabem –, estão disputando um jogo de azar. A experiência subjetiva dos investidores é de que estão fazendo conjecturas informadas e sensatas numa situação de grande incerteza. Em mercados altamente eficientes, contudo, conjecturas sensatas não são mais precisas do que chutes no escuro” (KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 268-269). Ao fim e ao cabo, toda a noção de meritocracia acaba por maquiar inúmeros fatores aleatórios que interferem de forma definitiva no sucesso de alguém, inclusive aspectos genéticos inatos, anteriormente mencionados como dádivas, mas que, a depender do contexto, tornam-se motivo de orgulho e passam a justificar recompensas. Assim, “embora amplamente aceita, a crença de que o mérito, e não a sorte, determina o sucesso ou o fracasso no mundo é demonstravelmente falsa. E não é menos importante o fato de que o próprio mérito é, em grande parte, o resultado da sorte. O talento e a capacidade para o esforço determinado, às vezes chamado de ‘garra’, dependem muito dos dotes genéticos e da criação de uma pessoa. Sem falar das circunstâncias fortuitas que aparecem em cada história de sucesso. Em seu livro ‘Success and Luck’ (Sucesso e sorte, em tradução livre, de 2016), o economista Robert Frank relata os acontecimentos improváveis e coincidências que levaram à ascensão estelar de Bill Gates como fundador da Microsoft, assim como ao próprio sucesso de Frank como acadêmico. A sorte intervém conferindo mérito às pessoas e, mais uma vez, ao fornecer circunstâncias nas quais o mérito pode se traduzir em sucesso. Isso não é negar o esforço e o talento de pessoas bem-sucedidas. No entanto, isso demonstra que a ligação entre mérito e resultado é tênue e indireta, na melhor das hipóteses. [...] a própria noção de que o sucesso pessoal resulta de “sorte” pode ser ofensivo. Reconhecer a influência de fatores externos parece minimizar ou negar a existência do mérito individual.” (MARK, Clifton. **A crença na meritocracia não é apenas falsa: é ruim para você**. Nexo, São Paulo, 11/07/2016. Disponível em: <<https://www.nexojournal.com.br/externo/2019/03/16/A-cren%C3%A7a-na-meritocracia-n%C3%A3o-%C3%A9- apenas-falsa-%C3%A9-ruim-para-voc%C3%AA>>. Acesso em: janeiro de 2020).

⁶⁰⁴ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida. **Revista de Derecho Penal y Criminología**. Bogotá, 2ª Época, nº extraordinário 2, 2004, p. 84.

indisponível pela vontade consciente e informada do ofendido, por que seu mero comportamento arriscado seria suficiente para afastar a tutela penal? O que justifica que a vítima não possa autorizar uma determinada lesão, mas dela esteja desprotegida caso, contra a sua vontade e expectativa, esta decorra de um risco previamente assumido? Não parece razoável um sistema que negue a validade do consentimento responsável para com um dano e, concomitantemente, afaste a imputação do mesmo em razão da atuação arriscada da vítima, que não queria sofrer com os resultados lesivos; um modelo que, no quesito autonomia, confere muita ênfase à autorresponsabilidade, em detrimento da autorrealização.

Não obstante a incoerência interna, a premissa dos bens indisponíveis já se mostrou inexata. A razão pela qual a disponibilidade da vida não aparece da mesma forma nas práticas de consentimento e nos casos de assunção de riscos será analisada no item 3.4.4. Adianta-se, contudo, que a resposta está nos fundamentos dos delitos de perigo abstrato, que amparam os delitos de contribuição ao suicídio e homicídio a pedido, apreciados anteriormente (item 2.2.1), mas não suportam a imputação a terceiros de resultados oriundos de riscos assumidos pela vítima.

Igualmente insuficiente é o intento de impedir o uso de critérios do consentimento apelando para a impossibilidade de apreciar aspectos subjetivos da vítima no âmbito da imputação objetiva. O conceito analítico de crime, estruturado em uma etapa objetiva e outra subjetiva, volta-se ao exame da responsabilidade penal do autor, cujo conhecimento e vontade quanto às elementares do tipo – e, portanto, quanto ao consentimento e à autorresponsabilidade da vítima – será objeto de apreciação somente na imputação subjetiva. Nada impede, entretanto, que os requisitos de validade do consentimento e da assunção de riscos que envolvam a subjetividade da vítima sejam analisados, junto dos demais critérios, em uma etapa prévia à da avaliação dos aspectos subjetivos do autor.

Ninguém questiona, por exemplo, que a capacidade da vítima para consentir seja analisada no âmbito da tipicidade (teorias monistas) ou da antijuridicidade (teorias dualistas), enquanto a imputabilidade do autor somente constitua objeto de apreciação na culpabilidade. Não obstante tenham naturezas diversas, não é isso propriamente que permite que ocupem etapas distintas da análise do crime, mas o simples fato de que é o autor o alvo da persecução penal e, portanto, é a sua conduta que deve obedecer ao método analítico consagrado pela dogmática penal.

De todo o exposto, não parece haver argumentos robustos a desautorizar o uso de critérios do consentimento para as hipóteses de assunção de riscos pela vítima. O fato de existirem duas linhas teóricas que divergem quanto ao objeto do consentimento – uma sustentando ser a ação e outra o resultado –, não pode levar a uma compreensão conceitual reducionista, que ignore a polissemia do resultado normativo com o qual a vítima concorda. Por motivos já relatados no item 2.1.5, o consentimento tem por objeto o resultado, que, conforme observado de maneira precisa por Jakobs⁶⁰⁵, pode ser de dano ou perigo de dano. Quando voltado ao dano (heterolesão consentida), prevalece a autonomia enquanto autodeterminação, ao passo em que estando limitado ao perigo de dano, sobressai o aspecto correlato da responsabilidade com a qual o sujeito autônomo deve conviver e pela qual arcará com os produtos das liberdades que lhe são juridicamente asseguradas.

A incontestável diferença entre as duas modalidades, no entanto, implica tratamentos dogmáticos ligeiramente distintos, o que será estudado a seguir.

3.4.2 Da imprescindível separação entre perigo e colocação em perigo.

A imputação válida do resultado à vítima depende, sim, da configuração fenomenológica do fato, com seu correspondente arcabouço linguístico, encarregado de significar as percepções intersubjetivas. Ao contrário do que alega Cancio Meliá⁶⁰⁶, as dificuldades em delimitar alguns fatos como autocolocação em perigo ou heterocolocação em perigo consentida não são um motivo para o abandono da classificação, mas para seu refinamento e aprimoramento.

O problema da classificação proposta por Roxin e adotada por outros autores não reside no aspecto do controle ou da progressão do risco. Se, conforme defende Luzón Peña⁶⁰⁷, as soluções dos casos de autolesão e heterolesão consentida devem ser analogamente adotadas nas hipóteses de assunção de riscos pela vítima, a transposição deve ser feita atentando às peculiaridades de cada instituto.

⁶⁰⁵ JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general: fundamentos y teoria de la imputación**. Madrid: 1995, p. 303-305.

⁶⁰⁶ CANCIO MELIÁ, Manuel. **La exclusión de la tipicidade por la responsabilidad de la víctima: “imputación a la víctima”**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 40-44, 55-56.

⁶⁰⁷ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Principio de alteridad o de identidad vs. principio de autorresponsabilidad. Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo. **Nuevo Foro Penal**. Medellín, vol. 6, nº 74, enero-junio 2010, p. 58-80.

A distinção entre auto e heterolesão remete à fonte geradora do menoscabo, razão pela qual nunca poderia encontrar correspondência na dicotomia auto e heterocolocação em perigo. O paralelo correto está no binômio auto e heteroperigo.

A ideia de colocação em perigo é exclusiva da análise do risco e remete ao modo como alguém ingressa no contexto arriscado, não possuindo correlato no âmbito da lesão. Isso se dá porque a criação e realização do perigo ocorrem em momentos distintos – sendo sua realização incerta e podendo haver casos de pessoas que ingressem em um contexto de risco e saiam ilesas –, enquanto a criação e realização da lesão se dão concomitantemente, carecendo de sentido uma formulação que busque distinguir *colocação em lesão* da lesão propriamente dita.

Há, portanto, uma tripla classificação, em detrimento da divisão reducionista que mesclava indiscriminadamente auto e heteroperigo com auto e heterocolocação em perigo. Quanto à fonte do dano, mantém-se a divisão entre autolesão e heterolesão, que incide nos casos de consentimento para com o dano (analisados no segundo capítulo); a segunda classificação atende ao critério da fonte do perigo, distinguindo entre auto e heteroperigo; e a terceira modalidade observa o modo como alguém ingressa no contexto arriscado, separando auto e heterocolocação em perigo. Ambas servem aos casos de assunção de risco pela vítima, que englobam o consentimento para com o risco de dano e consentimento não final.

O cruzamento entre as duas últimas taxonomias permite um conjunto de seis hipóteses: (i) autocolocação em autoperigo – exemplo do indivíduo que morre em razão de uma overdose de heroína; (ii) autocolocação em heteroperigo consentido – situações em que o sujeito ingressa voluntaria e sabidamente em um contexto de perigo, como indivíduos que tentam se equilibrar em cima de veículos em movimento ou um jogador de futebol, que opta conscientemente pelo contato social arriscado (consentimento não final); (iii) autocolocação em heteroperigo não consentido – situações em que o sujeito ingressa voluntariamente em um contexto de perigo sem o saber, como o paciente que aceita realizar um tratamento médico sem ter sido informado dos riscos existentes; (iv) heterocolocação em autoperigo – exemplo da vítima é coagida por um autor mediato a lesar a si mesma, correndo o risco de contrair infecções ou morrer; (v) heterocolocação em heteroperigo consentido – exemplo das cirurgias emergenciais amparadas em diretrizes antecipadas de vontade que possam ser enquadradas como consentimento expresso (vide item 2.3.2); e (vi) heterocolocação em heteroperigo não consentido –

exemplo do sujeito que conduz um veículo acima do limite de velocidade e desrespeitando sinais de trânsito, criando perigo aos transeuntes desavisados, ou daquele que coage a vítima a se expor ao perigo gerado por um terceiro.

A categorização proposta auxilia na solução de casos truncados, que não encontram um desenrolar propício a partir das doutrinas penais existentes.

Nas hipóteses de perigo de contágio venéreo, por exemplo, Roxin sugere que, caso o enfermo acautele o outro de sua condição e, mesmo assim, este deseje praticar o ato sexual, haveria autocolocação em perigo; porém, se o outro é convencido pelo enfermo, que se utiliza de argumentação ou chantagem emocional – exigindo a prática do ato sexual como prova de amor, por exemplo –, haveria heterocolocação em perigo consentida⁶⁰⁸. Cancio Meliá, por sua vez, defende que se o sujeito pratica relação sexual em um bordel, vindo a contrair doença venérea, pouco importa se sabia ou não que a prostituta estava enferma, pois a atividade conjunta, praticada nesse contexto, leva objetivamente ao risco de contágio⁶⁰⁹.

Enquanto a construção de Roxin é instável e amparada em nuances de relevância questionável, a proposta de Cancio Meliá é negligente para com os aspectos subjetivos da vítima, sem os quais, em algumas situações, não se pode afirmar que o perigo está situado em sua esfera de autorresponsabilidade.

O caso, contudo, pode ser resolvido de outra forma. A fonte do risco é, invariavelmente, o sujeito infectado pela doença, razão pela qual se trata de um heteroperigo. Resta saber de que modo a vítima ingressou no raio de incidência desse risco e se anuiu em corrê-lo. Sendo a relação voluntária e possuindo a vítima conhecimento de que seu parceiro é portador de doença sexualmente transmissível, haverá uma autocolocação em heteroperigo consentido, assumindo a vítima a responsabilidade pelos eventuais prejuízos à sua saúde, a despeito da irrelevante discussão sobre quem convenceu ou seduziu o outro ao ato sexual. Noutra senda, caso a vítima não saiba da enfermidade, haverá uma autocolocação em heteroperigo não consentido, pois não conhecido, incidindo o autor na prática do delito de perigo de contágio venéreo (art. 130, CP). Por fim, se a vítima for

⁶⁰⁸ ROXIN, Claus. La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida: sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en el Derecho Penal. **InDret: revista para el análisis del derecho**. Barcelona, Enero de 2013, p. 16-17.

⁶⁰⁹ CANCIO MELIÁ, Manuel. **La exclusión de la tipicidade por la responsabilidad de la víctima: “imputación a la víctima”**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 59-62.

constrangida à prática sexual, ter-se-á uma heterocolocação em heteroperigo não consentido, havendo concurso entre estupro e perigo de contágio venéreo.

Outra situação controversa é a carona prestada por um motorista embriagado. Conforme visto, Roxin enquadra como autocolocação em perigo a situação em que um indivíduo adverte sobre sua condição de embriaguez àquele que lhe pediu uma carona, mas este convence o motorista a levá-lo, dizendo algo como “não se preocupe, eu assumo a responsabilidade!”; seria, contudo, uma heterocolocação em perigo consentida se o condutor, não obstante embriagado, convencesse o passageiro a pegar a carona⁶¹⁰. Ao seu turno, Luzón Peña afirma que o motorista embriagado que dá carona à vítima sempre deverá responder pelos resultados lesivos, independentemente de quem tenha insistido no empreendimento, uma vez que o passageiro não tem controle algum sobre o risco⁶¹¹.

Nenhuma das propostas é satisfatória. Roxin, novamente, apela para contingências de rendimento analítico diminuto, enquanto Luzón Peña recorre ao exame do controle do risco, que pouca importância possui, até porque são inúmeros os exemplos em que nenhuma das partes exerce controle algum sobre o perigo.

A solução mais adequada consiste em, primeiramente, reconhecer que conduzir um veículo automotor embriagado dá origem a um autoperigo para o condutor e um heteroperigo em face dos demais. Se alguém, ciente da embriaguez do condutor, decide, mesmo assim, pegar uma carona, haverá autocolocação em heteroperigo consentido, arcando a vítima com eventuais menoscabos. Não havendo ciência quanto à embriaguez, ter-se-á uma autocolocação em heteroperigo não consentido. Pode ser, ainda, que um grupo de amigos esteja em um churrasco e um deles, em virtude da grande quantidade de bebida ingerida, adormeça. Nesse caso, se um dos colegas, mesmo estando embriagado, decidir conduzi-lo até em casa, haverá uma heterocolocação em heteroperigo não consentido, podendo o motorista responder pelas eventuais lesões que causar ao passageiro inconsciente.

Muitas das confusões em torno dessa temática se devem, portanto, a uma imprecisão linguística. Reduzir a complexidade das relações firmadas em contextos

⁶¹⁰ ROXIN, Claus. La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida: sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en el Derecho Penal. **InDret: revista para el análisis del derecho**. Barcelona, Enero de 2013, p. 15-16.

⁶¹¹ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Principio de alteridad o de identidad vs. principio de autorresponsabilidad. Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo. **Nuevo Foro Penal**. Medellín, vol. 6, nº 74, enero-junio 2010, p. 58-80.

de risco, misturando duas classificações (auto/heteroperigo e auto/heterocolocação) em uma (autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo consentida), impossibilita um exame claro e analiticamente mais completo, preciso e produtivo.

Estabelecidas essas premissas, parte-se ao exame dos critérios autorizadores da imputação ao âmbito de responsabilidade da vítima, que, em boa medida, corresponderão aos já expostos critérios de validade do consentimento do ofendido.

3.4.3 Requisitos necessários à imputação do resultado à vítima.

A vítima será autorresponsável apenas: a) quanto aos bens jurídicos de sua titularidade; b) quando possuir capacidade em abstrato e em concreto; e c) na medida em que houver correspondência entre os perigos consentido e criado (noutros termos, quando o dano que vier a ser produzido for uma consequência do risco anuído e não de erros ou comportamentos arriscados adicionais⁶¹²).

A exigência de capacidade implica que a vítima tenha potencial consciência do risco e atue voluntariamente. Caso seja enganada quanto à existência ou magnitude do perigo, não haverá consentimento válido, imputando-se o resultado ao sujeito que tiver criado o risco e/ou nele colocado a vítima. A coação, por sua vez, definirá uma heterocolocação da vítima em auto ou heteroperigo, conforme o risco provenha, respectivamente, da vítima ou de outrem (do próprio coator ou de terceiro). Por fim, o erro cometido pelo consenciente não impede que ele assuma a responsabilidade pelo risco. Assim, caso possua condições de conhecer do perigo em que se coloca, deverá arcar com os danos que vier a sofrer, a não ser que alguém possua o dever jurídico de lhe prestar informações e não o faça – como os médicos e portadores de doença venérea, obrigados a acautelar pacientes e parceiros sexuais.

O critério da correspondência, por sua vez, exige a concretude do risco. Autoexposições a perigos abstratos, aferidos a partir de exames estatísticos populacionais⁶¹³ (risco de ser atropelado ao andar na rua; de ser assaltado ao sair

⁶¹² ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general, tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito.** Madrid: Civitas, 1997, p. 395; ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 370-371; ROXIN, Claus. La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida: sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en el Derecho Penal. **InDret: revista para el análisis del derecho.** Barcelona, Enero de 2013, p. 15; ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal.** Lisboa: Editora Vega, p. 286.

⁶¹³ A análise populacional lida com as técnicas de governamentalidade biopolítica. O que no campo individual é aleatório e imprevisível, até que se apresente uma dada situação concreta, no campo populacional é estatisticamente mensurável, através de “estimativas demográficas, cálculo da

de noite; de pegar doença venérea ao ter relação sexual; de adoecer em razão da ingestão de um produto impróprio para consumo, etc.), não justificam a atribuição do resultado à autorresponsabilidade da vítima, devendo haver um perigo determinado.

Além disso, na medida em que a vítima concorda somente com o risco e não com o dano, a conduta praticada pelo terceiro, apesar de arriscada, deve estar orientada a não produção do resultado. Junto da concretude do perigo anuído, essa limitação sustentará as colocações que serão feitas no item 3.4.5, quanto à impossibilidade de imputar ao âmbito de responsabilidade da vítima os resultados oriundos de condutas objetivamente orientadas à sua produção.

Necessário também observar o conhecimento do autor quanto às circunstâncias envolvidas em seu comportamento perigoso. Sua ignorância quanto ao perigo criado para a vítima é irrelevante, imputando-se a esta o resultado se o risco for consentido e àquele se não for. Entretanto, se o autor estiver atuando dolosamente, tendo atingido o resultado (que não foi objeto de consentimento), porém através de um risco que não sabia que era permitido (pois a vítima havia assumido a responsabilidade pelo perigo de dano), responderá pelo delito na modalidade tentada – outra parte da doutrina defenderá ser crime impossível.

O motorista que dirige um ônibus, sem saber que sobre o teto do veículo há indivíduos tentando se equilibrar⁶¹⁴, não conhece da autocolocação em heteroperigo consentida que está a ocorrer, o que não altera a atribuição dos resultados à

pirâmide de idades, das diferentes esperanças de vida, das taxas de morbidade, estudo do papel que desempenham um em relação ao outro o crescimento das riquezas e da população, diversas incitações ao casamento e à natalidade” (FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979, p. 198).

