

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

BARTIRA MACEDO MIRANDA SANTOS

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/
FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Bartira Macedo Miranda Santos, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Matheus
Felipe De Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-098-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito penal. 3.
Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25.
: 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

Segue a apresentação de trabalhos que nortearam as discussões do GT de Direito Penal e Constituição por ocasião do XXIV Congresso Nacional do Conpedi, em Belo Horizonte/MG. Os textos, ecléticos que são, trazem contornos críticos e modernos acerca da pena e das categorias dogmáticas do crime e apresentam, à luz da realidade, propostas transformistas para uma maior e melhor adequação do direito penal às demandas sociais.

Como legado, fica a ideia de que o direito penal, como espécie de controle social de caráter formal e residual, carece de transformações legislativas e, sobretudo, hermenêuticas, que tragam maior legitimidade à imposição de sanções mais adequadas e humanas, segundo o paradigma constitucional presente no título do próprio Grupo de Trabalho.

Mas não é só, pois a leitura dos textos traz a boa perspectiva de que os autores estão atentos não só à violência que se apresenta ao direito penal, mas também àquela que ele mesmo proporciona com a imposição de penas inadequadas e desproporcionais, o que, em âmbito prognóstico, deverá contribuir para práticas que venham a construir um direito penal mais condizente aos reclamos sociais e à própria Constituição. Afinal, a sociedade hodierna, complexa e plural, carece de novas e mais adequadas práticas que não estejam ancoradas em velhas e ultrapassadas premissas e tradições.

Que venham os bons frutos do livro que ora se apresenta.

Belo Horizonte, novembro de 2015.

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

BARTIRA MACEDO DE MIRANDA SANTOS

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

A RESPONSABILIDADE PENAL NOS CASOS DE AUTOCOLOCAÇÃO DA VÍTIMA EM PERIGO

LA RESPONSABILIDAD PENAL EN SITUACIONES DE AUTOPUESTA EN PELIGRO DE LA VICTIMA

Lucas Gabriel Santos Costa

Resumo

São amplos e diversos os desafios que os fenômenos sociais impõem à dogmática jurídico-penal atual. O Direito Penal, enquanto um sistema de controle social, afirma a sua legitimidade ao abrir o seu sistema para uma valoração político-criminal do corpo social ao qual se vincula. Nesse contexto, o objetivo do estudo é a análise da valoração do comportamento do ofendido enquanto critério de imputação do resultado típico, e de determinação da responsabilidade penal, nos casos de participação em uma autoexposição ao perigo, bem como nos casos nos quais alguém se expõe a um perigo decorrente da ação arriscada de um terceiro. Para isso, desenvolve-se, através do método dedutivo, uma análise do sistema causal-naturalista até o sistema funcionalista do delito, perpassando pela teoria da imputação objetiva, identificando os caracteres que determinaram a evolução da análise dogmática até o momento atual, que demanda uma mudança de paradigma com a necessária análise de todos os participantes do fenômeno delitivo como critério à imputação de um resultado típico e, conseqüentemente, da responsabilidade penal.

Palavras-chave: Funcionalismo penal, Vitimodogmática, Consentimento do ofendido

Abstract/Resumen/Résumé

Son grandes y diversos los desafíos que los fenómenos sociales requieren de la corriente dogmática jurídico penal. El Derecho Penal, como un sistema de control social, dice su legitimidad al abrir su sistema a una valoración político-criminal del cuerpo social al que se une. En este contexto, el objetivo del estudio es examinar la valoración de la víctima como criterio de imputación del resultado típico, y la determinación de la responsabilidad penal en los casos de participación en una auto-exposición al peligro, y en los casos en los que alguien está expuesto a un riesgo resultante de arriesgada de una acción de terceros. Para ello, se desarrolla a través del método deductivo, un análisis del sistema-causal naturalista al sistema funcionalista del delito, pasando por la teoría de la imputación objetiva, la identificación de los personajes que determinaron la evolución del análisis dogmático a la situación actual, que exige un cambio de paradigma en el análisis necesario de todos los participantes en el fenómeno criminal como criterio para la asignación de un resultado típico y en consecuencia la responsabilidad penal.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Funcionalismo penal, Vitimodogmática, El consentimiento de la víctima

1 INTRODUÇÃO

A auto-exposição da vítima em perigo tem sido um dos principais temas discutidos pela doutrina jurídico-penal nos últimos anos. O tema, atual, é conteúdo constante nos estudos que postulam a inserção da análise do comportamento da vítima na dogmática penal, sobretudo na teoria geral do delito, com objetivo de observar a sua influência no processo de materialização do resultado penalmente relevante.

É nesse âmbito que o presente estudo expõe como objetivo a construção de uma abordagem analítica e crítica sobre as propostas de (não) punição do fato decorrente da interação entre vítima e autor. Assim, justifica-se pela necessidade da investigação sobre a importância da intervenção da vítima na dogmática penal, especialmente na caracterização da tipicidade penal, contribuindo para uma maior reflexão, ou melhor solução, no âmbito da fundamentação da imputação da responsabilidade penal inerente a um resultado danoso como fenômeno que decorre da conduta proibida de uma pessoa.

Importante considerar que, no presente estudo, o comportamento da vítima é relevante à caracterização da responsabilidade penal, por isso, busca analisar a construção de parâmetros que disponham sobre a importância do comportamento da vítima no Direito Penal. O estudo obedece a um recorte vinculado à análise das conseqüências de uma auto ou heteroexposição do ofendido a um perigo e a possível responsabilidade de um terceiro em tal exposição.

É nesse sentido que se rompe com o paradigma historicamente moldado que atribui à vítima o papel de sujeito passivo e objeto material na teoria do crime, no máximo um interveniente capaz de, com o seu comportamento, minorar o *quantum* de pena destinado ao participante de uma ação a próprio risco.

Neste artigo, valora-se a interatividade entre vítima e autor frente ao perigo. Especificamente, tem por problema a ser criticado, a responsabilidade penal nos fenômenos da participação de um terceiro em uma auto-exposição em perigo alheia e a heteroexposição consentida em perigo, pressupondo, logicamente, um ofendido que interfere ativamente no curso causal da ação de exposição ao risco e, conseqüentemente nos fatores que levam o risco a se realizar no resultado danoso.

Com esse propósito, a construção do trabalho se deu com a descrição da evolução dos pensamentos que propunham uma sistematização e desenvolvimento dogmático sobre a compreensão do delito. Tem-se, num primeiro momento, o estudo da evolução do sistema naturalista causal até o funcionalismo penal, abordando as suas principais características,

formando um conteúdo essencial para compreensão dos fenômenos que aqui se destina analisar. Após, tal análise se aprofunda no âmbito do funcionalismo penal, especialmente no tópico referente à teoria da imputação objetiva, considerando, igualmente, as contribuições da vitimodogmática e do consentimento do ofendido.