⁶¹⁴ Na Alemanha ocorreu houve um episódio, conhecido como *caso dos surfistas de automóvel* (OLG Düsseldorf [06.06.1997], *NSZ-RR*, 1997), em que “jovens praticavam, de acordo com o condutor de um automóvel, o ‘esporte’ de manter-se em pé sobre o teto do veículo que circulava a uma velocidade de 70-80 km/h” (ROXIN, Claus. La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida: sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en el Derecho Penal. **InDret: revista para el análisis del derecho**. Barcelona, Enero de 2013, p. 05). A prática, entretanto, não encontra exemplos apenas no velho continente. Em 2018, as câmeras de segurança dos terminais rodoviários de Curitiba/PR flagraram um homem que ficou deitado no teto de um ônibus biarticulado durante cerca de sessenta quilômetros. Testemunhas relataram que o rapaz “surfava”, até cair e permanecer inconsciente no teto do veículo (G1 PR. **Homem que ficou por quase 60 km sobre teto de ônibus passa por cirurgia em Curitiba**. G1, Curitiba, 28/08/2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2018/08/28/homem-que-ficou-por-quase-60-km-sobre-teto-de-ônibus-passa-por-cirurgia-em-curitiba.ghtml>>. Acesso em: janeiro de 2020). Mais recentemente, no ano de 2019, um grupo de jovens foi filmado tentando se equilibrar sobre o ônibus no centro da capital paranaense. Um deles foi atingido pelos fios da rede elétrica e caiu do veículo, mas não sofreu ferimentos (G1 PR; RPC CURITIBA. **Grupo é flagrado sobre teto de ônibus em movimento no Centro de Curitiba**. G1, Curitiba, 24/03/2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2019/03/24/grupo-e-flagrado-sobre-teto-de-ônibus-em-movimento-no-centro-de-curitiba-video.ghtml>>. Acesso em: janeiro de 2020).

autorresponsabilidade das vítimas. Igualmente, o sujeito que, ao sair de uma festa, dirige embriagado, sem saber que há um colega escondido no banco de trás, que aproveitou para pegar uma carona, não será imputado por lesões que este vier a sofrer por conta de algum acidente de trânsito. Entretanto, caso a pessoa que está no banco de trás não tenha anuído com o perigo, mas acabou dormindo no veículo em virtude de sua própria embriaguez e antes do motorista iniciar o trajeto, haverá autocolocação em heteroperigo não consentido, imputando-se eventuais danos ao motorista, podendo haver diminuição da pena pelo art. 59, do CP.

Por fim, deve-se ter em conta que o autor garantidor (art. 13, §2º, “a” e “b”, CP) não ficará isento de responsabilidade em virtude da conduta da vítima. Um salva-vidas, por exemplo, continuará a ter a obrigação de salvar o banhista que, em uma autocolocação em autoperigo, pula no mar de cima de uma pedra e vem a se afogar.

Outro será o tratamento aplicável à garantia por ingerência. Esta, definida nos termos do art. 13, §2º, “c”, do CP, somente incidirá nos casos em que o risco não tiver sido assumido pela vítima. Atuando essa de maneira autorresponsável, a situação estará fora do âmbito de incidência da norma típica, não sendo exigível que o criador do perigo atue no sentido de impedir sua realização no resultado⁶¹⁵.

As seis categorias anteriormente elencadas são marcadas por dois extremos.

A vítima capaz, nos casos de (i) autocolocação em autoperigo, assume invariavelmente o risco, enquanto que o autor, conforme será visto, sempre responderá nas hipóteses de (vi) heterocolocação em heteroperigo não consentido.

Nos casos de (ii) autocolocação em heteroperigo consentido⁶¹⁶, os resultados não serão imputados ao autor, podendo o consentimento da vítima ser final quanto ao perigo ou não final. Encontram-se, aqui, os casos envolvendo condutas arriscadas de socorristas, leigos ou profissionais. Quanto aos primeiros, imagine-se a situação em que o sujeito A causa um incêndio na casa de B, e o agente C decide empreender uma atuação heroica em face dos moradores. Ainda que seja previsível

⁶¹⁵ COSTA, Lucas Gabriel Santos. **A conduta típica e o comportamento da vítima no Direito Penal: a intervenção da vítima no fato criminoso.** 333f. Salvador, 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, p. 200-202.

⁶¹⁶ Intervenções médicas frequentemente contam com um patamar de risco intrínseco, sobre o qual o paciente necessariamente deverá ser informado para que possa tê-lo em consideração ao tomar a decisão de se submeter ou não ao procedimento. Caso, uma vez admitida a intervenção, o risco assumido venha se concretizar em resultado, não será possível recorrer à figura do consentimento do ofendido, mas à heterocolocação em perigo consentida, afastando-se a imputação do resultado lesivo ao médico (SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal da medicina.** São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 215-219).

que terceiros tentem prestar auxílio àqueles a quem o incêndio possa atingir, não está em condições o sujeito criador do risco de influenciar na decisão de quem, autonomamente, põe em risco a própria incolumidade em uma atitude altruísta.

O trágico episódio do incêndio na Boate Kiss, ocorrido no ano de 2013, na cidade de Santa Maria/RS, ilustra a discussão. Dentre as 242 vítimas, houve quem, após conseguir sair do local, fugindo das chamas e da fumaça, reingressou no estabelecimento, para ajudar a salvar as pessoas que lá estavam⁶¹⁷. O caso é particularmente interessante. Até sair do recinto, a vítima estava sujeita a uma heterocolocação em perigo não consentida (o incêndio causado pelo acionamento indevido de artefato pirotécnico pela banda que se apresentava no local), cujos resultados seriam imputados a terceiros geradores do risco proibido. Contudo, após sair do local e deixar a situação de risco, a decisão voluntária da vítima de retornar para tentar ajudar as demais pessoas, não obstante heroica e louvável, deu origem a uma autocolocação em heteroperigo consentido, passando ela a assumir a responsabilidade pelos eventuais danos que viesse a sofrer no ato de resgate.

Agora, suponha-se que, no exemplo anterior, C não fosse apenas um transeunte, mas um bombeiro profissional. O posicionamento adotado é de que, ao optar pelo exercício da profissão de bombeiro, o indivíduo está ciente dos riscos que deverá correr, frequentemente recebendo adicional de periculosidade. Assim, não poderá o risco característico da atividade, assumido de forma voluntária, recair sobre o provocador da situação concreta na qual o profissional é chamado a atuar⁶¹⁸. Roxin ainda acrescenta que admitir a responsabilização do incendiário poderia constituir um desincentivo para que este chame ajuda, pois haveria o receio de ter de responder também pelas lesões sofridas pelos socorristas⁶¹⁹.

A temática, contudo, é polêmica. Rudolphi, por exemplo, defende que o socorrista profissional não é livre para escolher correr o perigo ou não, uma vez que a lei o obriga a fazê-lo para salvar bens jurídicos alheios. Nesse sentido, recairia sobre o criador do risco, que o socorrista está obrigado a enfrentar, a

⁶¹⁷ PIZA, Paulo Toledo. **Estudante salvou ao menos 14 pessoas antes de morrer em incêndio.** G1, Santa Maria, 30/01/2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2013/01/estudante-salvou-ao-menos-14-pessoas-antes-de-morrer-em-incendio.html>>. Acesso em: janeiro de 2020.

⁶¹⁸ CASTALDO, Andrea Raffaele. **La imputación objetiva en el delito culposo de resultado.** Buenos Aires: B de F Ltda., 2004, p. 242-243; ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general, tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito.** Madrid: Civitas, 1997, p. 391-392, 399-400.

⁶¹⁹ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general, tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito.** Madrid: Civitas, 1997, p. 400.

responsabilidade por eventuais lesões que este venha a sofrer no ato de salvamento. O dever do autor de arcar com os danos ao socorrista serviria, ademais, uma contrapartida ao fato de que, caso o salvamento seja bem sucedido, o ônus será minorado ou excluído. Portanto, se, por um lado, o socorrista coloca seus bens em perigo para mitigar ou evitar resultados lesivos que seriam imputados ao agente criador do risco, por outro, este deverá responder pelos danos que o socorrista vier a sofrer durante o empreendimento. A imputação, nos casos de danos causados a socorristas leigos, ao seu turno, somente seria possível caso o bem a ser salvo for mais valioso do que o daquele que se coloca em perigo⁶²⁰.

Nas hipóteses de (iii) autocolocação em heteroperigo não consentido, a responsabilidade recairá sobre o terceiro criador do perigo.

A (iv) heterocolocação em autoperigo, por sua vez, encontra-se frequentemente associada às hipóteses de coação. No exemplo anteriormente citado, em que alguém coage a vítima a lesar a si mesma, correndo o risco de contrair infecções ou morrer, aquele responderá como autor mediato. Ainda, o coator responderá pelos riscos (e resultados decorrentes) que a vítima vier a correr em virtude das ameaças que lhe são impostas injustamente, desde que a atitude da vítima não seja desproporcional e desmedida. Considera-se proporcional a reação da vítima que, por estar sendo sequestrada e ameaçada pelo motorista, que acelera o veículo enquanto lhe aponta um canivete, joga-se para fora do automóvel, devendo os resultados serem imputados ao autor⁶²¹. Entretanto, haverá uma autocolocação em autoperigo se a vítima reagir de forma desproporcional, como no caso em que a namorada exige ver o celular do namorado, sob pena de terminar o relacionamento, e este tenta fugir, jogando-se do segundo andar do prédio.

Por fim, uma situação controversa. Imagine-se que A, B e C estão em uma casa. Ao tentar acender a lareira, B maneja mal a substância inflamável e inicia um incêndio. Os sujeitos A e B fogem, mas C está dormindo no quarto. Ao se aperceber disso, A tira uma faca e ameaça B, para que este entre na casa no intuito de salvar a vida de C. Ao fim e ao cabo, B entra na casa, sofre lesões e vem a falecer.

⁶²⁰ RUDOLPHI, Hans-Joachim. **Causalidad e imputación objetiva**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 68-70.

⁶²¹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida. **Revista de Derecho Penal y Criminología**. Bogotá, 2ª Época, nº extraordinário 2, 2004, p. 96-97.

Segundo o entendimento aqui adotado, deve-se atentar à possibilidade concreta que B tinha de agir para evitar o resultado, conforme o art. 13, §2º, do CP. Existindo essa possibilidade, tratar-se-á de uma heterocolocação em autoperigo (de lesão corporal e morte) assumida pela vítima B. O sujeito A responderá pelo exercício arbitrário das próprias razões (art. 345, CP), uma vez que a lei, através do instituto da garantia por ingerência, exige que B enfrente o risco por ele criado (art. 13, §2º, “c”, CP), não havendo que se falar em constrangimento ilegal (art. 146, CP), pois a ameaça está sendo praticada para exigir de B algo que a lei o manda fazer. No entanto, se o incêndio já estiver em um estado avançado, de modo que a entrada de B na edificação, para além de colocar sua integridade física e a vida em perigo, dificilmente aumentaria as chances de C ser salvo, deverão ser imputadas a A as lesões sofridas por B, pois haverá uma heterocolocação em um autoperigo que B já não era mais obrigado a enfrentar, tendo em vista suas limitações pessoais.

Ressalve-se, contudo, que se reconhece a complexidade do caso, de modo que a solução proposta de forma alguma é definitiva, sendo passível de diversas críticas. Há quem defenda que o fato de B ter sido coagido a voltar para a situação de perigo faria com que não mais se tratasse de um autoperigo. Outros sustentam que a imputação pelas lesões sofridas por B recairia sobre A, podendo haver alguma causa de justificação, como a atuação em legítima defesa de terceiro.

As situações de (v) heterocolocação em heteroperigo consentido exigem que sejam observados os parâmetros de validade do consentimento para com o dano. Cabe mencionar o exemplo em que o filho de um banhista começa a se afogar e este constrange o salva-vidas, que estava inerte, a tentar resgatar o infante. O salva-vidas, coagido, entra no mar e acaba se afogando. Deverá a solução ser a mesma do caso anteriormente explanado, arcando o salva-vidas com os riscos que não são por ele criados, mas com os quais anuiu através de um consentimento não final.

Finalmente, na (vi) heterocolocação em heteroperigo não consentido, a imputação recairá sempre sobre terceiro, que poderá ou não ser o criador do risco. O coator que pretender forçar a vítima a correr o risco, responderá como autor mediato dos perigos e danos, uma vez que, quando a vítima é instrumentalizada, não há atuação conjunta e não incide o princípio da autorresponsabilidade⁶²².

⁶²² FONSECA, Ana Clara Montenegro. **Conduta da vítima de crime na dogmática penal: análise crítica sobre a posição da vítima na aferição da responsabilidade penal do autor à luz da**

Imagine-se o um caso em que o sujeito A, embriagado, coage B a pegar entrar em seu veículo, empreendendo a condução em desconformidade às normas de cuidado. Trata-se de uma situação em que, tanto quem coloca a vítima em perigo, quanto quem cria o perigo, são a mesma pessoa, a quem será imputado o resultado.

Noutra hipótese, o sujeito A coage B a pegar carona com o motorista C, que empreenderá a condução do veículo automotor em estado de embriaguez. Caso C também esteja sob coação, a imputação será exclusiva de A. Se somente B estiver sendo coagido e C não souber – acreditando que B está se colocando em perigo voluntariamente –, haverá um erro quanto ao modo de colocação em perigo e ao consentimento para com este. Sendo o erro invencível, a imputação recairá somente sobre A, mas sendo vencível, C será imputável na modalidade culposa por eventuais danos causados a B. Por fim, caso C conheça da coação, será imputável juntamente ao coator, cabendo a análise posterior do elemento subjetivo.

Finalmente, o coator responderá culposamente caso não anseie colocar a vítima em heteroperigo, mas isso acontecer quando esta tentar escapar da ameaça – vide casos em que a vítima tenta fugir de um assalto, atravessando uma via movimentada fora do local permitido, vindo a ser atropelada por um veículo.

3.4.4 Sobre a compatibilidade com o artigo 122, do Código Penal.

O raciocínio básico subjacente às categorias ora examinadas constitui em afirmar que se o auxílio a uma autolesão é atípico, o auxílio prestado a uma colocação em perigo autorresponsável também o é, visto ser este menos grave do que aquele. Conforme exposto, se autolesões e heterolesões consentidas são atípicas, também o são as colocações voluntárias em autoperigo ou heteroperigo consentido, pois quem possui autonomia para lesionar a si e consentir com lesões, também pode gerar risco para si e consentir com os perigos que terceiros criarem.

Na doutrina alemã, essas bases costumam ser elaboradas com fulcro na atipicidade do auxílio ao suicídio. Sendo atípico o suicídio, alguém que dele participe

não estará incorrendo em crime algum, assim como aquele que somente colaborar com uma autocolocação em perigo que possa vir a culminar em óbito⁶²³.

Contudo, outros sistemas penais, como o brasileiro, o italiano e o português, tipificam a participação no suicídio, levando parte da doutrina a concluir pela indisponibilidade do bem jurídico *vida* e impossibilidade de utilizar o raciocínio desenvolvido na doutrina alemã⁶²⁴. Outra parcela, porém, defende que o tipo penal de participação em suicídio pode “servir de base para se dizer que contribuir em autocolocação em perigo é atípico, uma vez que o CP só pune a participação no ato doloso de matar-se, e não no ato doloso ou culposo de colocar-se em perigo”⁶²⁵.

O segundo entendimento é correto, apesar de incompleto.

Para que o crime previsto no artigo 122, do CP, esteja configurado, a vítima deve atuar com o objetivo de retirar a própria vida ou se automutilar – já partindo da redação conferida ao dispositivo legal pela Lei nº 13.968/2019. Na participação em colocação da vida em perigo, todavia, a vítima não age para danar a si mesma, mas somente assume um risco, o que não é abarcado pelo tipo penal citado⁶²⁶.

O aspecto subjetivo do autor também merece atenção. Na medida em que o delito não admite modalidade culposa, a imputação à vítima autorresponsável de riscos criados pela negligência do autor harmoniza com o artigo 122, do CP, pois “se não é possível a participação culposa em suicídio doloso, considerando a gravidade das condutas dolosas maior que as culposas, então, igualmente, não seria possível punir a participação culposa em autocolocação em perigo”⁶²⁷.

⁶²³ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 353-354.

⁶²⁴ BUSATO, Paulo César. **Fatos e mitos sobre a imputação objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 100-101, 153, 163; CASTALDO, Andrea Raffaele. **La imputación objetiva en el delito culposo de resultado**. Buenos Aires: Editorial B de F Ltda., 2004, p. 235; COSTA ANDRADE, Manuel da. **Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 301.

⁶²⁵ GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 174-176.

⁶²⁶ COSTA, Lucas Gabriel Santos. **A conduta típica e o comportamento da vítima no Direito Penal: a intervenção da vítima no fato criminoso**. 333f. Salvador, 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, p. 198-199.

⁶²⁷ COSTA, Lucas Gabriel Santos. **Heterocolocação em perigo consentida em condutas imprudentes de trânsito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 180. No mesmo sentido: COSTA, Lucas Gabriel Santos. **A conduta típica e o comportamento da vítima no Direito Penal: a intervenção da vítima no fato criminoso**. 333f. Salvador, 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, p. 311; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida. **Revista de Derecho Penal y Criminología**. Bogotá, 2ª Época, nº extraordinário 2, 2004, p. 86-87.

O argumento definitivo, contudo, remete ao perigo abstrato que justifica político-criminalmente a existência de tal crime. O mero favorecimento de uma autocolocação em perigo da vida da vítima é atípico e inclusive lícito, ainda que a colaboração com o suicídio não seja. Isso ocorre pelo fato de que na colocação em perigo da vida sem vontade de destruí-la, o grau de risco existente é menor. Além de serem situações mais comuns, incapazes de fazer suspeitar da capacidade do titular do bem, a atitude deste será no sentido de tentar evitar o resultado⁶²⁸. Assim, quando se trata de riscos cuja materialização todos os intervenientes querem evitar, permite-se que o consentimento da vítima seja outorgado de forma mais generosa do que no caso de lesões dolosas⁶²⁹. Em suma, o perigo abstrato de que a decisão da vítima não seja válida não existe nos casos de colocação da vida em perigo, já que isso é algo que as pessoas fazem diariamente, ao passo em que atentar de forma deliberada contra a própria existência é uma conduta extraordinária e, por isso, potencialmente perturbada e inválida.

Não é possível acatar as formulações de teóricos como Ernesto Garzón Valdés, segundo o qual não possui capacidades básicas o indivíduo que reconhece a importância de um determinado bem e não deseja pô-lo em perigo, mas se nega a utilizar dos meios necessários para salvaguardá-lo, ainda que deles disponha facilmente. O autor sustenta que essa contradição é uma demonstração de irracionalidade por parte do agente e se vale do exemplo do motorista de automóvel que, mesmo valorizando sua própria vida, opta por não utilizar cinto de segurança.

Primeiramente, deve-se observar que a obrigação jurídica de utilizar cinto de segurança diz mais com a proteção dos demais envolvidos no tráfego do que com a salvaguarda dos bens do próprio usuário. Não se trata de uma medida paternalista, uma vez que a legislação busca amparo no fato de que aqueles que não se utilizam do cinto de segurança “colocam os outros participantes do acidente em risco de sofrerem uma pena por um homicídio culposo ou por uma lesão corporal grave, enquanto que com a utilização do cinto ou do capacete não teria ocorrido nenhuma

⁶²⁸ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Principio de alteridad o de identidad vs. principio de autorresponsabilidad. Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo. **Nuevo Foro Penal**. Medellín, vol. 6, nº 74, enero-junio 2010, p. 70, 74.

⁶²⁹ ROXIN, Claus. La heteropuesta en peligro consentida: ¿una discusión sin final?. **ADPCP**, vol. LXXI, 2018, p. 59.

ou ao menos uma lesão corporal mais leve”⁶³⁰. Ou seja, progete-se a liberdade de terceiros que possam vir a se envolver em um acidente contra o sujeito sem cinto.

A isso se acrescenta que alguém que reconheça o valor da própria vida pode ter inúmeros motivos para, simultaneamente, não se valer de meios necessários para salvaguardá-la. O titular do bem pode sentir prazer em correr riscos e, ademais, para tanto, será imprescindível que reconheça o valor de sua própria vida, uma vez que não haveria emoção em arriscar algo que não valoriza. O próprio Garzón Valdés menciona o *amante do risco* como uma das hipóteses de não admissão de medidas paternalistas, que possui competência básica, mas prefere correr o risco de um dano certo ou altamente provável em benefício de seu prazer ou felicidade⁶³¹. Outra conjectura envolve o indivíduo que, ainda que valorize sua própria vida e saiba que dirigir no trânsito é uma atividade de risco, acredita fielmente que nada de ruim irá ocorrer, seja em virtude do baixo fluxo de veículos, seja por confiar em suas habilidades como condutor, dispensando, assim, o uso de cinto de segurança.

Vê-se, assim, que inexistente impedimento em reconhecer a existência de um instituto da assunção de riscos pela vítima em um sistema jurídico-penal que criminaliza o ato de induzimento, instigação e auxílio a suicídio e à automutilação.

3.4.5A imputação de danos oriundos de condutas objetivamente orientadas à realização do resultado lesivo.

A essa altura já foram estabelecidas as principais diferenças entre o consentimento para com o dano e as modalidades de assunção de riscos pela vítima. Ainda resta, porém, um ponto fulcral e mal explorado pela doutrina.

Conforme já ressaltado, a inserção voluntária da vítima em um contexto de perigo abstrato não é suficiente para atribuir as eventuais lesões ao seu âmbito de responsabilidade. Há, contudo, um fator adicional a ser considerado: a vítima que só tiver anuído com o risco não poderá ser responsabilizada pelas lesões oriundas de condutas objetivamente orientadas à realização do resultado lesivo. Aquele que concorda com o perigo, apenas consente com uma “ação perigosa tendente à

⁶³⁰ ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. **Revista dos Tribunais**, vol. 922/2012, p. 291/322, Ago. 2012, p. 298.

⁶³¹ VALDES, Ernesto Garzón. ¿Es eticamente justificable el paternalismo jurídico?. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, nº 5, 1998, p. 169; VALDES, Ernesto Garzón. Sigamos discutiendo sobre ele paternalismo. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, nº 5, 1998, p. 217.

evitação do resultado e não com a efetiva produção deste”⁶³², na medida em que não pretende ver realizada a lesão propriamente dita ao bem jurídico que titula.

Dessa forma, é incorreta a crítica formulada por Costa Andrade, no sentido de que o reconhecimento de que a vítima deva arcar com lesões oriundas de riscos conscientemente assumidos implica, necessariamente, aceitar “que quem se dispõe a passar por uma rua de ‘reconhecida má fama’ declina *eo ipso* o seu consentimento em relação a todas as lesões que o venham a atingir”⁶³³.

Primeiramente, alguém que transita em uma região na qual a prática de roubos é frequente se coloca sob um risco genérico, abstrato e estatisticamente aferido. Trata-se de um perigo global, que surge da prática reiterada do mesmo crime, em diferentes ocasiões, por diversos autores e contra vítimas distintas. Não se trata de um perigo derivado do comportamento de um autor em particular, mas da constatação de um padrão de acontecimentos nocivos, recorrentes em um mesmo contexto de ação. A conduta da vítima em face de riscos dessa natureza não possui o condão de interferir no processo de imputação objetiva do resultado.

Não fosse esse o entendimento, quaisquer lesões sofridas em contextos abstratamente perigosos seriam imputadas ao âmbito de responsabilidade da vítima, o que seria absurdo. A vítima não só estaria desprotegida de assaltos ao caminhar à noite, como também estaria se assumindo o risco de ser atropelada sempre que atravessasse a rua; assumiria o risco de contrair doenças venéreas sempre que tivesse uma relação sexual; assumiria o risco de ter algum problema de saúde sempre que ingerisse algum produto alimentício; entre outros exemplos.

Em segundo lugar, deve-se ressaltar que, em um contexto de mera anuência para com o risco, condutas objetivamente orientadas à produção do resultado não se encontram no âmbito de competência da vítima. O sujeito que pega carona com um motorista sabidamente embriagado espera que este busque manter o controle do automóvel e respeite sinalizações e limites de velocidade – salvo quando houver elementos concretos que permitam concluir que o risco consentido pela vítima abarcava, também, a condução em alta velocidade, por exemplo. Caso o condutor, além de bêbado, passa a furar todos os sinais vermelhos, um novo contexto de risco

⁶³² ROXIN, Claus. La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida: sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en el Derecho Penal. **InDret: revista para el análisis del derecho**. Barcelona, Enero de 2013, p. 12, tradução livre.

⁶³³ COSTA ANDRADE, Manuel da. **Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 330.

surge, já não assumido pela vítima, de modo que lesões supervenientes que essa vier a sofrer em razão de um acidente provocado pelo autor serão imputadas a este.

Por isso, não há incoerência em afirmar que “quem adentra uma zona de má fama não consente com o risco de ser assaltado”⁶³⁴ e, simultaneamente, sustentar que a vítima deva arcar com lesões oriundas de riscos conscientemente assumidos. O comportamento do assaltante está orientado à produção do resultado e não gera um perigo específico com o qual a vítima concorda, estando somente inserido em um contexto global de risco que não afasta a imputação objetiva do autor.

Cabe ressaltar que a orientação objetiva da conduta ao resultado não se confunde com o dolo, elemento subjetivo que não possui relevância nessa etapa de análise do crime. Imagine-se a situação em que A, esposa de B, mesmo após várias ameaças proferidas por este, não denuncia o marido, continua convivendo com ele e acaba sendo vítima de lesões corporais ou homicídio. Diferentemente do que sustenta Gimbernat Ordeig⁶³⁵, a imputabilidade nesse caso não guarda relação com o caráter doloso da conduta – pois o fato de o autor conhecer e querer realizar os elementos do tipo, não interfere na imputação objetiva –, mas com a atuação de B orientada a produzir um resultado com o qual não houve consentimento.

Outro exemplo interessante e, infelizmente, cotidiano na sociedade brasileira, remete aos torcedores de futebol que sofrem agressões por parte de torcedores rivais. Há quem diga que “o torcedor de futebol que assiste ao jogo no espaço reservado à torcida adversária dá azo à autocolocação em risco quando manifesta sua alegria com gol desfavorável à equipe oposta, sendo, na sequência, agredido pelos rivais”⁶³⁶. O raciocínio é complementado com a afirmação de que, diferentemente de um torcedor que vai comprar cerveja em um bar e é atacado por rivais, aquele que vai comprar cerveja com as cores de seu clube no espaço reservado à torcida oposta se autocoloca em uma situação de risco⁶³⁷. Segundo o

⁶³⁴ JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general: fundamentos y teoria de la imputación**. Madrid: 1995, p. 303, tradução livre.

⁶³⁵ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida. **Revista de Derecho Penal y Criminología**. Bogotá, 2ª Época, nº extraordinário 2, 2004, p. 88-89.

⁶³⁶ BEM, Leonardo Schmitt de. Correlação da imputação objetiva com a violência desportiva. **Revista brasileira de direito desportivo**, vol. 13, p. 95-121, jun. 2008, p. 103; BEM, Leonardo Schmitt de. **Direito penal desportivo: homicídios e lesões no âmbito da prática desportiva**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 356.

⁶³⁷ *Ibidem*, p. 103-104; *Ibidem*, p. 356.

autor, o que ofende o senso comum nessas hipóteses é o fato de não se dar a imputação objetiva mesmo na presença de dolo. O entendimento é equivocado.

Tanto o exemplo da esposa, quanto o do torcedor, constituem autocolocações em heteroperigos não consentidos, em que a imputação objetiva não guarda relação alguma com o caráter doloso das condutas praticadas pelos autores.

O motorista bêbado pode dar uma carona respeitando os limites do risco consentido pela vítima, mas torcendo para que ocorra um acidente e essa venha a falecer. Caso seu desejo se realize, a despeito de, naturalisticamente, estar configurado o homicídio doloso, normativamente os resultados não lhe serão imputados, já que não há risco proibido. Entretanto, caso avance todos os sinais vermelhos sem que a vítima o tenha autorizado, seu comportamento poderá ser qualificado como culposos e as eventuais consequências lhe serão imputadas. Verifica-se, assim, que o dolo do autor é irrelevante nesse contexto de análise.

Nos exemplos da esposa e do torcedor, as condutas dos agressores tendem a realizar o menoscabo, na medida em que se orientam objetivamente à sua concreção. Ninguém assume o risco de ser agredido dessa maneira, a não ser que o contato social assumido envolva caracteristicamente tais práticas agressivas, em caráter lícito, como em uma luta de boxe. Caso contrário, também seria necessário defender que alguém que vai a um boteco durante a madrugada assume o risco de se envolver em uma briga de bar e, caso venha a sofrer lesões, deverá assumi-las.

Por fim, o contexto desportivo. Conforme a doutrina, “ainda que o desportista realize uma conduta que se amolde ao tipo penal de lesões corporais ou homicídio, ela apenas ganhará ares de tipicidade quando o atleta tiver descartado a finalidade legítima do desporto, filiando-se à absoluta leviandade ou à indiferença para com os riscos proibidos”⁶³⁸. Quem ingressa em uma partida de futebol⁶³⁹ ou participa de

⁶³⁸ BEM, Leonardo Schmitt de. Correlação da imputação objetiva com a violência desportiva. **Revista brasileira de direito desportivo**, vo. 13, p. 95-121, jun. 2008, p. 99.

⁶³⁹ Dentre inúmeros exemplos que se poderia citar, em novembro de 2019, o jogador de futebol Son Heung-min, que atua pelo Tottenham Hotspur Football Club, da Inglaterra, acabou quebrando a perna de André Gomes, jogador do Everton Football Club, após uma disputa de bola. Segundo o que foi noticiado, “o pé de André Gomes ficou preso ao gramado, ocasionando a fratura. O português imediatamente gritou de dor e levou a mão ao tornozelo. Os atletas em volta, logo reagiram com caras de espanto e desespero, enquanto Son - que inicialmente não havia visto a lesão - também ficou chocado. O sul-coreano levou as mãos ao rosto e começou a chorar, enquanto jogadores dos dois times rezavam e mostravam-se espantados com a grave lesão - assim como os torcedores presentes na arquibancada mais próxima do campo no Goodison Park” (GLOBOESPORTE.COM. **André Gomes sofre fratura em tornozelo após carrinho de Son, que fica chocado e chora em campo**. GE, Liverpool, 03/11/2019. Disponível em: <<https://globoesporte.globo.com/futebol/futebol->

uma luta de boxe ou Ultimate Fighting Championship (UFC)⁶⁴⁰, presta seu consentimento não final para com os riscos e lesões que sofrer. A vítima, dessa forma, assume os riscos como próprios, apenas havendo imputação ao autor que ultrapassar os limites da modalidade desportiva, desrespeitando as regras do jogo.

Essas regras valerão também quando o esporte estiver sendo praticado por jogadores amadores, que possuem a liberdade, inclusive, de customizá-las. O que interessa são as regras do jogo, conhecidas e aceitas por todos os participantes quando ingressam na partida. Cada membro de um grupo de amigos que organize uma competição de luta, fixando regras diferentes de qualquer modalidade esportiva oficial, estará assumindo a responsabilidade pelas eventuais lesões que sofrer.

Contudo, quando simplesmente houver uma briga de torcida, de rua, de bar, etc., em que os participantes guem suas ações de modo objetivamente orientado ao resultado lesivo, sem respeito a qualquer limite prévia e mutuamente estabelecido, cada um será imputável pelos danos que vier a causar, uma vez que ninguém consentiu com o dano ou com o risco. Nesse caso, não se trata de integrar um empreendimento arriscado, mas envolver-se em uma concatenação de condutas típicas e mutuamente orientadas à produção do menoscabo intolerável.

3.4.6 A teoria do aumento do risco e a conduta arriscada da vítima.

Por fim, um último tópico remete à análise da realização do risco no resultado, que, eventualmente, pode guardar relação com a conduta arriscada da vítima.

Imagine-se que (i) o sujeito A conduz um veículo acima do limite de velocidade, utilizando cinto de segurança, enquanto o sujeito B, passageiro, cochila sem cinto. O automóvel colide com um animal que, inadvertidamente, invade a pista. O motorista sofre lesões corporais leves, ao passo em que o passageiro morre. Noutra exemplo, (ii) o condutor A de um veículo acima do limite de velocidade e atropela B, pedestre que atravessava a rua fora do local apropriado, matando-o. Por fim, um terceiro

internacional/futebol-ingles/noticia/andre-gomes-quebra-perna-apos-carrinho-de-son-que-fica-chocado-e-chora-em-campo.ghtml>. Acesso em: janeiro de 2020).

⁶⁴⁰ No ano de 2013, o lutador brasileiro Anderson Silva sofreu uma fratura na perna durante uma luta contra Chris Weidman (ALBUQUERQUE, Adriano; RAUPP, Ivan; RODRIGUES, Evelyn. **Anderson sofre fratura chocante em chute, e Weidman mantém o cinturão**. Globo.com, Las Vegas, 29/12/2013. Disponível em: <<http://sportv.globo.com/site/combate/noticia/2013/12/anderson-silva-sofre-fratura-exposta-em-chute-e-weidman-mantem-o-titulo.html>>. Acesso em: janeiro de 2020).

caso, em que (iii) o sujeito B, suicida, pula em frente ao automóvel que está sendo conduzido por A acima do limite de velocidade permitido, vindo a falecer.

Casos como esses costumam ser decididos com base na inexistência de culpa concorrente, imputando-se o resultado lesivo ao autor. Entretanto, o elemento característico das três situações narradas não é a concorrência de culpas, mas a incerteza quanto à relação de determinabilidade entre a conduta do autor e o resultado lesivo. Sendo certo que o comportamento conforme o direito do autor não evitaria o resultado, conclui-se que o risco por ele gerado não se realizou, não sobrevivendo imputação. Todavia, como proceder quando vítima e autor rompem o dever de cuidado e não se sabe se o resultado seria o mesmo caso a conduta do autor tivesse sido praticada em conformidade ao direito? Seria possível cindir os riscos criados por autor e vítima e perscrutar qual deles se realizou?

Roxin e Rudolphi respondem ao questionamento através da teoria do aumento do risco, segundo a qual o autor que ultrapassa o risco permitido cria um perigo que, em sua totalidade, é proibido, não sendo possível dividi-lo em uma parte permitida e outra proibida⁶⁴¹. Afirma que o legislador pode insistir no respeito à norma de cuidado mesmo nos casos em que sua observância somente aumente as chances de preservação do bem tutelado, sem garanti-la. Assim, o afastamento da imputação objetiva deve ocorrer somente quando for certa a ocorrência do resultado mesmo com uma conduta conforme o direito⁶⁴², responsabilizando-se o autor sempre que sua conduta alternativa conforme o direito fosse aumentar as chances de salvação da vítima, ainda que não se tenha certeza de que evitaria o resultado⁶⁴³.

Deve-se, primeiramente, determinar se uma conduta conforme o dever de cuidado teria gerado um risco permitido de produção do resultado. Sendo a resposta afirmativa, verificar-se-á se a conduta praticada pelo autor foi contrária ao dever e gerou risco proibido – nessa etapa, Rudolphi sustenta a incidência do princípio do *in dubio pro reo*, ou seja, havendo dúvida, não será possível afirmar que o risco gerado ultrapassou a medida permitida. Por fim, apura-se se o risco proibido criado pela conduta adversa ao dever de cuidado tornou a produção do resultado mais

⁶⁴¹ RUDOLPHI, Hans-Joachim. **Causalidad e imputación objetiva**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 45-46.

⁶⁴² *Ibidem*, p. 45.

⁶⁴³ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 338-349.

provável⁶⁴⁴. Aqui, não há que se falar em dúvida sobre se o risco não permitido se realizou no resultado, devendo este ser imputado sempre que se constatar que o autor criou um risco não permitido, elevando a probabilidade do resultado lesivo⁶⁴⁵.

Parcela relevante da doutrina, entretanto, não acolhe a teoria exposta.

A crítica fundamental provém daqueles que afirmam que o postulado da indivisibilidade do risco é incorreto e contraditório, pois não se pode afastar a imputação objetiva quando houver certeza de que o risco proibido não se realizou, e, simultaneamente, negar separação do risco em partes permitidas e proibidas⁶⁴⁶.

Nesse sentido, Jakobs fundamenta que, mesmo nas hipóteses em que o autor tenha agido de maneira extremamente arriscada e seja pouco provável que outro risco tenha dado origem ao resultado, deverá incidir o princípio do *in dubio pro reo* caso o nexo entre a conduta e a lesão não esteja comprovada indubitavelmente⁶⁴⁷.

Em todos os exemplos anteriores, a conduta de A se deu em desconformidade ao risco permitido, aumentando a chance de realização do resultado. Ademais, não é certo que B morreria mesmo que o limite de velocidade tivesse sido respeitado.

No caso (i), veja-se existem duas fontes de risco proibido, uma alterreferente (condução do veículo acima do limite de velocidade) e outra autorreferente (não uso do cinto de segurança). Da perspectiva do motorista, há uma autocolocação em autoperigo. Da perspectiva de B, há, simultânea e respectivamente, uma autocolocação em um heteroperigo não consentido e uma autocolocação em um autoperigo. Considerando que A sofreu meras lesões corporais e B veio a falecer, parece estranho que o resultado morte seja imputado a A pelo aumento do risco. Ainda que não se tenha certeza de que o resultado seria o mesmo caso o limite de velocidade fosse respeitado, tudo indica que a morte se deu pelo não uso do cinto de segurança, na medida em que o risco da alta velocidade recaía sobre ambos, mas somente o passageiro, que estava sem cinto, que veio a falecer.

⁶⁴⁴ RUDOLPHI, Hans-Joachim. **Causalidad e imputación objetiva**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 46-48.

⁶⁴⁵ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. **Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva**. Barueri: Manole, 2003, p. 38.

⁶⁴⁶ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. **Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva**. Barueri: Manole, 2003, p. 43; JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 93.

⁶⁴⁷ JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 93.

Os casos (ii) e (iii), por sua vez, não apresentam parâmetro comparativo de avaliação do risco. Aqui, a alta velocidade cria riscos distintos para o motorista e o pedestre, o que não ocorria no caso (i), em que ambos estavam dentro do veículo. Dever-se-á observar, assim, o lastro probatório, efetuando-se perícias no intuito de verificar se uma colisão na velocidade máxima permitida continuaria culminando na morte de B. Se a resposta for positiva, o risco proibido da alta velocidade foi irrelevante; se a resposta for negativa, o risco da alta velocidade foi determinante e o resultado deverá ser imputado a A; e se a resposta for inconclusiva, resta aplicar a teoria do aumento do risco ou absolver o réu pelo princípio do *in dubio pro reo*.