Sem almejar o exaurimento do tema, o artigo afere os critérios normativos que são colocados como integrantes de um juízo de atribuição da responsabilidade penal. Utilizando-se do método dedutivo, através de crítica à doutrina nacional e estrangeira, expõe uma base analítica inerente ao tratamento jurídico-dogmático atribuída aos casos de referência que constituem o conteúdo do problema em estudo.

2 O SISTEMA NATURALISTA

A investigação sobre os critérios que integram uma análise contemporânea dos institutos da teoria do delito pressupõe a exposição dos mais importantes sistemas metodológicos que serviram de base para construção e desenvolvimento dos seus elementos integrantes. Relevante é demonstrar que por séculos a compreensão analítica sobre o delito passou sobre o estudo da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. O conceito de crime continua o mesmo, mas a valoração sobre os elementos que integram se modificou com o caminhar do tempo (GRECO, 2000, p. 01).

O sistema causal-naturalista tem fundamento na concepção de cientificidade voltada à compreensão das ciências da natureza. Decorre de estudos realizados em meados do século XIX, principalmente por Franz Von Liszt e Ernest Beling, influenciados pelo naturalismo (CAMARGO, 2002, P. 46). O Positivismo impulsionou a elaboração de um contexto voltado à atribuição do caráter científico ao Direito, condicionando-o a uma aferição natural e exata dos seus elementos. À época, a ciência do Direito deveria se adaptar aos parâmetros das ciências naturais, uma vez que os elementos mensurados no sistema jurídico deveriam seguir regras voltadas a uma determinação lógica equivalente às ciências exatas e da natureza (BRANDÃO, 2003, p. 20).

A teoria do crime, nesse sistema, deveria ser capaz de constituir bases sólidas como pressuposto de estabilização e cientificidade à análise jurídica do crime, restringindo as apreciações filosóficas, psicológicas e sociológicas na concepção do fato criminoso. O sistema clássico buscava a organização e classificação de elementos como fórmulas matemáticas para caracterização do delito. (ROXIN, 2002, p. 06).

Toda matéria com caráter objetivo era atrelada ao tipo e à antijuridicidade, sendo que o tipo possuía caráter apenas descritivo e a antijuridicidade, valorativo, uma vez que esta representava a contrariedade da ação com a lei. O subjetivo, por sua vez, era submetido à culpabilidade, descritiva, que representa a ligação subjetiva da modificação do mundo exterior com o seu autor. Importante observar que a análise pessoal da responsabilidade jurídico-penal se realizava em outras categorias do sistema, como a antijuridicidade e a culpabilidade, já que o tipo era meramente descritivo (GRECO, 2000, p. 02).

O conceito de ação possui caráter natural e pré-jurídico, determinado como um movimento voluntário que causa uma modificação no mundo exterior. Após a realização da ação, o operador do direito deveria seguir a classificação formal dos elementos contidos nos elementos do delito (BRANDÃO, 2003, p. 21). O tipo penal tinha por base uma ação não valorada conectada a um resultado que se realizava com a subsunção ao tipo, ligados por um nexo de causalidade natural que seguia a teoria dos antecedentes, determinando como autor todo aquele sem o qual o resultado não ocorreria (ROXIN, 2012, p. 01).

Apesar dos avanços, sobretudo na classificação e sistematização de categorias autônomas para teoria geral do crime, capaz de propiciar mais justiça e segurança na compreensão dos institutos e elementos essenciais ao delito, o sistema naturalista peca por se limitar ao resultado obtido através de uma análise classificatória e formal, sem considerar a valoração dos fenômenos naturais, sobretudo a qualificação da ação humana. No sistema naturalista não cabe valorar a questão da imputação, “se o autor causou o resultado, está preenchido o tipo. Se tal causação foi prevista ou, ao menos, previsível, haverá culpabilidade. Não há o que valorar, basta justificar.” (ROXIN, 2002, p. 13).

O sistema causal foi essencial para uma inicial sistematização das categorias do delito, mas contentava-se com a mera equivalência do fato com o dispositivo legal, sem considerar que o fato natural se adjetiva como jurídico por meio de um juízo de valoração que lhe atribui significado. A insuficiência do sistema frente a problemas sociais remetidos ao Direito revelou a impossibilidade em se seguir um critério que acaba por considerar o processo de subsunção automática do fato e a causalidade naturalística como suficiente para determinar a imputação.

3 O SISTEMA NEOKANTIANO

O sistema neokantiano ou neoclássico é um movimento de mudança paradigmática sobre a abordagem dos elementos que integram a teoria do delito. Sob influência da filosofia

dos valores e da filosofia neokantiana, buscou uma sustentação autônoma em relação às ciências da cultura, ou seja, ciências sociais, com um método próprio, axiológico e normativo, desvinculado das ciências da natureza do sistema anterior.

O sistema neokantiano é decorrente da inserção dos valores como método inerente às ciências da cultura. Nesse sentido, houve uma superação do paradigma positivista com a supressão do dogma que impunha limites à atribuição de cientificidade aos estudos vinculados a métodos valorativos. “Enquanto as ciências naturais se limitam a explicar fatos, submetendo-os à categoria da causalidade, as ciências da cultura querem compreendê-los – são ciências compreensivas, e não só explicativas – o que implica referi-los a finalidades e a valores” (GRECO, 2000, p. 03).

O crime passou a ser considerado como o injusto culpável. O fato típico era considerado como o indício da antijuridicidade penal, uma vez que o fato só deveria ser juridicamente típico após um juízo de valoração que se realizava com a apreciação e compreensão do mesmo perante o ordenamento jurídico.

Nesse contexto, o tipo penal, enquanto fato antijurídico, deu base à construção da antijuridicidade tipificada, sendo denominada de tipo de injusto, com a presença de elementos subjetivos e normativos. A ação passa a ter caráter valorativo, antijuridicidade deixa de ser formal, enquanto contradição da norma jurídica e passou a ser material, representando lesão social. (SANTOS, 2008, p. 78).

O procedimento do sistema neokantiano é valorativo e busca uma qualificação da ação com o conteúdo que forma a estrutura do sistema do delito. Assim, tal ação deixa de ser neutra, uma simples modificação na natureza, para ser uma conduta valorada normativamente, ou seja, compreendida e interpretada conforme o sistema jurídico-penal, como uma conduta materialmente danosa. Em tal sistema, não há relevância na diferenciação entre tipo e antijuridicidade, uma vez que os elementos antecipavam a valoração da antijuridicidade para a tipicidade, entendidos como elementos negativos do tipo (TAVARES, 2002, 136).