Nesta pesquisa, admite-se que não se sabe qual das propostas é a mais adequada, apesar da alta desconfiança quanto à imputação pelo mero aumento do risco. As críticas formuladas por Jakobs são razoáveis e, dessa forma, a tendência parece ser recorrer à absolvição do autor caso haja dúvida quanto à realização do risco proibido por ele criado. Mas o debate está aberto e sujeito a reformulações.

4 EXCURSO: PERDA DE IDENTIDADE E INDIVÍDUOS NARCISISTAS.

As discussões feitas até agora são predominantemente dogmáticas e, apesar de tecnicamente chamativas, adquirem um maior brilho quando se questionam os motivos que levam o indivíduo a praticar esportes extremos, fazer cirurgias estéticas e de modificação corporal, relizar automutilações ou mesmo se autocolocar em situações de risco acentuado, nas quais se imagina que um ser humano médio não se poria. Assim, o presente excurso traz meditações singelas acerca das condições sociais, psicológicas e tecnológicas que envolvem o desempenho do indivíduo nas sociedades contemporâneas e do papel da tutela penal nesse contexto.

O uso do conceito de *indivíduo* para se referir a seres humanos não encontra correspondente na antiguidade clássica⁶⁴⁸, uma vez que, à época, os agrupamentos eram mais valorizados do que as singularidades humanas, o que dificulta uma

⁶⁴⁸ “[...] não havia nenhum equivalente do conceito de ‘indivíduo’ nas línguas antigas” (ELIAS, Norbert. **A Sociedade dos Indivíduos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994, p. 131).

análise etimológica. Supõe-se, entretanto, que o termo *individuum* tenha sido cunhado por Cícero (106-43 A.C), quando da tradução⁶⁴⁹ para o latim do termo equivalente *átomon* (indivisível) do grego⁶⁵⁰. Veja-se que a palavra *átomon* se refere às singularidades em geral, unas e indivisíveis, ou seja, à “individualidade (o átomo é o individual, indivisível, a determinação da subjetividade)”⁶⁵¹. À época não remetia a humanos, mas a unidades ontológicas, parcelas indivisíveis do ser.

No ocidente, foi o cristianismo – principalmente o protestantismo, que conciliou religiosidade e mercado⁶⁵² – que alçou o indivíduo, dotado de uma alma única, ao centro da vida moral, tornando-o juiz soberano de seu próprio comportamento, sem ter contas a prestar senão a Deus⁶⁵³, dando início ao declínio da autoridade do pai biológico humano, em prol do padre e do Deus Pai⁶⁵⁴. Mas somente na modernidade é que o vocábulo *indivíduo* adquiriu os ares hodiernos, “de que todo ser humano do mundo é ou deve ser uma entidade autônoma e, ao mesmo tempo, [...] diferente de todos os demais”⁶⁵⁵, enquanto singularidade humana insubstituível. Sua importância era tamanha que Benjamin Constant (1767-1830) classificava a independência individual como a primeira das necessidades modernas⁶⁵⁶.

Para possibilitar que a crença nas potencialidades do indivíduo independente se concretizasse, o individualismo precisou libertá-lo das restrições impostas pelos costumes e autoridades. Por um lado, “o enfraquecimento das relações primárias de pertença à família, à escola, à vizinhança, ou ao grupo de amigos, é libertador para o indivíduo”⁶⁵⁷. A contrapartida negativa, contudo, vem à tona com ares de solidão – ocasionada pelo rompimento dos laços sociais e perda da sensação de

⁶⁴⁹“Indivíduo’ é a tradução de ‘átomo’, ainda que assim apenas nos representemos, nisto, imediatamente um singular concreto” (SOUZA, José Cavalcante de. (Org.). **Os Pré-Socráticos: fragmentos, doxografia e comentários**. São Paulo: Editora Nova Cultura Ltda., 1996, p. 275).

⁶⁵⁰ ULLMANN, Reinhold Aloysio. Indivíduo. **Teocomunicação**, v. 39, n. 2, mai/ago., 2009, p. 206.

⁶⁵¹ SOUZA, José Cavalcante de. (Org.). **Os Pré-Socráticos: fragmentos, doxografia e comentários**. São Paulo: Editora Nova Cultura Ltda., 1996, p.274.

⁶⁵² LE BRETON, David. **Antropologia do corpo e modernidade**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 69.

⁶⁵³ DURKHEIM, Émile. **O individualismo e os intelectuais**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2017, p. 57; RUSSELL, Bertrand. **Casamento e moral**. São Paulo: Editora Unesp, 2015, p. 135-136.

⁶⁵⁴ RUSSELL, Bertrand. **Casamento e moral**. São Paulo: Editora Unesp, 2015, p. 137.

⁶⁵⁵ ELIAS, Norbert. **A Sociedade dos Indivíduos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994, p. 130.

⁶⁵⁶ CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. **Revista Filosofia Política**, nº. 2, 1985, p. 04.

⁶⁵⁷ TOURAINE, Alian. **Pensar outramente: o discurso interpretativo dominante**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 129. Na mesma linha, Patrick Deneen ressalta que “o relaxamento dos laços sociais em quase todos os aspectos da vida – familiar, de vizinhança, comunitário, religioso e até nacional – reflecte a lógica crescente do liberalismo” (DENEEN, Patrick J. **Porque está a falhar o liberalismo?** Lisboa: Gradiva Publicações S.A., 2018, p. 42).

pertencimento – e homogeneização cultural – uma vez as relações locais das quais os indivíduos foram libertos eram também constitutivas de suas individualidades⁶⁵⁸.

O rompimento de laços sociais: solidão e enfraquecimento das autoridades.

A perda de referenciais de sentido e valores amplia a margem de independência individual, mas traz consigo o medo ou o sentimento de vazio⁶⁵⁹. Ausência de limites não equivale à liberdade, pois “um indivíduo sem vínculos emocionais com pessoas ou lugares está afastado, não livre”⁶⁶⁰. Libertar-se de certos vínculos equivale a um livramento puro e simples, não à liberdade para formar novas relações. Portanto, em um sentido negativo acentuado, tornar-se livre para com os outros é se livrar, igualmente, de vínculos identitários⁶⁶¹.

O rompimento de laços encontra-se diretamente relacionado com o questionamento e a profanação de tradições e autoridades socialmente instituídas. O mundo passa a ser menos a herança incontestável da palavra dos mais velhos ou dos usos tradicionais do que um conjunto à disposição da soberania pessoal mediante o respeito de regras mínimas de convivência⁶⁶². O colapso da estrutura social, assim, manifesta-se na desintegração da vida familiar, na falta de respeito pela autoridade e no colapso dos princípios morais, fatores que levariam o indivíduo a criar uma imagem que lhe forneça alguma identidade⁶⁶³.

Globalização: afastamento da concretude e tendência à homogeneização.

O liberalismo moderno foi acompanhado de fortes ímpetos mercantis. O comércio inspira um forte apelo à independência individual, atuante em um livre mercado que atenderia às necessidades e desejos de cada um de seus membros,

⁶⁵⁸ DENEEN, Patrick J. **Porque está a falhar o liberalismo?** Lisboa: Gradiva Publicações S.A., 2018, p. 32.

⁶⁵⁹ LE BRETON, David. **A sociologia do corpo**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 88.

⁶⁶⁰ LOWEN, Alexander. **Narcisismo: a negação do verdadeiro self**. São Paulo: Summus, 2017, p. 181.

⁶⁶¹ LE BRETON, David. Individualização do corpo e tecnologias contemporâneas. In: COUTO, Edvaldo Souza; GOELLNER, Silvana Vilodre (Orgs.). **O triunfo do corpo: polêmicas contemporâneas**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 16.

⁶⁶² LE BRETON, David. **Adeus ao corpo: antropologia e sociedade**. Campinas, SP: Ed. Papirus, 2013, p. 31.

⁶⁶³ LOWEN, Alexander. **Narcisismo: a negação do verdadeiro self**. São Paulo: Summus, 2017, p. 181.

prescindindo-se da intervenção de uma autoridade central⁶⁶⁴. Para o desenvolvimento mercantil, era necessário cultivar a tolerância e evitar conflitos ao máximo, expandindo rotas e convivendo com diferentes culturas.

Inicia-se, assim, a globalização, intimamente relacionada à difusão de informação e ao “*fato de as consequências da transferência de informação serem cada vez mais desligadas e independentes de lugares físicos específicos*”⁶⁶⁵. Primeiramente, o dualismo cartesiano dissocia mente e corpo, atribuindo àquela o valor universal da humanidade e a este um caráter mecânico e instrumental; e, em segundo lugar, o expansionismo que principia a construção do cidadão do mundo.

Sociedades se tornam mais densas e se estendem por territórios mais vastos. Tradições têm de ser plásticas e maleáveis, para que não ofereçam tanta resistência às variações individuais e permitam a adaptação à diversidade e à mobilidade⁶⁶⁶. Homogeneizam-se as culturas, o que facilita a circulação de bens e serviços.

Experiências totalitárias e o fracasso do projeto político moderno.

Conforme apontado no item 1.3, individualismo e estatismo avançaram juntos. O exercício das liberdades individuais no mercado depende de instituições e garantias jurídicas⁶⁶⁷, bem como a sensação de pertencimento e a formação da identidade comunal do indivíduo, após a dissolução de seus laços sociais, passa a encontrar guarida somente no Estado. Não por acaso, a formação dos totalitarismos do século XX pode ser lida como uma reação à solidão dos cidadãos, ávidos para preencher o vazio deixado pelo enfraquecimento das comunidades e associações locais, através da identificação plena com o Estado⁶⁶⁸. O projeto político moderno, destarte, atinge seu ápice durante o século XX, através dos regimes totalitários⁶⁶⁹.

⁶⁶⁴ CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. **Revista Filosofia Política**, nº. 2, 1985, p. 03.

⁶⁶⁵ GUMBRECHT, Hans Ulrich. **Nosso amplo presente: o tempo e a cultura contemporânea**. São Paulo: Editora Unesp, 2015, p. 35, itálico original.

⁶⁶⁶ DURKHEIM, Émile. **O individualismo e os intelectuais**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2017, p. 55.

⁶⁶⁷ REIS, José. Estado e mercado: uma perspectiva institucionalista e relacional. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, 95/2011, 18-24; SATZ, Debra. **Por qué algunas cosas no deberían estar em venta: los limites morales del mercado**. Buenos Aires: Siglo Veintuno Editores, 2015, p. 32.

⁶⁶⁸ DENEEN, Patrick J. **Porque está a falhar o liberalismo?** Lisboa: Gradiva Publicações S.A., 2018, p. 66-67.

⁶⁶⁹ No mesmo sentido, Bauman sustenta que a história da modernidade e, particularmente, do século XX, pode ser resumida pelo sonho da limpeza, pureza, claridade e transparência da perfeição moral. “Pela sua natureza extrema, seu radicalismo desinibido e incontrolado, sua decisão de remover todos

A paternidade biológica sofre mais um golpe, mas, dessa vez, não proveniente da cristandade, que também é vítima do florescer de um novo agente paternal. Após a perda de poder da Igreja e o arrefecer da paternidade deística, principalmente na segunda metade do século XIX, inicia-se um novo declínio da paternidade como uma instituição social e a transferência dos deveres do pai para o Estado⁶⁷⁰.

O esgotamento das vertentes de direita e esquerda⁶⁷¹, entretanto, sobrevém como consequência da insustentabilidade das políticas ideológicas, fadadas ao fracasso, pois amparadas em falsos pressupostos sobre a natureza humana que, quando vêm à tona, aumentam o fosso entre o que é dito e a experiência vivida, fazendo com o regime que perca, invariavelmente, sua legitimidade⁶⁷².

Há quem diga, ainda, que o chamado *fim das ideologias* foi mera consequência do desfazimento das filiações que as criavam⁶⁷³. Ou seja, a mesma quebra de vínculos que isolou indivíduos e os levou a buscar sua identidade no nacionalismo representado pelo Estado total, teria inviabilizado e culminado na erosão desses grandes projetos de redenção, que não encontravam mais coesão e sustento.

A individualidade no pós-guerra: falta de presença e busca pela identidade pessoal.

A falta de referenciais tangíveis, provocada pela quase total dissociação entre o virtual e o real e pelo fracasso dos projetos polícitos modernos, gera um *desejo-de-presença*, manifesto no apelo à corporiedade⁶⁷⁴ – que se faz sentir nas práticas desportivas, cirurgias plásticas, distúrbios alimentares e autoagressões – e na regionalização da política – efeito da busca pela sensação de pertencimento⁶⁷⁵.

os obstáculos, os campos de concentração, Gulag, Auschwitz e Kolyma – e, tomados em conjunto, os episódios nazista e comunista da história moderna com que estão associados – são vistos, embora de maneira equivocada, como rebeliões contra os preceitos essenciais da ‘civilização moderna’, e não como fenômenos condizentes com ela. Em lugar disso, eles levaram às últimas consequências a lógica da paixão moderna pela construção da ordem” (BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância líquida: diálogos com David Lyon**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 81-82).

⁶⁷⁰ RUSSELL, Bertrand. **Casamento e moral**. São Paulo: Editora Unesp, 2015, p. 69.

⁶⁷¹ TOURAINE, Alain. **Pensar outramente: o discurso interpretativo dominante**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 68-69.

⁶⁷² DENEEN, Patrick J. **Porque está a falhar o liberalismo?** Lisboa: Gradiva Publicações S.A., 2018, p. 22-23.

⁶⁷³ SERRES, Michel. **Polegarzinha: uma nova forma de viver em harmonia, de pensar as instituições, de ser e de saber**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013, p. 23.

⁶⁷⁴ LE BRETON, David. **Antropologia do corpo e modernidade**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 249; LE BRETON, David. **A sociologia do corpo**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 86.

⁶⁷⁵ GUMBRECHT, Hans Ulrich. **Nosso amplo presente: o tempo e a cultura contemporânea**. São Paulo: Editora Unesp, 2015, p. 48-58, 136-137.

Os anos 60 e 70, particularmente, concentram elementos relevantes da guinada do imaginário social para as tecnologias do corpo e o culto à jovialidade. Em maio de 1968, a juventude francesa se insurge contra os valores tradicionais e reclama um novo conjunto de práticas, principalmente no âmbito da liberdade individual, do bem-viver e da estética jovem. O mundo desencantado aspira a novas espiritualidades, reivindicando o corpo como matéria terapêutica, através da ioga, xamanismo, zen, terapia primal, dinâmica de grupo, acupuntura, massagens, artes marciais e todas as demais técnicas hoje englobadas pela moda *mindfulness*⁶⁷⁶.

O *jovem* se impõe como valor, convertendo a aparência *teen* em sinônimo de boa forma e renegando a velhice – acompanhada de seus tradicionalismos ultrapassados – ao ostracismo⁶⁷⁷. Ao longo dos anos 70, o movimento *punk* manteve viva essa revolta contra as convenções sociais, valendo-se do corpo queimado, mutilado, tatuado e impropriamente trajado como o palco da insurgência⁶⁷⁸. Essa pululância contracultural, no entanto, veio a esmorecer. O mercado passou a atender os apelos individualistas e a esfera privada surgiu como a única vitoriosa.

O sentido histórico restou abandonado, junto de seus valores e instituições sociais⁶⁷⁹. O indivíduo estava mais livre do que nunca, mas também mais inseguro. Quando tudo é instável e passageiro, o reconhecimento de si passa a ser um problema e a única coisa à qual recorrer é o próprio corpo, convertido em um alter ego a ser moldado e personalizado; uma superfície de projeção na qual se tenta compilar o que resta de identidade pessoal. A própria vacilação dos valores impressos no corpo, entretanto, dificulta a formação da identidade de indivíduos que recusam o perene e usam o corpo de instrumento para a criação de personagens⁶⁸⁰.

O *body building*, por exemplo, apresenta-se como a busca da força muscular em si, inútil em sua função – a musculatura robusta reduz a espontaneidade, a

⁶⁷⁶ LE BRETON, David. **Antropologia do corpo e modernidade**. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 135-137, 250; LIPOVETSKY, Giles. **A era do vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo**. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 35.

⁶⁷⁷ SIBILIA, Paula. Imagens de corpos velhos: a moral da pele lisa nos meios gráficos e audiovisuais. In: COUTO, Edvaldo Souza; GOELLNER, Silvana Vilodre (Orgs.). **O triunfo do corpo: polêmicas contemporâneas**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 157-158.

⁶⁷⁸ LE BRETON, David. **Adeus ao corpo: antropologia e sociedade**. Campinas, SP: Papirus, 2013, p. 34-35.

⁶⁷⁹ LIPOVETSKY, Giles. **A era do vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo**. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 33.

⁶⁸⁰ LE BRETON, David. **Antropologia do corpo e modernidade**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 273-275; LE BRETON, David. Individualização do corpo e tecnologias contemporâneas. In: COUTO, Edvaldo Souza; GOELLNER, Silvana Vilodre (Orgs.). **O triunfo do corpo: polêmicas contemporâneas**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 20-23.

vivacidade e restringe a respiração, além ser dispensável em uma sociedade onde as atividades que exigem força física tendem a ser substituídas pelas máquinas –, mas que tenta cumprir com seu papel simbólico de formação da identidade⁶⁸¹, constituindo um autêntico *haltere-ego*, conforme a irônica definição de Le Breton⁶⁸².

Mas outras tantas são as formas de intervenção. Psicotrópicos controlam o humor, cirurgias estéticas modificam as formas corporais ou o sexo, hormônios e dietas aumentam a massa muscular, regimes alimentares mantêm a silhueta, *piercings* e as tatuagens ressaltam sinais de identidade sobre a pele ou dentro dela⁶⁸³, em uma eterna e insolúvel busca por vestígios do significado de si.

O efeito obtido por meio desse processo se distancia do sentimento de presença e da recuperação de sensações almejada. Pelo contrário, formaram-se personalidades narcisistas, que investem exageradamente em suas imagens, à custa de si, preocupando-se mais com o modo como se apresentam do que com o que sentem e quem são⁶⁸⁴. O padrão de personalidade traçado por Norbert Elias, na década de 80, envolvendo alto grau de individualização, ampla e constante contenção de impulsos instintivos e emocionais fortes e tendência ao isolamento⁶⁸⁵, parece guiar os rumos do desenvolvimento individual até os dias de hoje.

Individualidades narcisistas: o cultivo do ego e o esquecimento de si.

O narcisismo surge da falta de grandes sistemas de sentidos e do hiperinvestimento no Eu, sendo uma forma inédita de apatia feita de sensibilização epidérmica ao mundo e, ao mesmo tempo, indiferença profunda em relação a ele⁶⁸⁶. A falta ou negação de sentimentos é típica dos indivíduos narcisistas e constitui um efeito da dissociação entre o ego e o si mesmo, este composto pela integridade psico-física do sujeito e aquele pela autoconsciência ou consciência de si. Tal como

⁶⁸¹ LE BRETON, David. **Adeus ao corpo: antropologia e sociedade**. Campinas, SP: Papirus, 2013, p. 43; LOWEN, Alexander. **Narcisismo: a negação do verdadeiro self**. São Paulo: Summus, 2017, p. 38, 181.

⁶⁸² LE BRETON, David. **Antropologia do corpo e modernidade**. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 246.

⁶⁸³ LE BRETON, David. **Adeus ao corpo: antropologia e sociedade**. Campinas, SP: Ed. Papirus, 2013, p. 28-29.

⁶⁸⁴ LOWEN, Alexander. **Narcisismo: a negação do verdadeiro self**. São Paulo: Summus, 2017, p. 07, 158.

⁶⁸⁵ ELIAS, Norbert. **A solidão dos moribundos, seguido de, Envelhecer e morrer**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 67.

⁶⁸⁶ LIPOVETSKY, Giles. **A era do vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo**. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 34.

entre o indivíduo e seu reflexo no espelho, existe uma diferença entre o si mesmo e a imagem de si, sendo a personalidade narcisista definida por uma imagem grandiosa de si mesma (ego), descompassada e discrepante de seu eu real (si)⁶⁸⁷. O grau com que a pessoa se identifica consigo e com seus sentimentos é inversamente proporcional ao seu grau de narcisismo⁶⁸⁸.

Narcisistas não são apaixonados por si mesmos, mas por suas imagens. Essas, por sua vez, não são meras reproduções, mas modelos, dignos de fascínio e imitação⁶⁸⁹, razão pela qual as fotos publicadas nas redes precisam de ajustes e filtros que construam a realidade ideal desejada⁶⁹⁰. Ao buscarem se converter em imagens egóicas, retiram a libido dos objetos do mundo e dirigem-na ao ego⁶⁹¹, afastando-se de seus sentimentos e tornando-se incapaz de responder emocionalmente às situações. Consomem analgésicos e calmantes e se lançam à procura de algo que provoque insensibilidade, inconsciência, abulia e apatia⁶⁹².

A educação permissiva e a socialização crescente da função dos pais, através de conselheiros, *coachs* e gurus de todo gênero, contribuem para dismantelar de vez a figura paterna familiar, que já era enfraquecida, colocando em seu lugar a autoexploração orientada a lograr imperativos de sucesso produtivo e felicidade⁶⁹³. Contudo, na falta de proibições que contraponham um espaço de restrição à sua esfera de liberdade, o indivíduo não passa por uma etapa essencial da formação de seu caráter, a repressão de pulsões contrárias ao superego. Originam-se sujeitos amorfos e ignorantes às externalidades que possam lhes cercear. Sem um contraponto fronteiro, não formam identidades seguras e não conseguem lidar de forma adequada com a ampla liberdade que possuem, recorrendo às redes sociais, em que os egos são ovacionados e expostos ao modo de mercadorias⁶⁹⁴.

⁶⁸⁷ LOWEN, Alexander. **Narcisismo: a negação do verdadeiro self**. São Paulo: Summus, 2017, p. 14-16, 22, 34.

⁶⁸⁸ *Ibidem*, p. 21.

⁶⁸⁹ *Ibidem*, p. 191.

⁶⁹⁰ HAN, Byung-Chul. **No enxame: perspectivas do digital**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2018, p. 55.

⁶⁹¹ LOWEN, Alexander. **Narcisismo: a negação do verdadeiro self**. São Paulo: Summus, 2017, p. 31, 37.

⁶⁹² PESSINI, Leo. **Eutanásia: por que abreviar a vida?** São Paulo: Editora Lyola, 2004, p. 69.

⁶⁹³ LIPOVETSKY, Giles. **A era do vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo**. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 53.

⁶⁹⁴ HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017, p. 85-93; LOWEN, Alexander. **Narcisismo: a negação do verdadeiro self**. São Paulo: Summus, 2017, p. 18. Noutro sentido, autores afirmam que o compartilhamento da vida privada em redes sociais não é algo tão inovador, nem mesmo diretamente relacionado a um maior nível de narcisismo. Fundamenta-se que “muito antes dos telefones celulares ou mesmo da fotografia, diários eram mantidos como uma maneira de entender a si mesmo e o mundo em que se vivia. Nos séculos 18 e 19, à medida que

O sorriso se converte em uma máscara permanente⁶⁹⁵, por trás da qual o indivíduo carece de sensações e de algo/alguém sobre o qual possa descarregar a excitação resultante dessa superestimulação através da qual busca compensar a virtualização de si⁶⁹⁶. Incapaz de formar sua própria identidade, jamais alcança repouso e gratificação, vivendo constantemente frustrado, carente e culpado.

O parâmetro da juventude: escondendo o corpo, o velho e a morte.

Na esteira do narcisismo e das revoltas da juventude que se impôs como parâmetro de avaliação da boa vida, o mercado buscou, a partir da década 80, dotar a velhice de um caráter mais ativo e hedonista, inserindo os idosos no mercado de consumo, pois, afinal, acumularam bens durante a vida e têm tempo para usufruir desses recursos⁶⁹⁷. Porém, a pressa das deslocações, do consumismo e da

diários seculares se tornavam mais populares, habitantes de classe média da Nova Inglaterra, em especial mulheres brancas, escreviam sobre seus cotidianos e o mundo à sua volta. Esses diários não eram um local em que despejavam seus pensamentos e desejos mais profundos, mas um lugar para deixar crônicas do mundo social à sua volta – o que está acontecendo na casa, o que foi feito hoje, quem veio visitar, quem nasceu ou quem morreu. [...]. Esses diários da Nova Inglaterra, por outro lado, eram frequentemente compartilhados. Jovens mulheres casadas costumavam mandar seus diários para os pais como maneira de manter as relações familiares. Quando a família ou amigos vinham visitar, não era incomum que todos sentassem e percorressem juntos o diário de alguém. No fim do século 19, pais vitorianos frequentemente liam em voz alta os diários de seus filhos no fim do dia. [...] há muito tempo usamos mídias como maneira de criar rastros de nossas vidas. Fazemos isso para entendermos a nós mesmos, para ver tendências em nosso comportamento que não enxergamos durante a vivência de experiências. Criamos rastros como parte de nosso trabalho de identidade e como parte de nosso trabalho de memória. Compartilhar eventos mundanos e diários pode reforçar conexão social e intimidade” (HUMPHREYS, Lee. **A vontade de compartilhar nossas vidas não é nova nem narcisista**. Nexo, 20/10/2018. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/externo/2018/10/20/A-vontade-de-compartilhar-nossas-vidas-n%C3%A3o-%C3%A9-nova-nem-narcisista>>. Acesso em: janeiro de 2020).

⁶⁹⁵ A imagem ideal não reveste somente o rosto, mas também o corpo. Empresas já começaram a investir no comércio de roupas virtuais, no intuito de ampliar o mercado de consumidores, potencializar os lucros e, se possível, mitigar os danos ambientais oriundos de um estilo de vida em que objetos, pessoas e identidades são altamente descartáveis. A indústria busca explicar a ideia recorrendo às *skins* vendidas em jogos virtuais, para customizar a personagem/avatar utilizada pelo jogador. A bizarrice está na normalidade com que personagens de jogos e seres humanos são equiparados. Mais um contributo à avatarização de indivíduos, tornados imagens customizáveis a partir de autênticas peles (*skins*) removíveis que lhes cobrem e escondem o que são. (Sobre roupas virtuais, consultar: LIMA, Juliana Domingos de. **Por que marcas estão investindo em roupas virtuais**. Nexo, 21/01/2020. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2020/01/21/Por-que-marcas-est%C3%A3o-investindo-em-roupas-virtuais>>. Acesso em: janeiro de 2020).

⁶⁹⁶ LOWEN, Alexander. **Narcisismo: a negação do verdadeiro self**. São Paulo: Summus, 2017, p. 154-156.

⁶⁹⁷ MORAES, Andrea. O corpo no tempo: velhos e envelhecimento. In: AMANTINO, Márcia; DEL PRIORE, Mary (Orgs.). **História do corpo no Brasil**. São Paulo: Editora Unesp, 2011, p. 432-435.

tecnologia faz com que, de maneira geral, o idoso seja visto como um peso sobre o qual não vale a pena investir recursos, humanos ou económicos⁶⁹⁸.

A tendência geral da sociedade contemporânea acaba sendo rejeitar a velhice, na medida em que ela expõe tudo aquilo com o que os indivíduos em geral não querem conviver: o ultrapassado, conservador, arcaico e contrário à jovialidade; a finitude humana⁶⁹⁹ em um mundo desprovido de sentido; e a corporeidade que define e não pode mais ser escondida através de ritos sociais e imagéticos⁷⁰⁰.

No decorrer do processo civilizatório, as características e atividades humanas mais animais, incluindo a morte, foram excluídas da praça pública, associadas a sentimentos de vergonha ou repugnância e exiladas aos bastidores da vida comunal⁷⁰¹. Hoje, esconde-se o sofrimento e a morte no intuito de salvaguardar a imagem de juventude, felicidade e bem-estar que a sociedade defende⁷⁰². Apesar de alegar que o afirma, a publicidade higieniza o corpo, apagando “imperfeições” e dissociando-o da realidade. Impõe-se um modelo de vitalidade, sedução e saúde, através de um corpo limpo, liso e esportivo, não do corpo da vida cotidiana⁷⁰³.

A doença de uma pessoa próxima remete à sua própria morte⁷⁰⁴, rememorando que todos são mortais. Diante desta agonia, muitas famílias recorrem à eutanásia, nos países em que se permite, pondo fim não só aos sofrimentos do doente, mas também aos seus, pois não querem confrontar-se com as suas angústias e os seus medos existenciais⁷⁰⁵. Há quem defenda que até mesmo os profissionais da área da saúde têm dificuldades de lidar com o sofrimento alheio, razão pela qual os pacientes terminais vivem isolados e supermedicados através de máquinas⁷⁰⁶.

Por fim, o velho pode ser já não ter mais motivo para se esconder atrás de uma imagem, tampouco daquela que a sociedade busca lhe atribuir, de um ser incapaz, decrépito e decadente. Assim como a criança, diz o que pensa, sem receio de

⁶⁹⁸ MAFFEI, Lamberto. **Elogio da lentidão**. Lisboa: Edições 70, 2014, p. 43.

⁶⁹⁹ ISRAËL, Lucien. **Contra a eutanásia**. Lisboa: Editora Multinova, 2016, p. 61.

⁷⁰⁰ LE BRETON, David. **A sociologia do corpo**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 49-51, 73-76.

⁷⁰¹ ELIAS, Norbert. **A solidão dos moribundos, seguido de, Envelhecer e morrer**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 18-19; ELIAS, Norbert. **O Processo Civilizador**. Rio de Janeiro: Zahar, 2v.,1993, p. 193-194.

⁷⁰² LE BRETON, David. **Antropologia do corpo e modernidade**. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 212-218, 223-230; LE BRETON, David. **A sociologia do corpo**. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 77-78, 84-87; PESSINI, Leo. **Eutanásia: por que abreviar a vida?** São Paulo: Editora Lyola, 2004, p. 68.

⁷⁰³ LE BRETON, David. **Antropologia do corpo e modernidade**. Petrópolis: Vozes, 2012, p.208-209.

⁷⁰⁴ ELIAS, Norbert. **A solidão dos moribundos, seguido de, Envelhecer e morrer**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 16-17.

⁷⁰⁵ ISRAËL, Lucien. **Contra a eutanásia**. Lisboa: Editora Multinova, 2016, p. 86-87.

⁷⁰⁶ PESSINI, Leo. **Eutanásia: por que abreviar a vida?** São Paulo: Editora Lyola, 2004, p. 77.

desagradar, afinal, sabe que pode não ter outras oportunidades de fazê-lo⁷⁰⁷. Através dessas atitudes, pode desarmar os egos jovens que o circundam, e que de tanto lidarem com imagens e projeções, já não mais sabem reagir à sinceridade, senão afastando-se e procurando uma fuga para sensação de embaraço.

Transparência total: hipercomunicação e superestimulação através das redes.

O ego narcisista encontra a melhor plataforma de exposição de sua imagem cuidadosamente filtrada nas redes sociais. Se a noção cartesiana de separação entre mente e corpo foi uma condição para o avanço da globalização, hoje a fórmula clássica “*penso, logo existo*” é convertida em “*produzo, faço circular e recebo informação, logo existo*”⁷⁰⁸, sendo a principal dessas informações a imagem de si, ou seja, o próprio ego. Nesse aspecto, “a hipercomunicação baseada na eletrônica traz à sua insuperável realização o processo de modernidade, como processo em que o sujeito humano enquanto pura consciência se emancipou e triunfou sobre o corpo humano e outros tipos de resistência”⁷⁰⁹.

O excesso de informação, para além de superestimular o indivíduo narcisista que não possui objeto sobre o qual possa descarregar a excitação, fragmenta sua atenção⁷¹⁰ e facilita o cansaço cognitivo tratado no item 2.4.2, podendo contribuir para atitudes inconsequentes. Incapaz de se aprofundar no que é raso ou de se concentrar no que é disperso e envolto por distrações, o pensamento complexo definha, o que impossibilita todo o comportamento que demande amplitude temporal ou uma visibilidade ampla, como assunções de compromissos e promessas. Trata-se da Síndrome da Fadiga da Informação (SFI), caracterizada pelo estupor crescente das capacidades analíticas que constitui o pensamento⁷¹¹.

Diferentemente do que supunha Bobbio – para quem, nas relações privadas, “o segredo é a regra, contra a invasão do público no privado, e a publicidade é a exceção”⁷¹² –, a vida privada é dioturnamente exposta nas redes, podendo-se questionar se a ideia de privacidade ainda tem algum sentido. O segredo é

⁷⁰⁷ TORRALBA, Francesc. **Quanta transparência podemos digerir? : um olhar honesto sobre si mesmo, os outros e o mundo**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2018, p. 145.

⁷⁰⁸ GUMBRECHT, Hans Ulrich. **Nosso amplo presente: o tempo e a cultura contemporânea**. São Paulo: Editora Unesp, 2015, p. 43.

⁷⁰⁹ *Ibidem*, p. 127.

⁷¹⁰ HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017, p. 31-37.

⁷¹¹ HAN, Byung-Chul. **No enxame: perspectivas do digital**. Petrópolis: Vozes, 2018, p. 45, 104-107.

⁷¹² BOBBIO, Norberto. **Democracia e segredo**. São Paulo: Editora Unesp, 2015, p. 74.

fundamental à vida em sociedade, uma vez que “quando tudo é exibido, o jogo acabou e a sedução e a vida humana se convertem em uma vitrine sem interesse nem mistério”⁷¹³. Entretanto, segredo e alteridade representam entraves à circulação de informação, e se mais informação e mais comunicação significam mais produtividade, então os impecílios da opacidade devem ser desmantelados⁷¹⁴.

Sem o segredo, curiosidade e excitação não são despertadas. O ego que esconde o si não atua como um véu que oculta o objeto de desejo e atíça a imaginação daquele que deseja descobri-lo. Pelo contrário, esconde até mesmo de si o que não quer que seja visto e quando a imagem construída desmorona, vem à tona o constrangimento. Enveredar pelo íntimo de si ou de outrem exige tempo e paciência, figuras fora de moda em um contexto no qual a medida temporal se reduziu a um *click*⁷¹⁵. A transparência harmoniza com a necessidade de um Eu volátil, sem estereótipos e resistências, que assimile e consuma diversos modelos de comportamento e vivência⁷¹⁶. Resta saber se ainda existe alguma curiosidade e excitação alterdirigida que motive os cidadãos de um mundo hialino.

A liberdade negativa, ao fim e ao cabo, culminou não somente na transformação do cidadão em consumidor – que se contenta com “sua liberdade de consumir, sem precisar construir algo que esteja para além de sua imediata satisfação individual”⁷¹⁷ –, mas do consumidor em uma mercadoria – que faz todo o possível para aumentar seu valor de mercado e se promover aos demais, numa “tentativa desesperada de escapar ao abandono e à solidão (leia-se, impotência)”⁷¹⁸.

As oportunidades de comunicação que a tecnologia proporcionou constituem emblemas de solidão e isolamento⁷¹⁹, diretamente relacionados a transtornos

⁷¹³ TORRALBA, Francesc. **Quanta transparência podemos digerir? : um olhar honesto sobre si mesmo, os outros e o mundo**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2018, p. 20.

⁷¹⁴ HAN, Byung-Chul. **No enxame: perspectivas do digital**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2018, p. 45-50; HAN, Byung-Chul. **Psicopolítica: o neoliberalismo e as novas técnicas de poder**. Belo Horizonte: Editora Áyiné, 2018, p. 19-20.

⁷¹⁵ “A era atual é marcada pela aceleração da realidade, nós atingimos os limites da instantaneidade, os limites do pensamento e tempo humanos” (VIRILIO, Paul. **The administration of the fear**. Los Angeles: Semiotex, 2012, p. 33, tradução livre).

⁷¹⁶ LIPOVETSKY, Giles. **A era do vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo**. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 40.

⁷¹⁷ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Liberdade(s) e função: contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro**. 395f. Curitiba, 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, p. 35.

⁷¹⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância líquida: diálogos com David Lyon**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 132.

⁷¹⁹ GUMBRECHT, Hans Ulrich. **Nosso amplo presente: o tempo e a cultura contemporânea**. São Paulo: Editora Unesp, 2015, p. 120.

depressivos⁷²⁰. O messianismo da conexão, além de não se confirmar, destruiu espaços públicos e aguçou a individualização⁷²¹ e a mídia digital dissociou comunicação e corporeidade, perdendo-se parte do potencial comunicativo, que só se realiza pessoalmente, através de gestos, expressões e linguagem corporal⁷²².

Enfim, indivíduos não vendem mais suas forças de trabalho, mas se forçam a trabalhar sobre a imagem de si para se vender em um mercado de gente. O medo da exposição foi abafado pela alegria de ser notado⁷²³ e o culto ao corpo produz uma subjetividade comprometida com uma idealização doentia⁷²⁴.

A contínua queda de autoridades: o declínio da intelectualidade.

Dentre as autoridades atualmente definhantes, encontra-se o professor, que busca se utilizar de um conhecimento agregado para desempenhar seu papel, mas que, para além de ser visto como um repositório de valores arcaicos, traz em si a noção de desigualdade e hierarquia para com os alunos, leigos na temática⁷²⁵.

Por possuírem a informação do mundo em suas mãos, acessível a partir de dispositivos eletrônicos, os alunos acreditam não precisar mais de um porta-voz como o professor, que enuncia e verbaliza o conhecimento; querem ser portadores de sua própria voz, supostamente legitimada para tratar de qualquer assunto⁷²⁶.

A crise de legitimidade do professor é também enfrentada por outros especialistas, uma vez que seus diplomas e saberes chancelados por instituições educacionais não representam nada além de um princípio antidemocrático e uma tentativa de se colocar acima dos demais membros do tecido social.

O fim das grandes verdades – que deveria ter servido de alerta para a validação de discursos pretensamente universais, reservando-se à palavra *verdade*

⁷²⁰ HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017, p. 27.

⁷²¹ HAN, Byung-Chul. **No exame: perspectivas do digital**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2018, p. 86.

⁷²² *Ibidem*, p. 44.

⁷²³ BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância líquida: diálogos com David Lyon**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 30.

⁷²⁴ FREIRE, Dirce de Sá. Com açúcar, sem afeto. In: AMANTINO, Márcia; DEL PRIORE, Mary (Orgs.). **História do corpo no Brasil**. São Paulo: Editora Unesp, 2011, p. 471.

⁷²⁵ TRILLING, Lionel. **A mente no mundo moderno: conferência Jefferson em humanidades (1972)**. São Paulo: É Realizações, 2015, p. 28-31.

⁷²⁶ SERRES, Michel. **Polegarzinha: uma nova forma de viver em harmonia, de pensar as instituições, de ser e de saber**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013, p. 45-46, 68-70, 75-79.

uma finalidade acautelatória⁷²⁷ – parece ter legitimado toda e qualquer narrativa, criando um ambiente comunicativo sem qualquer preocupação com as fontes.