O sistema neokantiano pecou por se apoiar num dualismo metodológico que o colocava num normativismo extremo – a compreensão do valor ignorava a importância do fenômeno. O sistema propunha a separação entre o acontecimento natural e o normativo, limitando a relação entre ambos, distanciando o sistema de compreensão da própria realidade e da necessidade político-criminal. É prudente observar o sistema jurídico-penal enquanto um sistema aberto, que tem como base o sistema social e busca sua legitimidade e compreensão da realidade na qual se insere (GRECO, 2003, p. 04).

4 O SISTEMA FINALISTA

O sistema finalista da ação, sob a égide de Hans Welzel, buscou qualificar a ação humana enquanto direcionada a uma finalidade. A Teoria Final da Ação entende que a ação humana é um acontecimento finalista (WELZEL, 1951, p. 19). A pretensão era a superação do dualismo metodológico do neokantismo, considerando que Direito deve regular ações humanas e naturais, devendo, assim, seguir a natureza finalista do agir humano. Sendo assim, só pode proibir ações finalistas, uma vez que o homem só age finalisticamente (GRECO, 2003. p. 04).

O sistema finalista se edifica sobre o conceito de ação. O tipo deixa de ser o injusto típico e passa a ser a descrição legal, isto é, normas vinculadas a uma conduta proibida que indicam o caráter antijurídico da ação motivada a uma finalidade. A finalidade da ação é representada pelo dolo, que agora integra o tipo. A essência da ação humana não está no puro fenômeno natural da causação, mas “no direcionamento, guiado pela vontade humana, de um curso causal no sentido de um determinado fim antes tomado em vista” (ROXIN, 2012, p. 01).

A teoria finalista buscou fundamento na ação humana, com isso propôs a união de aspectos objetivos e subjetivos no injusto penal. Nesse sentido, o tipo penal passou a ter uma conotação pessoal, havendo o deslocamento do dolo ao tipo, que é integrado pelo tipo objetivo, composto da ação, nexos de causalidade naturalístico e resultado, bem como pelo tipo subjetivo, que tem como conteúdo a finalidade representada pelo dolo. Assim, o injusto que era naturalista passou a ser pessoal (BITENCOURT, 1997, p. 43).

O sistema finalista ressalta o desvalor da ação, sendo fundamental a finalidade na ação humana. Nessa construção, o tipo deixa de ser a essência da antijuridicidade e passa a ser um tipo de injusto, ou seja, o indício da antijuridicidade. Surge, igualmente, a aferição do elemento subjetivo nas causas de justificação e a culpabilidade passa a ser normativa e representa o juízo de reprovação, apoiado na concepção de livre arbítrio na condição de poder agir de outro modo.

O finalismo, ao dizer que a ação final é a que deve ser proibida, também recaiu no mundo do ser. O sistema utiliza o nexos de causalidade natural, pré-jurídico, no juízo de tipicidade objetiva, com isso não limita a responsabilidade penal através de uma valoração normativa de fenômenos vividos como critério de imputação no âmbito do tipo objetivo. A determinação de limites à imputação do resultado nos casos de inadequação causal se faz

através da compreensão do tipo subjetivo, especificamente, do dolo, elemento que designa a finalidade, capaz de limitar o regresso ao infinito na imputação do resultado.

Apesar dos avanços, o sistema finalista retomou, em parte, as concepções naturalistas, formais e classificatórias, desprezando a necessidade de valoração de problemas normativos. A análise da conduta como uma ação final inerente a uma “realidade já organizada, e com um contexto ontológico definido, antes de sua disciplina jurídica” (LUIZI, 1987, p. 37) representa que a finalidade, está contida no tipo penal. Integrando a sua parte subjetiva, no entanto, o tipo objetivo continua a possuir no nexo de causalidade naturalístico o principal critério de imputação.

5 OS SISTEMAS FUNCIONALISTAS

O sistema finalista criou bases ao desenvolvimento do sistema penal com sustentação na dignidade humana. O desenvolvimento se impõe com um sincretismo metodológico através de correntes ecléticas, dentre as quais se evidenciam as funcionalistas de “tendência teleológica que assinalam um normativismo conceitual.” (PRADO, 2006, p. 64).

Os sistemas funcionalistas buscam a adequação dos institutos do Direito Penal aos parâmetros de Política Criminal. Propõe que o direito penal deve possuir um caráter valorativo, normativo, com fundamento nas finalidades contidas na política criminal (PRADO, 2006, p. 65). O procedimento funcionalista não modifica a ordem dos elementos dentro da dogmática penal, sendo decorrente da evolução dos sistemas anteriores, mantendo a estrutura interior do sistema finalista da ação. O que o difere do sistema anterior é que as concepções funcionalistas agregam a política criminal à análise dos institutos da dogmática do crime, utilizando da estrutura do finalismo e do método valorativo neokantiano, agora, buscando a fundamentação de todo o sistema nos fins do direito penal para sociedade.

Então, se a missão constitucional do Direito Penal é a proteção subsidiária de bens jurídicos através da pena, que tem a função de prevenção, então é necessário que todo o sistema seja funcionalizado, buscando a construção de categorias que desempenhem um papel que justifiquem a missão do Direito Penal dentro do sistema. Se o delito é um conjunto de pressupostos da pena, devem ser estes construídos tendo em vista a sua consequência, ou seja, a pena. Assim, os fins da pena passam a ter importância maior no sistema funcionalista, rechaçando a pena retributiva e considerando a preventiva, principalmente a geral.

O funcionalismo insere a valoração dos conceitos de política criminal no sistema jurídico-penal. Fato ressaltado por Greco (2000, p. 04), quando afirma: “Substituição de valorações difusas não hierarquizadas por valorações político-criminais referida à teoria dos fins que possuem a pena e o Direito penal dentro de um Estado material de Direito, que se fundamenta o funcionalismo.”

Nesse contexto, os elementos da teoria do delito devem se funcionalizar com base num conteúdo de política criminal, criando categorias analíticas à imputação e, após, aplicar-se numa lógica tópica, caso a caso, respeitando as diferenças como um postulado de justiça. Há uma síntese de pensamentos dedutivos, formados por valorações político-criminais, e indutivo, com a composição de grupo de casos (GRECO, 2000, p. 08).

6 A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

A Teoria da Imputação Objetiva, seguramente, é um marco teórico fundamental para compreensão do tratamento jurídico dispensado à análise do comportamento da vítima como critério de imputação do resultado ao terceiro interveniente numa ação arriscada da vítima, bem como nos casos nos quais a vítima se expõe a um risco criado por um terceiro.

Karl Larenz e Richard Honig e, posteriormente, Claus Roxin são responsáveis pelo desenvolvimento do tema. A teoria busca inserir uma valoração normativa no âmbito do juízo de tipicidade penal, que, para além da determinação de umnexo de causalidade naturalístico vinculando ação e resultado, determina como fundamental a inserção de um juízo de imputação, normativo, com critérios que orientam e atrelam um resultado como obra do agente (CAMARGO, 2002, p. 61-80).

Nos delitos comissivos, são requisitos: a) a criação de um risco juridicamente proibido – imputação do tipo objetivo; b) a realização do mesmo risco no resultado – imputação do resultado. Assim, a imputação de um resultado como decorrente da conduta do agente ocorrerá quando o comportamento deste gerar um risco juridicamente não permitido que se realiza num resultado concreto contido no alcance do tipo penal (ROXIN, 2002 ,313-352).

Nesse sentido, os fenômenos jurídico-penais não devem se restringir aos critérios puramente causais e naturalísticos. O pensamento é que o conteúdo da tipicidade não se completa com a ação neutra e natural, mas de uma análise dos fins de política criminal do ordenamento jurídico, considerando os fins da pena como elementos destinados à resolução dos problemas sociais através da proteção ao bem jurídico.

A teoria se desvincula donexo de causalidade material causal e passa a ter como um ponto de partida o princípio do risco (PRADO, 2006, p. 75-119). A compreensão do tipo objetivo na teoria da imputação objetiva é importante para solucionar os casos de auto-exposição do ofendido ao risco, pois dispõe da necessidade de criação de um risco juridicamente proibido que se materialize num resultado contido no âmbito de proteção da norma penal.

O centro de gravidade sobre os pressupostos de imputação do resultado como obra de alguém sai do tipo subjetivo, especificamente da aferição do dolo, para uma maior compreensão do tipo objetivo. O dolo deixa de ser o único elemento a limitar a responsabilidade penal no âmbito do tipo, uma vez que, para além do nexode causalidade naturalístico, a aferição do tipo objetivo dependerá da verificação de critérios normativos de imputação.

7 O ÂMBITO DE PROTEÇÃO DA NORMA

O âmbito de proteção da norma se refere a um terceiro grupo de casos que diz respeito às situações nas quais ainda que haja a criação de um risco proibido que se realize no resultado, não haverá imputação de tal resultado ao autor, pois tal não se insere no âmbito das condutas que a norma penal visa proibir. Considerando os casos de autoexposição ao perigo, o âmbito de proteção da norma encontra seu limite na autorresponsabilidade da vítima, uma vez que o alcance do tipo não abrange as hipóteses nas quais a vítima, com a completa visão do risco e de forma responsável, deseja se autocolocar em perigo (ROXIN, 2012, p. 03).

Trata-se da necessidade de análise do alcance do tipo, ou seja, da perfeita determinação do âmbito de proteção da norma de cuidado constante nos tipos penais. Assim, as normas, em regra, proíbem matar, lesionar, danificar, enfim é preciso aferir se a norma a que se subsume a conduta lesiva se destina à proteção dada à suposta lesão decorrente do resultado. Por isso, pode não ocorrer a imputação no caso concreto quando o fim de proteção da norma inscrita no tipo não compreender os resultados ocorridos, ou seja, quando o tipo penal for criado para tutelar acontecimentos que divergem da realidade fenomênica (ROXIN, 2002, p. 352).

Com isso, surge um grupo de casos constituído por Claus Roxin, decorrente da jurisprudência alemã A e B realizam uma corrida de motos num terreno intransitável, A sofre um acidente mortal por sua própria culpa (ROXIN, 2002, p. 354 – 355). A entregou uma seringa de heroína a B, falecendo esta após se auto-injetar (ROXIN, 2002, p. 357). Um

barqueiro, perante a insistência de dois viajantes e apesar de haver-lhes advertido do perigo que supunha para o seu negócio, considerando o tempo instável e a profundidade das águas, aceitou cruzar o rio com eles a bordo. O barco emborcou e os viajantes se afogaram. (ROXIN, 2012, p. 05) Uma mulher ao ter relações sexuais com um homem, sabendo que este está enfermo de AIDS, renuncia a utilizar medidas de proteção e resulta por isso infectada. (ROXIN, 2012, p. 05). Um trabalhador da construção se expôs ao viajar sobre a insegura superfície de carga desse veículo ao contrário do que o condutor lhe aconselhava, e ao se produzir, sem culpa deste, um acidente, ele foi jogado para calçada, produzindo-se a sua morte. (ROXIN, 2012, p. 05). Vários jovens praticavam, de acordo com o motorista do automóvel, o esporte de se manter em pé sobre o teto do veículo circulando de 70-80 km/h. Quando um dos jovens cai e resulta gravemente lesionado. (ROXIN, 2012, p. 05). “Uns jovens tinham organizado uma competição automobilística (uma prova de aceleração), consistente em que um dos automóveis, circulando um ao lado do outro a uma velocidade de 240 km/h, passaram um terceiro veículo não envolvido na competição. Ao realizar a manobra, muito difícil de realizar por causa da estreiteza da calçada, um dos participantes derrapou e virou, morrendo um dos seus passageiros. A questão é se ambos os condutores foram responsáveis por um homicídio culposo, apesar de que os passageiros estarem de acordo com a prova de aceleração e filmaram toda a corrida e de que quem sofreu finalmente o acidente fatal era quem havia dado o sinal de saída. (ROXIN, 2012, p. 05-06).

Em regra, seguindo os parâmetros de política criminal, inerente ao estudo da imputação objetiva, com a criação de um risco não permitido que se realize no resultado, realiza-se o tipo objetivo. No entanto, a discussão que se impõe é que, por vezes, o resultado que decorre da concretização do risco não permitido não se amolda ao âmbito de proteção estabelecido pela norma penal.

Os casos apresentam uma interação entre vítima e autor na concepção e desenvolvimento do risco. Tal interação acresce um maior grau de complexidade na determinação da responsabilidade penal decorrente das lesões resultantes da ação perigosa. O desenvolvimento do tema está em curso, no entanto, seguem algumas diretrizes para determinação da imputação.

8 A CONTRIBUIÇÃO A UMA AUTOCOLOCAÇÃO EM PERIGO

Inicialmente, é fundamental destacar o que é a autocolocação em perigo. Ocorre tal fenômeno quando alguém se expõe voluntariamente a uma própria ação arriscada,

perigosa, ainda que alguém, um terceiro, tenha contribuído para a sua produção. Difere da autolesão, que ocorre quando alguém gera um resultado lesivo ao seu próprio bem jurídico. Enquanto na autocolocação em perigo, o titular do bem jurídico apenas se expõe ao risco próprio, na autolesão ele lesa o seu próprio bem.