A internet, que prometia democratizar o conhecimento, também proliferou a ignorância, criando educadores autoproclamados, que nunca foram e não querem ser alunos, já que a todo o tempo se alimentam de informações de procedência duvidosa, com os rostos iluminados pelas telas de seus celulares e computadores. Informação, contudo, não é saber. A informação é aditiva e curta, tanto em extensão, quanto em duração, enquanto o saber é exclusivo, seletivo e lento⁷²⁸. Apenas quem se vale do sistema cerebral reflexivo é capaz de atingir níveis de raciocínio mais profundos e acurados sobre o objeto de conhecimento apreciado.

E o Direito Penal? Os casos Bumbum e os bens jurídicos individuais homogêneos.

Não obstante externalizado por John Dewey na década de 30, soa extremamente atual o postulado de que individualidades estáveis dependem de bases sólidas às quais possam se agarrar, mas encontram-se entre um passado intelectualmente incapaz de sustentá-las e um presente lotado e caótico demais para propiciar equilíbrio e direção às suas ideias e emoções⁷²⁹. No mesmo sentido, Gilles Lipovetsky registrava, na década de 90, um movimento que colocava o futuro (incerto) entre parênteses e desvalorizava o passado, “em razão de sua avidez de soltar-se das tradições e das limitações arcaicas, de instituir uma sociedade sem amarras e sem opacidade”⁷³⁰, o que culminou em personalidades narcisistas. Assim, contrariamente às expectativas de Dewey, ao invés da emergência de um novo

⁷²⁷ Há muitos usos para a palavra *verdade*, mas o único que não poderia ser eliminado com relativa tranquilidade é o uso acautelatório (*cautionary*). A função acautelatória advém do contraste entre justificação e verdade, que permite a existência crenças justificada, mas não-verdadeiras. A cautela constitui um lembrete de que pessoas em circunstâncias diferentes podem não ser capazes de justificar as mesmas crenças. Essa noção de falibilismo engendra, de um lado, angustias por conta da incerteza de uma crença, e, de outro, movimentos de rompimento e inovação para com qualquer modelo vigente. O ímpeto persuasivo é mantido, entretanto, não em nome de uma *verdade*, mas daquilo que é justificável, capaz de ser buscado enquanto resultado temporário, pois novas objeções à crença temporariamente justificada serão desenvolvidas (RORTY, Richard. *Verdade, universalidade e política democrática* [Justificação, contexto, racionalidade e pragmatismo]. In: SOUZA, José Crisóstomo de [Org.]. ***Filosofia, racionalidade, democracia: os debates entre Rorty e Habermas***. São Paulo: Editora UNESP, 2005, p. 103-162).

⁷²⁸ HAN, Byung-Chul. ***No enxame: perspectivas do digital***. Petrópolis: Vozes, 2018, p. 73-75.

⁷²⁹ DEWEY, John. ***Individualism old and new***. New York: Prometheus Books, 1999, p. 26-27.

⁷³⁰ LIPOVETSKY, Gilles. ***A era do vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo***. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 33.

individualismo por meio das potencialidades da ciência e da tecnologia⁷³¹, a falta de bases sólidas à vivência individual foi acentuada, inclusive pela tecnologia.

Ironicamente, o liberalismo está criando aquilo que seus teóricos chamavam de *estado de natureza*: pessoas isoladas, autodeterminadas, mas sem relações; repletas de direitos e definidas pela liberdade, mas inseguras, impotentes, receosas e sóas⁷³². O exercício das liberdades individuais se dá em meio a crises de identidade pessoal, o que não surpreende, já que identidades são formadas por histórias irreduzíveis a *feeds* de notícias ou *stories* que expiram em vinte e quatro horas.

O rechaço à interferência benevolente de agentes paternalistas, nesse contexto, soa mais como uma desconfiança em relação à capacidade de planificação da sociedade por uma única entidade, do que propriamente uma profissão de fé na autodeterminação humana. Tendo em vista que um código ético completo não existe e que a capacidade de planejamento de cada indivíduo é limitada, “seria impossível a qualquer intelecto abarcar a infinita gama de necessidades diferentes de diferentes indivíduos” – devendo-se – “permitir ao indivíduo, dentro de certos limites, seguir seus próprios valores e preferências em vez dos de outrem”⁷³³. Noutros termos, em sociedades complexas, ninguém pode equilibrar todos os elementos que influenciam as decisões de tantos indivíduos⁷³⁴.

A noção de liberdade individual, desse modo, foi o que em boa medida possibilitou pensar esferas de autodeterminação e autorresponsabilidade nas quais a intervenção externa somente é admitida mediante autorização de seu titular, mas também deu azo a um processo de rompimento paulatino de laços sociais, abandono de tradições e deslegitimação de quaisquer autoridades que, por existirem, já representavam uma afronta ao princípio da igualdade.

Se indivíduos tomam atitudes irresponsáveis, por sua conta e risco, trata-se de um problema ético, relativo aos valores socialmente cultivados e enaltecidos, não sendo tarefa do Direito Penal fornecer uma cartilha de valores ou tentar corrigir as aparentes más escolhas levadas a cabo em nome da independência individual.

⁷³¹ DEWEY, John. **Individualism old and new**. New York: Prometheus Books, 1999, p. 37-49.

⁷³² DENEEN, Patrick J. **Porque está a falhar o liberalismo?** Lisboa: Gradiva Publicações S.A., 2018, p. 31.

⁷³³ HAYEK, Friedrich August von. **O caminho da servidão**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010, p. 77.

⁷³⁴ *Ibidem*, p. 69.

O nível dos problemas sociais relatados, entretanto, é tamanho, que permite o surgimento de casos como o de Denis Cesar Barros Furtado e Patrícia Silvia dos Santos, conhecidos, respectivamente, como Dr. Bumbum e Paty Bumbum.

O caso de Dr. Bumbum envolve uma cirurgia estética de bioplastia nos glúteos, realizada no apartamento residencial do médico, na Barra da Tijuca, Rio de Janeiro. Segundo o laudo do Instituto Médico Legal (IML), a paciente, Lilian Calixto, veio a falecer em virtude de uma embolia pulmonar, provavelmente causada pela aplicação excessiva de polimetilmetacrilato (PMMA) – derivado do acrílico. De acordo com o noticiário, o autor, à época, já estava com seu registro médico cassado pelo CRM-DF, pela prática de exercício ilegal da medicina e crimes contra o consumidor. Além disso, divulgava em suas redes sociais ser diplomado em cursos de especialização em estética, mas não havia concluído as especializações ou essas eram fornecidas por instituições não habilitadas para a diplomação junto ao Ministério da Educação. Os perfis do médico, no Instagram e Facebook, somavam mais de um milhão de seguidores. Dr. Bumbum foi denunciado por homicídio qualificado com dolo eventual e responde ao processo em liberdade⁷³⁵.

Por seu turno, Paty Bumbum foi indiciada, em 2018, por associação criminosa, estelionato e exercício ilegal da medicina. Segundo a denúncia, Patrícia Silvia dos Santos se apresentava como biomédica – apesar de ser massoterapeuta – e, junto dos demais acusados, oferecia procedimentos estéticos cuja execução é privativa de profissionais formados em medicina. De acordo com o noticiário, Patrícia aplicava silicone industrial nas nádegas de mulheres em sua própria residência⁷³⁶.

⁷³⁵ Informações que podem ser consultadas em: BBC NEWS. **Quem é o ‘Doutor Bumbum’, médico celebridade nas redes sociais que foi preso após morte de paciente.** BBC News Brasil, 18/07/2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44870548>>. Acesso em: janeiro de 2020; ESTADÃO CONTEÚDO. **Tribunal de Justiça do Rio concede habeas corpus ao Doutor Bumbum.** O Estado, 30/01/2019. Disponível em: <<https://imirante.com/oestadoma/noticias/2019/01/30/tribunal-de-justica-do-rio-concede-habeas-corpus-ao-doutor-bumbum/>>. Acesso em: janeiro de 2020; METRÓPOLES. **Vítima morreu de ataque cardíaco, diz laudo de defesa do “Dr. Bumbum”.** Metrôpoles, 15/01/2019. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/brasil/justica/vitima-morreu-de-ataque-cardiaco-diz-laudo-de-defesa-do-dr-bumbum>>. Acesso em: janeiro de 2020; PASSARINHO, Nathalia. **Currículo do Dr. Bumbum cita curso não concluído e pós-graduações não reconhecidas.** BBC News Brasil, Londres, 20/07/2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44901621>>. Acesso em: janeiro de 2020; PEIXOTO, Ari. **Laudo indica que bancária que fez procedimento com o Dr. Bumbum morreu de embolia pulmonar.** G1, Rio de Janeiro, 01/08/2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2018/08/01/laudo-indica-que-bancaria-que-fez-procedimento-com-o-dr-bumbum-morreu-de-embolia-pulmonar.ghtml>>. Acesso em: janeiro de 2020.

⁷³⁶ Informações que podem ser consultadas em: ARAÚJO, Adriano. **Falsa médica conhecida como Paty Bumbum é localizada pela polícia após denúncia.** O Dia, Rio de Janeiro, 25/07/2018. Disponível em: <<https://odia.ig.com.br/rio-de-janeiro/2018/07/5560813-falsa-medica-conhecida-como-paty-bumbum-e-localizada-pela-policia-apos-denuncia.html#foto=1>>. Acesso em: janeiro de 2020;

Os casos descritos são sintomáticos da cultura contemporânea, em que o corpo se resume a “uma soma de partes eventualmente destacáveis à disposição de um indivíduo apreendido em uma manipulação de si e para quem justamente o corpo é a peça principal da afirmação pessoal”⁷³⁷. Ao mudar de corpo, pretende-se mudar de vida e construir uma nova identidade e as cirurgias estéticas constituem a ferramenta mais acessível para isso, pois não demanda esforço e tempo.

O que mais chama atenção para o Direito, contudo, é a potencialidade lesiva do comportamento, uma vez que incontáveis usuários de redes sociais difundindo informações falsas ou incompletas sobre temas capazes de afetar a saúde das pessoas expõem uma quantidade inimaginável de vítimas a perigo. O mesmo ocorre nos casos em que o narcisismo e a falta de crédito conferido ao conhecimento especializado se fazem presentes a ponto de influenciadores digitais, sem formação alguma em suas áreas de influência, ganharem a vida dando dicas de exercício, dieta e estilo de vida saudável, patrocinados por marcas que desejam garotos propaganda para dizerem o que for preciso, sem compromisso com a efetiva qualidade e segurança do produto. O rápido e massivo compartilhamento de dados e a falta de controle de qualidade sobre eles gera um quadro propício para a tomada de decisões negligentes e desinformadas pela vítima, o que exige uma tutela penal que coíba o perigo abstrato que recai sobre bens individuais homogêneos.

JGP/PC. **Massoterapeuta conhecida como “Paty Bumbum” tem prisão preventiva decretada.** TJRJ, 05/09/2018. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5825294>>. Acesso em: janeiro de 2020.

⁷³⁷ LE BRETON, David. **Adeus ao corpo: antropologia e sociedade.** Campinas, SP: Ed. Papirus, 2013, p. 28.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Os resultados aos quais se chega a partir das discussões propostas são:

I – a adoção do *princípio liberal do dano* como parâmetro de análise da (i)legitimidade da interferência do Estado na vida dos cidadãos demonstra um compromisso com valores como a liberdade e a tolerância. O dano (ou perigo de dano) a ser evitado é verificado quando um agente provocar a diminuição (ou o perigo de diminuição) das perspectivas de outrem, reduzindo-lhe as condições e possibilidades de agir e minando sua capacidade de disposição de recursos essenciais à concretização de seus fins socialmente aceitáveis. A figura do bem jurídico se apresenta como a melhor opção para se definir o objeto de proteção da norma penal, encontrando sua melhor construção na concepção de bem jurídico como a *relação de disponibilidade de um sujeito com um objeto*.

Incorporar a vítima à noção de bem jurídico, além de reinseri-la nos holofotes da dogmática penal, permite que se reconheça a liberdade e a autonomia do sujeito lesado como elemento padrão constitutivo do *telos* da tipificação penal. Há relações de disponibilidade compostas tanto por sujeito individualmente considerado, como concebidos em caráter supraindividual. O conceito aqui adotado não admite a ideia de bens jurídicos indisponíveis, pois reconhecer a indisponibilidade de um bem jurídico é separar o inseparável (o sujeito do objeto), criando-se um direito com referência pura ao objeto. Sem alusão à vontade de seu titular, a formulação carece de sentido e torna o sujeito titular da relação um mero obrigado sujeitoado. Sem embargo, pode ocorrer o estreitamento de determinados âmbitos de disponibilidade quando se está diante de um sujeito sem autonomia e, portanto, irresponsável.

II – a adoção do *harm principle* como limite à ingerência estatal, conjugada à ideia de bem jurídico como relação de disponibilidade e à postura antipaternalista e antimoralista, inviabiliza a opção pela teoria dualista do consentimento do ofendido. O consentimento afasta a tipicidade objetiva da conduta, uma vez que todo tipo penal protege, sobretudo, a autodeterminação da vítima para com os bens de seu interesse. Poderá haver, assim, o não preenchimento da dimensão objetiva formal – nos casos em que a anuência da vítima para com a lesão não permita que a conduta seja subsumida ao enunciado típico – ou da dimensão objetiva material – nos casos em que, a despeito de a conduta se amoldar ao tipo formal, não haja lesão, mas realização do bem jurídico. O não preenchimento da tipicidade objetiva material em razão do consentimento descaracterizará não somente o desvalor de resultado, como também o desvalor de ação, visto que a conduta orientada à satisfação da livre disposição de um bem por seu titular, desde o princípio, não possui o condão de afrontar as expectativas normativas e receber uma valoração jurídica negativa.

O último e único reduto do consentimento do ofendido como justificativa supralegal corresponde à figura do consentimento presumido, que possui caráter subsidiário ao consentimento expresso e conta com duas características essenciais: a impossibilidade (temporária ou permanente) da vítima de exprimir sua anuência ou discordância para com o ato lesivo; e a premência da tomada de atitude pelo autor, sob pena de que o decurso do tempo gere danos e torne quaisquer esforços ulteriores inúteis ou pouco relevantes. Presentes esses elementos, realiza-se um juízo de ponderação com base em indícios da hierarquização pessoal de valores da vítima ou, ausentes esses indícios, em um padrão de valores objetivos. Quem,

subsidiariamente, atua com base no consentimento presumido, interfere sem permissão em bens jurídicos alheios, realizando o tipo delitivo, mas agindo de forma justificada pela presunção amparada em indícios objetivos da vontade do titular.

Para que seja válido, o consentimento deve obedecer aos seguintes requisitos: a) titularidade do bem jurídico afetado; b) capacidade em abstrato; c) capacidade em concreto (ausência de vícios de conhecimento ou vontade); d) manifestação prévia; e) correspondência entre as condutas consentida e praticada; e f) ciência do consentimento pelo autor da lesão. A observação desse rol de características é devida tanto na disposição de bens jurídicos individuais, quanto supraindividuais (cujas possibilidades de disposição são mais restritas, uma vez que se exige a manifestação unânime de seus titulares).

III – o âmbito de alcance do tipo constitui um supracritério, que se confunde com a própria imputação objetiva, em sua busca pelo caráter enantiotélico da conduta à norma jurídica. A norma estabelecida com atenção ao *harm principle* e ao bem jurídico como relação de disponibilidade não pode vetar empreendimentos autorreferentes, que, pela falta de violação insuportável de bens jurídicos alheios, estão fora do âmbito de ingerência repressiva do Estado. Liberdade e a autonomia do lesado fundamentam o *telos* da tipificação penal, sendo permitida a atuação arriscada do titular do bem jurídico, bem como daquele que age em conformidade à expressão autodeterminada do titular do bem jurídico arriscado. Se toda criação desaprovada de risco deve guardar relação direta com o fundamento pelo qual a ação é proibida e contrária ao dever, nenhum risco criado em consonância ao livre desenvolvimento da vítima pode ser desaprovado, já que uma postura voluntária e autorreferente em hipótese alguma servirá de alicerce ao mandado proibitivo. Noutros termos, não há conduta ou risco proibido quando a produção de menoscabos depende do atuar responsável do titular dos bens afetados.

A classificação entre auto e heterolesão – que remete à fonte geradora da lesão e serve de base ao exame do consentimento quanto ao dano –, possui paralelo no binômio auto e heteroperigo – ao qual se refere o consentimento para com o risco –, não na auto e heterocolocação. A ideia de colocação em perigo é exclusiva da análise do risco e remete ao modo como alguém ingressa no contexto arriscado, não possuindo correlato no âmbito da lesão. Isso se dá porque a criação e realização do perigo ocorrem em momentos distintos, enquanto a lesão ocorre de uma só vez, carecendo de sentido uma formulação que busque distinguir *colocação*

em lesão da lesão propriamente dita. O cruzamento entre as taxonomias propostas permite um conjunto de seis hipóteses: (i) autocolocação em autoperigo; (ii) autocolocação em heteroperigo consentido; (iii) autocolocação em heteroperigo não consentido; (iv) heterocolocação em autoperigo; (v) heterocolocação em heteroperigo consentido; e (vi) heterocolocação em heteroperigo não consentido. A vítima será autorresponsável apenas: a) quanto aos bens jurídicos de sua titularidade; b) quando possuir capacidade em abstrato e em concreto; e c) na medida em que houver correspondência entre os perigos consentido e criado.

Espera-se que este trabalho contribua para enriquecer o eterno e profícuo debate acerca das consequências do comportamento autônomo da vítima de ilícitos penais, reconhecendo-se âmbitos de liberdade autorresponsável a serviço do desenvolvimento pessoal das individualidades, conforme seus próprios valores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

AFP. **Assisting a suicide is not always a crime, rules Italian court.** The Guardian, Rome, 25/09/2019. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/society/2019/sep/25/assisting-a-suicide-is-not-always-a-rules-italian-court>>. Acesso em: dezembro de 2019.

ALBUQUERQUE, Adriano; RAUPP, Ivan; RODRIGUES, Evelyn. **Anderson sofre fratura chocante em chute, e Weidman mantém o cinturão.** Globo.com, Las Vegas, 29/12/2013. Disponível em: <<http://sportv.globo.com/site/combate/noticia/2013/12/anderson-silva-sofre-fratura-exposta-em-chute-e-weidman-mantem-o-titulo.html>>. Acesso em: janeiro de 2020.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução.** Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

ARAÚJO, Adriano. **Falsa médica conhecida como Paty Bumbum é localizada pela polícia após denúncia.** O Dia, Rio de Janeiro, 25/07/2018. Disponível em: <<https://odia.ig.com.br/rio-de-janeiro/2018/07/5560813-falsa-medica-conhecida>>

[como-paty-bumbum-e-localizada-pela-policia-apos-denuncia.html#foto=1](#)>. Acesso em: janeiro de 2020.

ARRUDA, Talita da Fonseca. RODRIGUES, Giselly Campelo. Consentimento do ofendido: breves considerações de dogmática penal e suas consequências na relação jurídica médico-paciente. **Revista de Ciências Penais**, vol. 14/2011, jan-jun/2011.