Tal diferenciação se torna necessária, já que a análise sobre qual tratamento jurídico deve ser dado, especialmente quanto à responsabilidade penal, às pessoas que participam de autoexposições em perigo alheias. O fenômeno da participação em uma autocolocação em perigo é alocado como um gênero de uma categoria analítica na terceira fase da imputação objetiva, ou seja, na análise do alcance da proteção da norma penal. A participação, assim, insere-se como um fenômeno observável fora do âmbito de proteção da norma penal, excluindo a imputação objetiva de um resultado ao agente que se limita a participar da criação de um risco próprio da vítima.

O fundamento de tal impunidade decorre de uma análise de ponderação entre a exposição ao perigo e a realização da própria lesão. O argumento parte do pressuposto de que no Direito alemão, a participação em suicídio e em autolesão, em regra, não é punível, logo, a participação em uma auto-exposição em perigo também não deve ser.

A análise que se segue é se na participação dolosa em autolesão, que representa um fenômeno mais lesivo, não há punibilidade, não deve haver, igualmente, na participação dolosa ou culposa numa autolocalização em perigo, que representa um menos em relação à autolesão. Sendo assim, impunível a participação em uma autocolocação em perigo com base num juízo de equivalência com a participação na autolesão. (ROXIN, 2013, p. 353-354).

Se a participação em uma colocação em perigo não pode ser punida por não se punir a participação na autolesão, também não se deve tentar deslocar a punibilidade ao tipo de homicídio culposo, uma vez que o âmbito do tipo de homicídio não alcança resultados decorrentes de uma participação em autocolocação em perigo. Para que exista a imputação, o tipo deve abarcar a espécie de risco criado, bem como o resultado e suas circunstâncias. É necessário realizar um risco não permitido, que o risco se materialize num resultado subsequente, que este resultado esteja compreendido no âmbito de proteção da norma.

É necessário evidenciar que a não imputação do resultado decorre, para além dos critérios formais e normativos vinculados à referência da punibilidade da autolesão, também num critério material, ou seja, na análise do âmbito de conhecimento acerca do risco assumido pela vítima. Assim, a não imputação depende do conhecimento equivalente entre quem se coloca em risco e quem contribui para tal colocação. Nesse sentido, se o provocador souber que a vítima não tem consciência do risco inerente à sua ação, o risco por ele criado

não pode ser analisado como compreendido pela vontade da vítima. Se o provocador tiver mais consciência que a vítima sobre o risco a ser enfrentado, haverá imputação.

No caso de um terceiro que entrega uma seringa de drogas a alguém, para consumo deste que, consciente do perigo, utiliza a substância e morre, o terceiro criou um perigo não permitido (a entrega da seringa de drogas) que se realizou no resultado, a morte. Contudo, tal conduta não deve ser punida por homicídio culposo, pois deve ter como fundamento de imputação o comportamento da vítima, no caso, a sua autocolocação em perigo.

No Brasil o induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio é crime previsto no artigo 122 do Código Penal, no entanto, a participação culposa não é punível. Logo a participação culposa em autocolocação em perigo não deve ser punível, uma vez que não se amolda ao tipo de homicídio culposo, tampouco pode se subsumir ao auxílio, instigação ao suicídio, que é crime doloso. Utiliza-se, assim, o princípio da autorresponsabilidade como fundamentação material e critério de imputação hábil à exclusão da tipicidade penal. A aferição do tipo objetivo desloca-se para o potencial de autodeterminação da vítima que de forma consciente e voluntária se expõe a um risco. (ROXIN, 2002, p. 353-366).

9 A HETEROCOLOCAÇÃO EM PERIGO CONSENTIDA

Não é pacífico o entendimento sobre a existência de diferenças ontológicas entre a auto e heterocolocação em perigo. No entanto, serão apresentadas análises considerando as especificidades que as destacam enquanto categorias autônomas. Igualmente, é aferível que quem se expõe ao risco de terceiro tem o menor poder de evitar o resultado, já que tem reduzido o potencial de valorar a capacidade de controlar o risco, bem como tem diminuído o poder de intervir no acontecimento (ROXIN, 2013, p. 09).

A heterocolocação em perigo consentida compreende um grupo de casos nos quais a vítima com consciência e voluntariedade se expõe ao perigo gerado por um terceiro. Inicialmente, cabe destacar que na heterocolocação em perigo consentida alguém aceita a exposição de um perigo vindo de um terceiro, o consentimento na heterolesão, por sua vez, se expressa quando alguém deseja que um terceiro lhe cause uma lesão. Nesta, o consentimento compreende o resultado, naquela, o consentimento se limita à ação arriscada (LUZÓN PEÑA, 2010, p. 61).

Na heterocolocação em perigo consentida não é a vítima que se expõe a perigo próprio, ela se coloca ou deixa colocar-se, com plena consciência do risco, em um perigo

resultante de uma outra pessoa (ROXIN, 2002, p. 367). Nesse caso, em regra, a conduta do terceiro que cria o risco na heterocolocação em perigo consentida é punível.

A heterocolocação em perigo consentida é estruturalmente diferente da autolesão. O poder de evitação da vítima é característica do déficit de controle inerente a quem se expõe a um perigo de terceiro. Como exemplo, a situação de perigo não é idêntica na prova de aceleração das motos, no caso em que a vítima pilota a própria moto ou segue no carona do agente, pois o acompanhante não pode saber como e em quais medidas poderá controlar os riscos, nem interromper um processo que se mostre como um desvio causal perigoso, tornando-se indefeso frente aos atos que o condutor poderia cometer.

No entanto, em alguns casos a heterocolocação em perigo poderá equivaler a uma autocolocação em perigo, nesses casos, o potencial de controle e conhecimento dos riscos pela vítima são fundamentais para determinar a impunidade do terceiro. Assim, quando a heterocolocação em perigo consentida equivaler-se a uma autocolocação em perigo pela vítima, o resultado lesivo não será punível (ROXIN, 2013, p. 14-15). Tal equivalência não é sempre possível, pois na heterocolocação em perigo, a vítima, que se deixa expor a um risco, está mais vulnerável aos acontecimentos que alguém que se expõe a risco próprio, que tem um maior controle sobre o curso causal da ação perigosa.

Nesse caso, os pressupostos da equivalência são: que o dano seja consequência do risco consentido, excetuando os erros causais e acontecimentos adicionais, e a vítima deve ter a mesma responsabilidade pelo risco que o autor, conhecendo o perigo na mesma medida e expondo-se voluntariamente ao mesmo. Ou seja, exclui-se a imputação do resultado nas hipóteses nas quais a vítima conhece o risco e toda a sua extensão, considerando que o resultado seja decorrente do risco assumido e não de outros fatos adicionais; que a vítima possua a mesma responsabilidade pela atuação comum que o terceiro que cria o perigo (ROXIN, 2013, p. 15).

Assim, não haverá punibilidade quando, apesar de uma tempestade, o freguês deseja que o condutor de um barco faça a travessia de um rio. O condutor desaconselha que se proceda a travessia, expondo os perigos da mesma, mas o freguês insiste, o condutor realiza o risco, o barco afunda e o freguês morre. Haverá imputação, por sua vez, se o agente tiver maior responsabilidade sobre o perigo que a vítima. Privilegia-se a autorresponsabilidade da vítima frente à responsabilidade de terceiros sobre bens jurídicos alheios (ROXIN, 2002, 370-371).

Ao equiparar a heterocolocação e a autocolocação o que se busca é uma proximidade fático-normativa entre a ação da vítima e do terceiro. Ou seja, não é imputável

quando a conduta arriscada do terceiro possa ser observada como conduta própria da vítima. Então, os pressupostos ligados ao consentimento livre na ação arriscada, o aspecto cognitivo do conhecimento do risco e, sobretudo, a mesma carga de responsabilidade ao assumir o risco, são critérios normativos que tentam aproximar ou igualar a conduta do terceiro como se da vítima o fosse. A intenção é transformar a responsabilidade da vítima em um critério normativo de imputação nos casos em que a vítima se expõe ao perigo procedente de outro com a mesma responsabilidade.

É essencial destacar que o fato de um bem se atrelar a uma pessoa como o seu titular, não quer dizer que o mesmo tem o potencial pleno de relativizar a proteção penal sobre o mesmo. Ainda que um bem possua o viés individual, pode ele ter valor que ultrapassa a esfera pessoal por carregar em si um conteúdo de caráter essencial à coletividade. É importante ponderar que os interesses sociais, de ordem pública e privada, inerentes à convivência comunitária não devem se sobrepor, mas coexistir. (MINAHIM, 2008, p. 65-80). “O ideal deverá evitar o homem atomizado, e também a totalidade esmagadora.” (MINAHIM, 2008, 67).

10 VITIMODOGMÁTICA

A autoexposição da vítima ao perigo, para além da análise na seara da teoria da imputação objetiva, como critério ao juízo de tipicidade, também é estudada no âmbito da vitimodogmática. A vitimodogmática surge como um postulado doutrinário voltado a uma reinterpretção dos elementos que formam o conteúdo do delito com a inserção de postulados vitimológicos.

Ela introduz a necessidade de abertura da dogmática para observação da vítima como pressuposto à necessidade de proteção do bem jurídico, considerando o princípio vitimológico como critério para exclusão da responsabilidade penal. Busca, com isso, uma interpretação teleológica dos tipos penais, examinando até que ponto a contribuição da vítima no fato criminoso pode determinar uma corresponsabilidade capaz de influir na redução ou exclusão da responsabilidade penal do autor (SILVA SANCHEZ, 1998, p. 151).

O Direito Penal, com a função exclusiva de proteção aos bens jurídicos, exige que não existam limitações desnecessárias à liberdade civil. Assim, os princípios gerais do Direito Penal devem ser utilizados num processo de interpretação do bem jurídico e das estruturas do delito como um instrumento para concretização das liberdades constitucionais. Nesse contexto, deve se respeitar a máxima vitimodogmática como um componente do princípio da

ultima ratio (SCHÜNEMANN, 2011, p. 27). Nesse contexto, a punição estaria violando a vontade do titular do bem e, conseqüentemente a sua liberdade de ação garantida constitucionalmente (MINAHIM, 2008, p. 68).

Seguindo a máxima vitimodogmática, enquanto um componente da *ultima ratio*, a sanção penal não deve ser aplicada nos casos nos quais a vítima não precisa de proteção, ou seja, a tutela penal não se adéqua aos casos nos quais a vítima pode proteger-se de forma eficiente e não o faz. Discute, assim, a relevância do comportamento da vítima, especialmente nos crimes de relação, que necessitam de uma direta colaboração entre o autor e a vítima (GRECO, 2004, p. 46).

Nesse caso, deve se observar o princípio da subsidiariedade e da proporcionalidade da intervenção penal, uma vez que o titular do bem, podendo, não adotou as medidas necessárias à sua preservação. Exclui, assim, a tipicidade, pois não existe a necessidade e merecimento de proteção penal quando a vítima não se protege e passa, voluntariamente, a correr riscos. (SILVA SANCHEZ, S/D, p. 109).

11 IMPUTAÇÃO AO ÂMBITO DE RESPONSABILIDADE DA VÍTIMA

O âmbito de responsabilidade da vítima como critério de imputação tem por base a análise de uma intervenção qualificada no curso do comportamento lesivo do agente, que retira deste a responsabilidade decorrente do resultado danoso. Parte da necessária análise da intervenção do sujeito, que se lesionou, no âmbito do juízo de tipicidade penal da conduta lesiva: A exclusão da tipicidade pela responsabilidade da vítima, que avoca ao seu âmbito de competência o resultado inerente à conduta do agente (MELIÁ, 1998, p. 52).

São casos nos quais tanto a vítima quanto o autor são responsáveis pela criação do risco que gerou o resultado, bem como naqueles em que a conduta descuidada da vítima ocorre depois de um comportamento do autor que expõe os seus bens.

O fundamento é o princípio da autorresponsabilidade, que se concretiza como a necessidade de respeito ao desenvolvimento da liberdade e personalidade dos indivíduos, imprescindível à convivência comunitária. A sociedade constituída limita, mas não subtrai toda liberdade e responsabilidade pessoal, uma vez que ambas são elementos base da autonomia do cidadão.

Nesse caso, a vítima deve assumir as conseqüências das lesões decorrentes do exercício da sua liberdade ao se expor a um fenômeno arriscado. Não haverá imputação objetiva, nesse caso, quando a ação se conduz de acordo com o que foi organizado entre as

peças envolvidas, ou seja, entre o autor e a vítima; quando a conduta da vítima não seja induzida pelo autor, sendo que aquela deve ser considerada capaz de exercitar a sua autoresponsabilidade, com responsabilidade e conhecimento sobre o risco; por fim, quando o autor não possui a obrigação de proteção sobre o bem jurídico da vítima (MELIÁ, 1998, p. 53).