ASSOCIAZIONE LUCA CONSCIONI. **The Cappato Trial Step by Step**. Disponível em: <<https://www.associazionelucacoscioni.it/the-cappato-trial-step-by-step/>>. Acesso em: dezembro de 2019.

ATIENZA, Manuel. Discutamos sobre paternalismo. **Cuadernos de Filosofia del Derecho**, Alicante, nº 5, 1998.

BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. **Bem jurídico-penal supraindividual: novos e velhos desafios da teoria do bem jurídico**. 243f. Belo Horizonte, 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

_____. **Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de jeová: dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>>. Acesso em: fevereiro de 2019.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, vol. 38, nº 1, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância líquida: diálogos com David Lyon**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BBC NEWS. **Quem é o ‘Doutor Bumbum’, médico celebridade nas redes sociais que foi preso após morte de paciente**. BBC News Brasil, 18/07/2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44870548>>. Acesso em: janeiro de 2020.

BEDINELLI, Talita; MARTÍN, María. **Baleia Azul: o misterioso jogo que escancarou o tabu do suicídio juvenil**. El País, São Paulo/Rio de Janeiro, 02/05/2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/27/politica/1493305523_711865.html>. Acesso em: dezembro de 2019.

BEIER, Mônica; IANNOTTI, Giovano de Castro. O paternalismo e o juramento hipocrático. **Rev. Bras. Saúde Matern. Infant.**, Recife, 10 (Supl. 2): S383-S389 dez., 2010.

BEM PARANÁ. **Polícia investiga caso de indução ao suicídio em Fazenda Rio Grande.** Bem Paraná, 07/02/2018. Disponível em: <<https://www.bemparana.com.br/noticia/policia-investiga-caso-de-inducao-ao-suicidio-em-fazenda-rio-grande-#.XgDOJmRKhPY>>. Acesso em: dezembro de 2019.

BENITO, Emilio de; JAN, Cecilia. **Idoso é preso por ajudar esposa a fazer eutanásia após 30 anos de luta contra esclerose múltipla.** El País, Madri, 04/04/2019. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/04/04/internacional/1554365744_092895.html>. Acesso em: dezembro de 2019.

BERLIN, Isaiah. Two concepts of liberty. In: BERLIN, Isaiah. **The Proper Study of Mankind: an anthology of essays.** London: Chatto & Windus, 1997.

BIRNBAUM, Johann Michael Franz. **Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito.** Montevideo-Buenos Aires: BdF, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial, volume 2.** São Paulo: Saraiva, 2007.

BOAS, Ana Luísa Pereira Vilas. **A autonomia da vontade do menor em caso de intervenção médica.** 40f. Porto, 2014. Dissertação (Mestrado em Bioética) – Programa de Mestrado em Direito Privado da Universidade Católica Portuguesa.

BOBBIO, Norberto. **Democracia e segredo.** São Paulo: Editora Unesp, 2015.

BOTTI, Nadja Cristiane Lappann; SILVA Aline Conceição. Uma investigação sobre automutilação em um grupo da rede social virtual Facebook. **SMAD – Revista eletrônica de saúde mental álcool e drogas**, v. 14, n. 14, 2018.

BREÑA, Carmen Morán. **Um milhão de assinaturas para descriminalizar a eutanásia na Espanha.** El País, Madri, 12/07/2019. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/07/11/internacional/1562859484_327711.html>. Acesso em: dezembro de 2019.

BROCK, Dan; BUCHANAN, Allen. **Decidir por otros: ética de la toma de decisiones subrogada.** México: UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas: Programa de Maestría y Doctorado en Filosofía: Fondo de Cultura Económica, 2009.

BRONZATTI, Rafael; DAMACENA, Cláudio; PACHECO JUNIOR, José Carlos Schaidhauer. Pré-ativação: o efeito *priming* nos estudos sobre o comportamento do consumidor. **Estudos e pesquisas em psicologia**, v. 15, n. 1, 2015.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral.** São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Direito penal: parte especial 2.** São Paulo: Atlas, 2016.

_____. **Fatos e mitos sobre a imputação objetiva.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. Uma visão crítica das implicações dos estudos neurocientíficos em Direito Penal. In: BUSATO, P. (Org.) **Neurociência e Direito Penal.** São Paulo: Editora Atlas, 2014.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Ordem Tributária, Econômica e Relações de Consumo – Lei 8.137/1990. In: CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista; SOUZA, Renne do Ó (Coords.). **Leis penais especiais: comentadas artigo por artigo.** Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

CALEGARI, André Luís; CANCIO MELIÁ, Manuel. Aproximação à teoria da imputação objetiva no direito penal. **Revista dos Tribunais**, vol. 831, p. 463-481, jan. 2005.

CAMARGO, Antônio Luís Chaves. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro.** São Paulo: Cultural Paulista, 2001.

CANCIO MELIÁ, Manuel. Consentimiento en el tratamiento médico y autonomía. Algunas reflexiones desde la perspectiva española. **Revista brasileira de ciências criminais**, vol. 96, p. 53-72, Maio-Jun., 2012.

_____. **La exclusión de la tipicidade por la responsabilidad de la víctima: “imputación a la víctima”.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

_____. Reflexiones sobre la “victimodogmática” em la teoria del delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 25, p. 23-57, jan./mar., 1999.

CANCIO MELIÁ, Manuel; PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. **Um novo sistema do direito penal: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs.** Barueri, SP: Manoele, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes [et al.]. **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2013.

CARDOSO JR., Nerione. Crítica política à ideia de democracia digital. **Revista de Informação Legislativa.** a. 39, nº. 156, jul./set. 2002.

CARVALHO, Érika Mendes de. **Punibilidade e Delito.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CARVALHO, Érika Mendes de; KASSADA, Daiane Ayumi. As condições objetivas de punibilidade (im)próprias e sua (in)compatibilidade com o princípio de culpabilidade. In: BORGES, Paulo César Corrêa; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; SOUZA, Cláudio Macedo de. **Direito penal, processo penal e constituição.** Florianópolis: CONPEDI, 2014.

CARVALHO, Gisele Mendes de; DUMAS, Camila Cristina de Oliveira. **Quando o paciente diz não: uma análise da recusa de tratamento no ordenamento jurídico brasileiro**. Birigui: Boreal Editora, 2017.

CASTALDO, Andrea Raffaele. **La imputación objetiva en el delito culposo de resultado**. Buenos Aires: Editorial B de F Ltda., 2004.

CELLA, José Renato Gaziero; OLIVEIRA, Marlus Heriberto Arns de. **Web 2.0 e governo eletrônico: um estudo de caso sobre o Município de Curitiba**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=53fdb13a424de26e>>. Acesso em: novembro de 2019.

CHARLEAUX, João Paulo. **Para que servem os políticos se a tecnologia já permite a democracia direta**. Nexo, São Paulo, 11/07/2016. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/07/11/Para-que-servem-os-pol%C3%ADticos-se-a-tecnologia-j%C3%A1-permite-a-democracia-direta>>. Acesso em: novembro de 2019.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal: parte geral**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

COLAFERRO, Cláudia. **A contribuição do neuromarketing para o estudo do comportamento do consumidor**. 164f. São Paulo, 2011. Dissertação (Mestrado em Administração de Empresas) – Departamento de Administração de Empresas da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. **Revista Filosofia Política**, nº. 2, 1985.

CORRÊA, Adriana Espíndola. **Consentimento livre e esclarecido: o corpo objeto de relações jurídicas**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

COSTA ANDRADE, Manuel da. **Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito penal: parte especial**. Rio de Janeiro: 2008.

COSTA, Lucas Gabriel Santos. **A conduta típica e o comportamento da vítima no Direito Penal: a intervenção da vítima no fato criminoso**. 333f. Salvador, 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia.

_____. **Heterocolocação em perigo consentida em condutas imprudentes de trânsito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CRAWFORD, Angus. **Molly Russel: Instagram extends self-harm ban to drawings**. BBC News, 28/10/2019. Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/technology-50129402>>. Acesso em: dezembro de 2019.

CUMINALE, Natalia. **Aumentam os casos de automutilação entre jovens**. Veja, 07/08/2019 (Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/saude/aumentam-os-casos-de-automutilacao-entre-jovens/>>. Acesso em: dezembro de 2019.

D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

DASCAL, Marcelo. Tolerância e Interpretação. In: **Crítica**, Revista Hispanoamericana de Filosofia, vol. XXI, nº 62, 1989.

DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DENEEN, Patrick J. **Porque está a falhar o liberalismo?** Lisboa: Gradiva Publicações S.A., 2018.

DEWEY, John. **Individualism old and new**. New York: Prometheus Books, 1999.

DIAS, Alvaro Machado. Das 'neurociências aplicadas ao marketing' ao 'neuromarketing integrativo'. **Ciências & Cognição**, 2012, Vol. 17 (1): 178-189.

DIAS, Augusto Silva. **Crimes culturalmente motivados: o direito penal ante a "estranha multiplicidade" das sociedades contemporâneas**. Coimbra: Editora Almedina, 2018.

DIAS, Tatiana de Mello. **O que é Governo 2.0?** Estadão, São Paulo, 01/06/2010. Disponível em: <<https://link.estadao.com.br/noticias/geral,o-que-e-governo-20,10000044113>>. Acesso em: novembro de 2019.

DIERTELEN, Paulette. Paternalismo y Estado de Bienestar. **Cuadernos de Filosofia del Derecho**, Alicante, nº 5, 1998.

DISSENHA, Rui; GUARAGNI, Giovanni Vidal. Os limites da democracia: a tolerância restrita e a criminalização do terrorismo. In: **Revista Direitos Culturais**, v. 14, n. 34, p. 165-186, maio/agos. 2019.

DOMÍNGUEZ, Marcelo. Exclusión de la tipicidad por el comportamiento de la víctima. **Instituto Uruguayo de Derecho Penal**, nº. 04, out. 2016.

DORADO, Carmen Juanatey. Protección penal de la vida y de la salud: alcance del reconocimiento de la autonomía de la voluntad. In: PAIS, Antonio Doval (Dir.); GUILLEM, Clara Moya (Coord.). **Nuevos limites penales para la autonomía individual y la intimidad**. Pamplona: Edittorial Aranzadi S.A., 2015.

DOUZINAS, Costa. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DOVA, Massimiliano. Maternidad subrogada y Derecho penal. In: PAIS, Antonio Doval (Dir.); GUILLEM, Clara Moya (Coord.). **Nuevos limites penales para la autonomía individual y la intimidad**. Pamplona: Edittorial Aranzadi S.A., 2015.

DUBBER, Markus D. Policing morality: constitutional law and the criminalization of incest. **University of Toronto Law Journal**, v. 61, 2011.

_____. Theories of Crime and Punishment in German Criminal Law. **American Journal of Comparative Law**, Vol. 53, 2006; **Buffalo Legal Studies Research Paper Series**, nº. 2005-02.

_____. Toward a Constitutional Law of Crime and Punishment. **Hastings Law Journal**, vol. 55, 2004.

DURKHEIM, Émile. **O individualismo e os intelectuais**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2017.

DWORKIN, Gerald. Paternalism. **The Monist**, v. 56, n. 1, p. 64-84, 1972.

_____. **The theory and practice of autonomy**. New York: Cambridge University Press, 1988.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002.

EAGLEMAN, David. **Cérebro: uma biografia**. Rio de Janeiro: Editora Rocco, 2017.

_____. **Incógnito: as vidas secretas do cérebro**. Rio de Janeiro: Editora Rocco, 2012.

EFE, Agência. **Bélgica aplica pela 1ª vez eutanásia em um paciente menor de idade**. G1, 17/09/2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/09/belgica-aplica-pela-1-vez-eutanasia-em-um-paciente-menor-de-idade.html>>. Acesso em: dezembro de 2019.

_____. **'Homem-lagarto' diz não se arrepender de transformações**. G1, 24/10/2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/planeta-bizarro/noticia/2012/10/homem-lagarto-diz-nao-se-arrepender-de-transformacoes.html>>. Acesso em: dezembro de 2019.

ELER, Guilherme. **Por que o retorno da boneca Momo em vídeos infantis não passa de boato**. Super Interessante, 20/03/2019. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/sociedade/por-que-o-retorno-da-boneca-momo-em-videos-infantis-nao-passa-de-boato/>>. Acesso em: dezembro de 2019.

ELIAS, Norbert. **A Sociedade dos Indivíduos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

_____. **A solidão dos moribundos, seguido de, Envelhecer e morrer**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

_____. **O Processo Civilizador**. Rio de Janeiro: Zahar, 2v., 1993.

ELMANTO, Celso. **Código penal comentado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

EL PAÍS. **Colômbia regulamenta eutanásia para crianças e adolescentes**. El País, Bogotá, 11/03/2018. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/03/10/internacional/1520696972_962348.html>. Acesso em: dezembro de 2019.

ENCINAS, Emilio Eiranova (Coord.). **Código penal alemán StGB – Código procesal penal alemán StPO**. Madrid: Marcial Pons, 2000.

EPICURO. **Máximas principais**. São Paulo: Edições Loyola, 2010.

ESTADÃO CONTEÚDO. **Tribunal de Justiça do Rio concede habeas corpus ao Doutor Bumbum**. O Estado, 30/01/2019. Disponível em: <<https://imirante.com/oestadoma/noticias/2019/01/30/tribunal-de-justica-do-rio-concede-habeas-corpus-ao-doutor-bumbum/>>. Acesso em: janeiro de 2020.

ESTEFAM, André. **Direito penal, volume 2**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito penal, volume 3**. São Paulo: Saraiva, 2011.

EXTRA. **Médica que praticou eutanásia em paciente com demência é absolvida na Holanda**. Extra, 11/09/2019. Disponível em: <<https://extra.globo.com/noticias/mundo/medica-que-praticou-eutanasia-em-paciente-com-demencia-absolvida-na-holanda-23941407.html>>. Acesso em: dezembro de 2019.

FATEH-MOGHADAM, Bijan; GUTMANN, Thomas. Governing [through] Autonomy. The Moral and Legal Limits of “Soft Paternalism”. **Preprints and Working Papers of the Centre for Advanced Study in Bioethics**, Münster, 2013/60.

FAUSTINO, Marco. **Crianças estão sendo vítimas de suposto “Desafio da Momo”?** E-Farsas, 25/03/2019. Disponível em: <<http://www.e-farsas.com/criancas-estao-sendo-vitimas-do-suposto-desafio-da-momo.html>>. Acesso em: dezembro de 2019.

FEINBERG, Joel. **Harm to Others**. New York: Oxford University Press, 1984.

_____. **Harm to self: the moral limits of criminal law**. New York: Oxford University Press, 1986.

_____. **Offense to others**. New York: Oxford University Press, 1985.

FERNÁNDEZ, Gonzalo. **Bien jurídico y sistema del delito: um ensayo de fundamentación dogmática**. Buenos Aires: Editorial B de F Ltda., 2004.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de Derecho Penal**. Trad. Eugenio Raul Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

FOLLONI, André. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. **Revista Direitos Humanos Fundamentais**, Osasco, jan-jun/2014, ano 14, n.1, pp. 63-91.

FONSECA, Ana Clara Montenegro. **Conduta da vítima de crime na dogmática penal: análise crítica sobre a posição da vítima na aferição da responsabilidade penal do autor à luz da vitimodgmática e da imputação à vítima**. 162f. Recife, 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

_____. O Sujeito e o Poder. In: DREYFUS, Hubert; RABINOW, Paul. **Michel Foucault: uma trajetória filosofia: para além do estruturalismo e da hermenêutica**. Rio de Janeiro: editora Forense Universitária, 1995.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal, parte especial: volume I – arts. 121 a 212 do CP**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FREIRE, Dirce de Sá. Com açúcar, sem afeto. In: AMANTINO, Márcia; DEL PRIORE, Mary (Orgs.). **História do corpo no Brasil**. São Paulo: Editora Unesp, 2011.

FROMM, Erich. **The fear of freedom**. 1942. Disponível em: <<https://ia801205.us.archive.org/0/items/ErichFrommTheArtOfLoving/Erich%20Fromm/Erich%20Fromm%20-%20The%20Fear%20Of%20Freedom.pdf>>. Acesso em: maio de 2019

FULLERTON, Jamie. **Teenage girl kills herself ‘after Instagram poll’ in Malaysia**. The Guardian, Bangkok, 15/05/2019. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/2019/may/15/teenage-girl-kills-herself-after-instagram-poll-in-malaysia>>. Acesso em: dezembro de 2019.

G1. **Americano conhecido como ‘homem-gato’ morre aos 54 anos**. G1, São Paulo, 13/11/2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2012/11/americano-conhecido-como-homem-gato-morre-aos-54-anos.html>>. Acesso em: dezembro de 2019.

G1 PR. **Homem que ficou por quase 60 km sobre teto de ônibus passa por cirurgia em Curitiba**. G1, Curitiba, 28/08/2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2018/08/28/homem-que-ficou-por-quase-60-km-sobre-teto-de-onibus-passa-por-cirurgia-em-curitiba.ghtml>>. Acesso em: janeiro de 2020.

G1 PR; RPC CURITIBA. **Grupo é flagrado sobre teto de ônibus em movimento no Centro de Curitiba**. G1, Curitiba, 24/03/2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2019/03/24/grupo-e-flagrado-sobre-teto-de-onibus-em-movimento-no-centro-de-curitiba-video.ghtml>>. Acesso em: janeiro de 2020.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **As grandes transformações do Direito Penal tradicional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

GORGA, Maria Luiza. **Direito médico preventivo, compliance penal na área da saúde**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida. **Revista de Derecho Penal y Criminología**. Bogotá, 2ª Época, nº extraordinário 2, 2004, p. 75-100.

GIUSINO, Manfredi Parodi. **I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1990.

GLOBOESPORTE.COM. **André Gomes sofre fratura em tornozelo após carrinho de Son, que fica chocado e chora em campo**. GE, Liverpool, 03/11/2019. Disponível em: <<https://globoesporte.globo.com/futebol/futebol-internacional/futebol-ingles/noticia/andre-gomes-quebra-perna-apos-carrinho-de-son-que-fica-chocado-e-chora-em-campo.ghtml>>. Acesso em: janeiro de 2020.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. Vítima, consentimento e imputação objetiva. **Revista de Ciências Penais**, vol. 01/2014, jul-dez/2014.

GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2011.

_____. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista brasileira de ciências criminais**, vol. 49, p. 89-147, Jul-Ago., 2004.

_____. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 *Strafgesetzbuch*). **Revista brasileira de ciências criminais**, n. 82, jan.-fev., 2010.

GRECO, Luís; SIQUEIRA, Flávia. Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no direito penal médico. In: COSTA, José de Faria [et al.]. **Estudos em homenagem ao prof. doutor**

Manuel da Costa Andrade: volume I, Direito Penal. Coimbra: Sersilito-Esmepresa Gráfica Ltda., 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa.** Niterói: Impetus, 2018.

GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GUARAGNI, Giovanni Vidal. Os fundamentos teóricos da autolesão e da heterolesão consentida e os parâmetros à intervenção paternalista. In: ALEXANDRE, André Demetrio [et al.] (Orgs.). **Interpretação da constituição e jurisdição constitucional.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019.

GUMBRECHT, Hans Ulrich. **Nosso amplo presente: o tempo e a cultura contemporânea.** São Paulo: Editora Unesp, 2015.

HABERMAS, Jürgen. **The Future of Human Nature.** Oxford: Polity Press, 2003.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 14, n. 14, Curitiba, p. 618-688, jul./dez., 2013.