Vale considerar com reservas a incorporação da solução da vitimodogmática, através do princípio vitimológico e a atribuição ao âmbito de responsabilidade da vítima como critério de exclusão da responsabilidade penal. Fundamental expor que ações de descuido da vítima não podem determinar a supressão da proteção jurídico-penal. Ademais, não deve entender que imprudência, negligência e ignorância sejam expressões da autonomia que permitam a livre disposição de bens jurídicos indisponíveis (MINAHIM, 2008, p. 72). Dessa forma, ações a próprio risco, bem como a exposição a risco de terceiro, pela vítima, mesmo que consciente, não significa o não merecimento ou a desnecessidade de proteção do bem, bem como da aplicação da pena ao autor de um crime.

12 O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO

O consentimento do ofendido é por muito utilizado para justificar a não punição segundo a máxima: “*nulla injuria est quae volentem fiat* (Digesto, XLVII, 10.1. § 5), ou, em forma simplificada, *violenti non injuria*.” (PIERANGELI, 2001, p. 72). É tratada atualmente com limitações para garantir uma eficácia sobre direitos subjetivos quando estão sujeitos a faculdade do particular e a intervenção não atenta contra a vontade comum (ROXIN, 1997, p. 511-512).

A doutrina penal trata, de modo geral, tal consentimento como causa de exclusão da tipicidade penal ou como causa supralegal de exclusão da ilicitude. Considerando a capacidade da vítima em consentir e a atuação do agente conforme tal consentimento, a vontade do ofendido seria capaz de remediar a lesão ao bem jurídico, atuando como a expressão de uma permissividade jurídica advinda do direito constitucionalmente estabelecido de liberdade de individual, atribuindo licitude à ação. (ROXIN, 1997, p. 512).

O fundamento é que a missão do Direito Penal é a proteção do bem jurídico essencial ao livre desenvolvimento da pessoa. Assim, numa concepção liberal, não haverá lesão ao bem jurídico quando uma ação se motiva na livre disposição do bem por seu titular, refletindo o seu direito de expressão que não reduz o seu desenvolvimento. Ou seja, se a lesão que se projeta sobre o objeto material for uma consequência do consentimento do ofendido,

pode não ter o potencial lesivo para atingir o bem jurídico tutelado pela norma penal. Considera-se que as pessoas responsáveis podem utilizar e dispor de seus bens.

Os casos de autocolocação em perigo (participação em autocolocação e heterocolocação em perigo consentida) também são observados como categoria no âmbito da aquiescência do ofendido. O consentimento se traduz como a aceitação consciente da vítima sobre o fenômeno arriscado, segundo um juízo concreto de tipicidade, seria um fenômeno incidente sobre a tipicidade material.

Nesse sentido, não importa destacar diferenças entre a auto e heterocolocação em perigo consentida como critérios de imputação, pois a questão da responsabilidade penal deve ser resolvida através da figura do consentimento, justificante ou excludente da tipicidade. O fundamento material dessa posição é que falta uma base que justifique a diferença fenomenológica entre a auto e heterocolocação em perigo consentida, uma vez que o consentimento válido na exposição ao perigo é o critério essencial para resolução dos casos de auto-exposição ao perigo ou de exposição do ofendido ao perigo alheio. (STRATENWERTH, 2013, p. 10).

A heterocolocação em perigo consentida, bem como a análise da sua equiparação com a participação em autocolocação em perigo, não deve ser colocada como um critério específico para aferição do tipo objetivo, com critérios próprios de imputação, uma vez que deve ser entendido como expressão do consentimento, resolvido através da análise de sua validade e eficácia.

Importante advertir que a análise sobre a atribuição da responsabilidade penal a alguém deve se orientar por uma investigação de imputação da responsabilidade segundo critérios normativos e não deve se resolver atendendo exclusivamente a uma declaração de vontade da vítima. É importante observar que o assentimento válido da vítima nos casos de heterocolocação em perigo consentida se refere à ação, ou seja, à exposição ao perigo alheio, não ao resultado lesivo. O assentimento na exposição ao risco não se estende ao resultado, pois não deve se presumir que quem se exponha ao risco queira o resultado danoso. (ROXIN, 2012, p. 10).

O consentimento, igualmente, não reduz o desvalor da ação e do resultado advindo do fato decorrente do perigo. Assim, o consentimento não pode transformar uma norma penal de validez geral em uma particular, capaz de instrumentalizar a relação jurídica tornando a norma por um lado permitida e por outro proibida. (ROXIN, 2012, p. 08-10). Não deve prosperar a tese da exclusão da tipicidade penal nos casos de heterocolocação em perigo consentida através do consentimento do ofendido, pois a norma penal se dirige a todos e não

se encontra à disposição do titular do bem jurídico. Uma ação imprudente continua imprudente, ainda que o ofendido tenha consentido com a ação (ROXIN, 2012, p. 10).

13 CONTROLE OBJETIVO DO RISCO

A diferenciação proposta por Roxin entre a participação em autocolocação em perigo e a heterocolocação em perigo consentida é um ponto inicial para o estudo do tema através do critério do controle objetivo do risco. Seguindo a teoria da imputação objetiva, tal critério avança na concepção de um fundamento material para imputação do resultado, uma vez que o critério utilizado da não punição da participação da autocolocação, por não ser punível a participação na autolesão, não é satisfatório (LUZÓN PEÑA, 2010, p. 58). Pois alguns ordenamentos jurídicos, como o brasileiro, punem a participação na autolesão, quando o bem jurídico é a vida.

Assim, para que haja responsabilidade penal deve se observar, como fundamento material, o princípio da alteridade, já que autolesões não afetam o convívio social e, conseqüentemente, não são relevantes ao Direito (LUZÓN PEÑA, 2010, 70). Os princípios da lesividade ou ofensividade servem como parâmetro para formulação do princípio da *alteridade ou de não identidade entre o autor e vítima* na autocolocação em perigo: a conduta contra bem jurídico próprio não agrava valores comunitários essenciais à manutenção da sociedade, não sendo proibidas a autolesão e a autocolocação em perigo, por não inexistir lesividade e ofensividade em tais fenômenos, e também não deve ser proibida a participação em ambas. (LUZÓN PEÑA, 2010, 71).

Nos casos de heterocolocação em perigo consentida, em regra, a vítima possui um papel secundário, uma vez que o terceiro possui o controle objetivo sobre o curso causal do perigo. Na autocolocação em perigo com participação de terceiro, a vítima é quem possui o controle sobre o desenvolvimento da ação, possui o controle do risco. Dessa forma, não são suficientes como critério de imputação o conhecimento e o consentimento da vítima relacionado ao perigo, mas, sobretudo, a análise de quem detém o controle da ação perigosa. Ou seja, seguindo o princípio da alteridade ou de não identidade entre o autor e vítima, o que determina a imputação é quem possui o controle do risco, uma vez que se a vítima tiver o controle haverá um resultado não lesivo e inofensivo, irrelevante ao Direito Penal (PEÑA, 2010, 76).

No entanto, o controle do risco não deve ser o critério absoluto para decidir sobre a impunidade ou não nos casos de heterocolocação em perigo consentida. Inicialmente, não é

evidente a existência da possibilidade de controle no curso da ação perigosa e, em alguns casos, ninguém possui a possibilidade de controle. Deve se considerar como critério relevante, igualmente, quem teve a influência dominante para o desenvolvimento da conduta perigosa (ROXIN, 2012, 18).

14 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os estudos realizados por Claus Roxin no âmbito da imputação objetiva trouxeram resultados essenciais ao desenvolvimento da dogmática penal. A retomada do método Neokantiano incorporado na estrutura funcionalista, com o acréscimo de uma teoria que pugna por um critério normativo de imputação, é imprescindível para correção de injustiças decorrentes da aplicação cega de um critério de imputação estabelecido através de um nexo de causalidade material.

A tensão entre a autorresponsabilidade e a necessidade de proteção do bem jurídico alheio, por sua vez, merece o reconhecimento de excelência, mas, igualmente de uma maior atenção para adaptação à política criminal brasileira, que tem por fundamento seguir a missão constitucional do Direito Penal: a proteção subsidiária de bens jurídicos, enquanto um valor socialmente destacado à categoria de bem fundamental à livre disposição da pessoa em sociedade.

Nesse caso, o sistema jurídico constitucional nacional possibilita uma análise inversa da relação entre autonomia e solidariedade trazida por Roxin. Ou seja, torna-se possível construir um critério de imputação que priorize a proteção social de bens alheios.

Assim, prudente seria não haver a imputação do resultado, nos casos de participação em autocolocação em perigo e sobretudo nos casos de heterocolocação em perigo consentida quando a vítima possuísse conhecimento e responsabilidade superior ao do terceiro participante ou causador do risco: aspecto cognitivo capaz de impedir que o agente pudesse de qualquer modo evitar o resultado lesivo.

Nesse contexto, seguindo os requisitos de equiparação entre a heterocolocação em perigo consentida e a autocolocação em perigo, que levam à impunidade do causador do risco na heterocolocação em perigo consentida, Roxin argumenta que no caso em que uma mulher que manteve relações sexuais sem proteção com um portador do vírus HIV, após ter sido advertida várias vezes pelo acusado sobre a sua infecção, dos perigos de ter relações sexuais desprotegidas, das conseqüências possivelmente mortais de uma infecção e da ausência de

possibilidades de cura, não haveria imputação do resultado ao homem, pois tal heterocolocação equivaleria a uma autocolocação em perigo.

Diversamente, considerando o mesmo caso, o comportamento da vítima deve ser aferido como critério de não imputação, quando, para além do seu consentimento, o seu conhecimento e responsabilidade sobre o risco for maior que o do causador do risco, a ponto de dificultar o exercício do dever de cuidado atribuído a todo cidadão sobre o bem jurídico alheio. Assim, ainda nesse caso, poderia haver a não imputação do resultado ao terceiro, se o ofendido, a título de exemplo, especialista na patologia, conseguisse convencer o seu parceiro da inexistência do risco na prática sexual desprotegida. Em tal caso, o dever de proteção do terceiro foi obstado pelo maior potencial cognitivo do risco pela vítima, minorando o desvalor em sua ação.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria Geral do Delito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CAMARGO, Antônio Luís Chaves. *Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Livraria Paulista, 2002.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Nexo Causal*. São Paulo: Malheiros, 1996.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A Autocolocação da Vítima em Risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GRECO, Luís. *Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito*. Texto do trabalho apresentado (com algumas modificações) no I Congresso de Direito Penal e Criminologia, ocorrido da UFBA, nos dias 13-15 de abril de 2000, no painel sobre o “Funcionalismo Direito Pena”.

LUIZI, Luiz. *O Tipo Penal, Teoria Finalista e a Nova Legislação Penal*. Porto Alegre: Fabris, 1987.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Principio de alteridad o de identidad vs. principio de autorresponsabilidad. Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo*. IN: Revista Nuevo Foro Penal Vol. 6, No. 74, enero-junio 2010, pp. 58-80, Universidad EAFIT, Medellín.

MELIÁ, Manuel Cancio. *La Exclusión de la Tipicidad por la Responsabilidad de la Víctima (“Imputación a la Víctima”)*. IN: Cuadernos de Conferências e Artículos, Nº 19. Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. *O Consentimento do Ofendido em face de Bens Jurídicos Indisponíveis*. IN: Revista do CEPEJ, v. 1 – 1988. – Salvador: Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – CEPEJ, 2008.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. Imputación Objetiva, *Participacion em uma Autopuesta en Peligro e Heteropuesta en Peligro*. Revista de Derecho Penal y Criminología, N.º Extraordinario 2 (2004)

PIERANGELI, José Henrique. *O Consentimento do Ofendido: Na teoria do Delito*. 3ª ed. Rev. Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 72.

PRADO, Luiz Regis. CARVALHO, Érika Mendes de. *Teoria da Imputação Objetiva do Resultado: Uma aproximação crítica aos seus fundamentos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do Delito*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

ROXIN, Claus. *A Teoria da Imputação Objetiva*. IN: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 38. 2002.

_____. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Fundamentos, la estructura de la teoria del delito. Madrid: Civitas, 1997. p. 511-512.

_____. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *La Polémica en torno a la Heteropuesta en Peligro Consentida*. Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en Derecho Penal. www.indret.com. 2012. Acesso em 06/2015.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal Parte Geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

SCHÜNEMANN, Bernd. *O Princípio de Proteção de Bens Jurídicos como Ponto de Fuga dos Limites Constitucionais e da Interpretação dos Tipos*. IN: GRECO, Luís. TÓRTIMA, Fernanda Lara. Orgs. *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *La “Victimo-dogmatica” en El Derecho Extranjero*. IN: <http://www.ehu.es/documents/1736829/2030810/11++Victimodogmatica.pdf>

_____. *La Victima em el Futuro de La Dagmatica*. IN: <http://www.ehu.es/documents/1736829/2030810/18++Victima+futuro.pdf>. Acessado em 05/2015.

_____. *Perspectivas sobre la Política Criminal Moderna*. Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Espanha, 1998.

STRATENWERTH, Günter. *Heteropuesta en Peligro Consentida en Conductas Imprudentes*. IN: www.indret.com, 2013. Acessado em 05/2015.

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

VARGAS, José Cirilo de. *Do Tipo Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

WELZEL, Hans. *Teoria de la Acción Finalista*. Buenos Aires: Depalma, 1951.