HAN, Byung-Chul. **No exame: perspectivas do digital.** Petrópolis, RJ: Vozes, 2018.

_____. **Psicopolítica: o neoliberalismo e as novas técnicas de poder.** Belo Horizonte: Editora Áyiné, 2018.

_____. **Sociedade do cansaço.** Petrópolis, RJ: Vozes, 2017.

HARRIS, Sam. **Free will.** New York: Free Press, 2012.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **Law, liberty and morality.** Stanford: Stanford University Press, 1963.

HAYEK, Friedrich August von. **O caminho da servidão.** São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. **Derecho Penal y Criminología**, vol. 25, nº 76, 2004.

_____. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). **La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007.

_____. Uma teoria social do bem jurídico. **Revista brasileira de ciências criminais**, vol. 87, p. 103-120, nov-dez, 2009.

HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

HIRSCH, Hans Joachim. **Derecho penal: obras completas – Tomo III**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2002.

HOLTUG, Nils. The Harm Principle. In: **Ethical Theory and Moral Practice**, vol. 05, p. 357-389, Dez. 2002.

HONIG, Richard. Causalidad e imputación objetiva. In: SANCINETTI, Marcelo (Org.). **Causalidad, riesgo e imputación**. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.

HONNETH, Axl. Of the poverty of our liberty: the greatness and limits of Hegel's doctrine of ethical life. In: HONNETH, Axl; RANCIÈRE, Jaques. **Recognition and Disagreement: a critical encounter on the politics of freedom, equality, and identity**. New York: Columbia University Press, 2016.

HUMPHREYS, Lee. **A vontade de compartilhar nossas vidas não é nova nem narcisista**. Nexo, 20/10/2018. Disponível em: <<https://www.nexojournal.com.br/externo/2018/10/20/A-vontade-de-compartilhar-nossas-vidas-n%C3%A3o-%C3%A9-nova-nem-narcisista>>. Acesso em: janeiro de 2020.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal, vol. IX, Arts. 250 a 361**. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

IENNACO, Rodrigo. **Bem jurídico e perigo abstrato: um desenho hermenêutico da ofensividade**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

ISRAËL, Lucien. **Contra a eutanásia**. Lisboa: Editora Multinova, 2016.

JÄGER, Christian. Libre determinación de la voluntad. In: CALATAYUD, M. (Coord.) **Neurociencias y derecho penal: nuevas perspectivas em el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad**. Buenos Aires: Euros Editores, 2013.

JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Derecho penal: parte general: fundamentos y teoria de la imputación**. Madrid: 1995.

_____. Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica. In **El problema de la libertad de acción en el derecho penal**. Buenos Aires: Ad-hoc, 2007.

_____. **Suicídio, eutanásia e direito penal**. Barueri, SP: Manoele, 2003.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal: parte geral**. Granada: 2002.

JESUS, Damásio de. **Direito penal: parte especial, v. 2: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio**. São Paulo: Saraiva, 2014.

JGP/PC. **Massoterapeuta conhecida como “Paty Bumbum” tem prisão preventiva decretada**. TJRJ, 05/09/2018. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5825294>>. Acesso em: janeiro de 2020.

KAHLO, Michael. Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva em derecho penal. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). **La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, LDA., 2007.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

KVITKO, Luis Alberto. **El consentimiento informado**. Ciudadela: Dosyuna Ediciones Argentinas, 2009.

LA REPUBBLICA. **Dj Fabo, assolto Marco Cappato dopo la Consulta: “Il fatto non sussiste, non fu aiuto al suicidio”**. La Repubblica, Milano, 23/12/2019. Disponível em: <https://milano.repubblica.it/cronaca/2019/12/23/news/dj_fabo_marco_cappato_euta_nasia_consulta_processo_milano-244187815/>. Acesso em: dezembro de 2019.

LE BRETON, David. **A sociologia do corpo**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

_____. **Adeus ao corpo: antropologia e sociedade**. Campinas, SP: Ed. Papyrus, 2013.

_____. **Antropologia do corpo e modernidade**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

_____. Individualização do corpo e tecnologias contemporâneas. In: COUTO, Edvaldo Souza; GOELLNER, Silvana Vilodre (Orgs.). **O triunfo do corpo: polêmicas contemporâneas**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida.** 475f. Rio de Janeiro, 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo Jurídico-Penal: limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais.** São Paulo: LiberArs, 2015.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. Harm principle e seus reflexos no Direito Penal: um leitura a partir de Joel Feinberg. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 115/2015, p. 255-289, jul-ago/2015.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico y de la empresa: parte general.** Valência: Editora Tirant lo Blanch, 2007.

MARTINUZZO, José Antonio. **E-gov 2.0 – A potência de um governo eletrônico colaborativo.** Disponível em: <<http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2009/resumos/R4-1461-1.pdf>>. Acesso em: novembro de 2019.

MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado: parte especial.** Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MAYER, Max Ernst. **Derecho Penal: Parte General.** Montevideo: Editorial B de F Ltda. 2007.

MCMAHAN, Jeff. **A ética no ato de matar: problemas às margens da vida.** Porto Alegre: Artmed, 2011.

MELLO, Leana. **Um mercado lícito de órgãos? Aspectos éticos e jurídicos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2014.

METRÓPOLES. **Vítima morreu de ataque cardíaco, diz laudo de defesa do “Dr. Bumbum”.** Metrôpoles, 15/01/2019. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/brasil/justica/vitima-morreu-de-ataque-cardiaco-diz-laudo-de-defesa-do-dr-bumbum>>. Acesso em: janeiro de 2020.

MEZGER, Edmund. **Derecho Penal: parte general.** Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade.** São Paulo: Hedra, 2010.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. O consentimento do ofendido em face de bens jurídicos indisponíveis. **Revista de ciências jurídicas**, n. 6, v. 1, jan/jun. 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas, 2001.

MIRANDA, Marine Carrière. **Reflexos da vítima dogmática no consentimento em Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Cartas persas**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

MORAES, Andrea. O corpo no tempo: velhos e envelhecimento. In: AMANTINO, Márcia; DEL PRIORE, Mary (Orgs.). **História do corpo no Brasil**. São Paulo: Editora Unesp, 2011.

MUNHOZ, Luciana Batista. **O princípio da autonomia progressiva e a criança como paciente**. 160f. Brasília, 2014. Dissertação (Mestrado em Bioética) – Programa de Pós-Graduação em Bioética da Universidade de Brasília.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989.

_____. **Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1980.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal – parte geral – parte especial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NUSSBAUM, Martha C. Capabilities and Human Rights, **Fordham Law Review**, v. 66, nº 273, 1997.

_____. **Creating capabilities: the human development approach**. Massachusetts: Harvard University Press, 2011.

OLIVEIRA, Fábio Cesar dos Santos. Democracia e internet: a revolução digital e os desafios à representação política. **Revista de Informação Legislativa**. a. 50, nº. 199, jul./set. 2013.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, UNED, nº Extraordinario 2, 2004.

ORSI, Carlos. **Jogo da Baleia Azul: até que ponto devemos nos preocupar?** BBC Brasil, São Paulo, 29/04/2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-39753889>>. Acesso em: dezembro de 2019.

PAIS, Antônio Doval. **Fraudes alimentarios: evolución histórica y elementos esenciales del sistema de protección penal**. 623f. Valência, 1995. Tesis (Doctorado em Derecho) – Facultad de Derecho de la Universitat de València.

PASSARINHO, Nathalia. **Currículo do Dr. Bumbum cita curso não concluído e pós-graduações não reconhecidas**. BBC News Brasil, Londres, 20/07/2018.

Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44901621>>. Acesso em: janeiro de 2020.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Direito Penal, parte especial, v. 2: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Método, 2008.

PEIXOTO, Ari. **Laudo indica que bancária que fez procedimento com o Dr. Bumbum morreu de embolia pulmonar**. G1, Rio de Janeiro, 01/08/2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2018/08/01/laudo-indica-que-bancaria-que-fez-procedimento-com-o-dr-bumbum-morreu-de-embolia-pulmonar.ghtml>>. Acesso em: janeiro de 2020.

PERŠAK, Nina. **Criminalising harmful conduct: the harm principle, its limits and continental counterparts**. New York: Springer, 2007.

PESSINI, Leo. **Eutanásia: por que abreviar a vida?** São Paulo: Edições Loyola, 2004.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

PIZA, Paulo Toledo. **Estudante salvou ao menos 14 pessoas antes de morrer em incêndio**. G1, Santa Maria, 30/01/2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2013/01/estudante-salvou-ao-menos-14-pessoas-antes-de-morrer-em-incendio.html>>. Acesso em: janeiro de 2020.

POLAINO-ORTS, Miguel. Imputación objetiva: esencia y significado. In: CORCINO BARRUETA, Fernando; KINDHAÜSER, Urs; POLAINO-ORTS, Miguel. **Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho penal**. Juliaca: Editora Jurídica Grijley, 2009.

POPPER, Karl. **A Sociedade Aberta e seus Inimigos**. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 2 vols., 1987.

PRADO, Luiz Regis. Apontamentos sobre a punibilidade e suas condicionantes positiva e negativa. **Revista dos Tribunais**, v. 776, jun., 2000.

_____. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RANKIN, Jennifer. **Netherlands euthanasia case: doctor 'acted with best intentions'**. The Guardian, Brussels, 26/0/2019. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/2019/aug/26/doctor-on-trial-landmark-euthanasia-case-netherlands-dementia>>. Acesso em: dezembro de 2019.

REIS, Fellipe Guerra David. O Canibal de Rothenburg: um ensaio sobre a liberdade. **Revista Ética e Filosofia Política**, nº 13, Vol. 1, Jan. 2011.

REIS, José. Estado e mercado: uma perspectiva institucionalista e relacional. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, 95/2011, 11-34.

RENAUT, Alain. **O Indivíduo: reflexão acerca da filosofia do sujeito**. Rio de Janeiro: DIFEL, 2004.

ROBLES PLANAS, Ricardo. Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch a la teoría del tipo. In: FRISCH, Wolfgang; ROBLES PLANAS, Ricardo. **Desvalorar e imputar: sobre la imputación objetiva em Derecho penal**. Buenos Aires: Editorial B de F Ltda., 2006.

RODRIGUES, Sofia. **“Canibal de Rotemburgo” condenado a prisão perpétua**. Público, 10/05/2006. Disponível em: <<https://www.publico.pt/2006/05/10/jornal/canibal-de-rotemburgo-condenado-a-prisao-perpetua-77942>>. Acesso em: dezembro de 2019.

RORTY, Richard. Verdade, universalidade e política democrática (Justificação, contexto, racionalidade e pragmatismo). In: SOUZA, José Crisóstomo de (Org.). **Filosofia, racionalidade, democracia: os debates entre Rorty e Habermas**. São Paulo: Editora UNESP, 2005.

ROVER, Aires José. Observatório do governo eletrônico e conteúdos geoprocessados. In: GALINDO, Fernando. **El derecho de la sociedad em red**. Zaragoza: Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2013.

ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 38, p. 11-31, abr./jun. 2002.

_____. **A Tutela Penal da Vida**. São Paulo: Damásio de Jesus, 2003.

_____. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Barcelona: Marcial Pons, 2000.

_____. **Derecho penal: parte general, tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid: 1997.

_____. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. La heteropuesta en peligro consentida: ¿una discusión sin final?. **ADPCP**, vol. LXXI, 2018.

_____. La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida: sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en el Derecho Penal. **InDret: revista para el análisis del derecho**. Barcelona, Enero de 2013.

_____. **Novos estudos de direito penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. **Revista dos Tribunais**, vol. 922/2012, p. 291/322, Ago. 2012.

_____. **Problemas fundamentais de direito penal**. Lisboa: Editora Veja.

_____. **Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre.** 4. München: Verlag C. H. Beck, 2006.

RUDOLPHI, Hans-Joachim. **Causalidad e imputación objetiva.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

RUSSELL, Bertrand. **Casamento e moral.** São Paulo: Editora Unesp, 2015.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Liberdade(s) e função: contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro.** 395f. Curitiba, 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

SANDEL, Michael. **Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

_____. **O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SATZ, Debra. **Por qué algunas cosas no deberían estar en venta: los límites morales del mercado.** Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015.

SAVAGE, Michael. **Health secretary tells social media firms to protect children after girl's death.** The Guardian, 26/01/2019. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/politics/2019/jan/26/matt-hancock-facebook-social-media-suicide-self-harm-young-people>>. Acesso em: dezembro de 2019.

SCHOPENHAUER, Arthur. **O Livre Arbítrio.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.

SCHULTZ, Duane; SCHULTZ, Sydney Ellen. **História da psicologia moderna.** São Paulo: Cengage Learning, 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. A posição da vítima no sistema da justiça penal: um modelo em três colunas. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (Coord). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito.** São Paulo: Marcial Pons, 2013.

_____. **Direito penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional.** São Paulo: Marcial Pons, 2018.

_____. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In:

HEFENDEHL, Roland (ed.). **La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007.

SEARLE, John. **Mente, cérebro e ciência.** Lisboa: Edições 70, 2017.

SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basada em principios y el concepto de bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). **La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007.

SEN, Amartya. Agency and Freedom: The Dewey Lectures 1984. In: **The Journal of Philosophy**, Vol. 82, No. 4, abr. 1985.

_____. **Development as freedom.** New York: Mark Stein, 1999.

_____. Equality of what?; Freedom, achievement and resources. In: **Inequality reexamined.** Oxford: Oxford University Press, 1992.

_____. Well-Being, Agency and Freedom. **The Journal of Philosophy**, vol. 82, nº. 4, pp. 169-221, abr. 1985.

SERRES, Michel. **Polegarzinha: uma nova forma de viver em harmonia, de pensar as instituições, de ser e de saber.** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013.

SIBILIA, Paula. Imagens de corpos velhos: a moral da pele lisa nos meios gráficos e audiovisuais. In: COUTO, Edvaldo Souza; GOELLNER, Silvana Vilodre (Orgs.). **O triunfo do corpo: polêmicas contemporâneas.** Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

SILLMANN, Marina Carneiro Matos. **Recusa de tratamento médico por crianças e por adolescentes.** 155f. Belo Horizonte, 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

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

SOUZA, José Cavalcante de. (Org.). **Os Pré-Socráticos: fragmentos, doxografia e comentários.** São Paulo: Editora Nova Cultura Ltda., 1996.

STRATENWERTH, Günther. **Derecho penal: parte general I – El hecho punible.** Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

_____. Heteropuesta em peligro consentida em conductas imprudentes. **InDret: revista para el análisis del derecho.** Barcelona, jan., 2013.

STRECK, Maria Luíza Schäfer. **Direito Penal e Constituição: a face oculta dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SUNSTEIN, Cass. Nudging: A Very Short Guide, 37 J. **Consumer Pol'y** 583, 2014.

SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard. Libertarian Paternalism. **The American Economic Review**, Vol. 93, No. 2, Papers and Proceedings of the One Hundred Fifteenth Annual Meeting of the American Economic Association, Washington, DC, January 3-5, 2003.

_____. **Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness**. Yale: Yale University Press, 2008.

SUZUKI, Manuella Barbosa. **A influência da tecnologia na democracia: avaliando aumento ou modificação da participação popular no voto visando eleições ou decisões**. 106f. São Carlos, 2017. Dissertação (Mestrado em Ciência, Tecnologia e Sociedade). – Programa de Pós-Graduação do Centro de Educação e Ciências Humanas, da Universidade Federal de São Carlos.

TAVARES, Juarez. O consentimento do ofendido no Direito Penal. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 12, n. 0, 1969.

_____. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

TELES, Ney Moura. **Direito penal: parte especial: arts. 121 a 212, volume 2**. São Paulo: Atlas, 2004.

TORRALBA, Francesc. **Quanta transparência podemos digerir? : um olhar honesto sobre si mesmo, os outros e o mundo**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2018.

TOURAINÉ, Alian. **Pensar outramente: o discurso interpretativo dominante**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

TREVISOL, Elias Guilherme. **O jogo da Baleia Azul: consequências penais**. Justificando, 24/04/2017. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2017/04/24/o-jogo-da-baleia-azul-consequencias-penais/>>. Acesso em: dezembro de 2019.

TRIBUNA DO PARANÁ. **Homem é preso após gritar “Pula!” para jovem que ameaçava se jogar de viaduto na Grande Curitiba**. Tribuna, Curitiba, 05/10/2019. Disponível em: <<https://www.tribunapr.com.br/noticias/curitiba-regiao/homem-e-preso-apos-gritar-pula-para-jovem-que-ameaca-se-jogar-de-viaduto-na-grande-curitiba/>>. Acesso em: dezembro de 2019.

TRILLING, Lionel. **A mente no mundo moderno: conferência Jefferson em humanidades (1972)**. São Paulo: É Realizações, 2015.

TROYA, María Sosa. **Idoso que ajudou esposa a morrer: “Os policiais diziam: teríamos feito o mesmo”**. El País, Madri, 05/04/2019. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/04/05/internacional/1554461402_394602.html>. Acesso em: dezembro de 2019.

TV BAHIA. **MP-BA notifica Google e WhatsApp para que removam imagens da boneca ‘Momo’ das redes sociais**. G1, 18/03/2019. Disponível em:

<<https://g1.globo.com/ba/bahia/noticia/2019/03/18/mp-ba-notifica-google-e-whatsapp-para-que-removam-imagens-da-boneca-momo-das-redes-sociais.ghtml>>. Acesso em: dezembro de 2019.

ULLMANN, Reinholdo Aloysio. Indivíduo. **Teocomunicação**, v. 39, n. 2, mai/ago., 2009.

VALDES, Ernesto Garzón. ¿Es eticamente justificable el paternalismo jurídico?. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, nº 5, 1998.

_____. Sigamos discutiendo sobre ele paternalismo. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, nº 5, 1998.

VEYNE, Paul. **Foucault: seu pensamento, sua pessoa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 168.

VILCHES, Natalia Sánchez-Moraleda. Uso de drogas con fines de dopaje: hipótesis y soluciones concursales. In: PAIS, Antonio Doval (Dir.); GUILLEM, Clara Moya (Coord.). **Nuevos limites penales para la autonomía individual y la intimidad**. Pamplona: Editorial Aranzadi S.A., 2015.

VIRILIO, Paul. **The administration of the fear**. Los Angeles: Semiotex, 2012.

VIVES ANTÓN, Tomás. **Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

VON BELING, Ernst. **Esquema de derecho penal: la doctrina del delito-tipo**. Buenos Aires: Librería “El Foro”, 2002.

VON DER PFORDTEN, Dietmar. **Filosofia do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Editora D’Placido, 2018.

_____. Individualismo normativo e o direito. **Revista Direito Público**, nº 60, Nov-Dez, 2014.

VON HUMBOLDT, Wilhelm. **Os Limites da Ação do Estado**. Rio de Janeiro: Liberty Fund, 2004.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Aleman**. 4ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993.

_____. **Derecho penal: parte general**. Buenos Aires: Roque Depalma Ed., 1956.

WILLIAMS, Clifford. **Free will and determinism: a dialogue**. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1980.

WITTIG, Petra. Teoría del bien jurídico, *harm principle* y delimitación de ámbitos de responsabilidad. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). **La teoría del bien jurídico:**

¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho Penal: Parte General.** Buenos Aires: EDIAR, 2000.

_____. **Tratado de derecho penal: parte general, III.** Buenos Aires: EDIAR, 1981.