



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

RAFAEL LUENGO FELIPE

**O PAPEL DA VÍTIMA NA TEORIA DO DELITO: A NECESSIDADE DE DISTINÇÃO
ENTRE AS REGRAS DO CONSENTIMENTO E A HETEROCOLOCAÇÃO EM
PERIGO**

Salvador

2018

RAFAEL LUENGO FELIPE

**O PAPEL DA VÍTIMA NA TEORIA DO DELITO: A NECESSIDADE DE DISTINÇÃO
ENTRE AS REGRAS DO CONSENTIMENTO E A HETEROCOLOCAÇÃO EM
PERIGO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Maria Auxiliadora de Almeida Minahim.

Salvador

2018

F315

Felipe, Rafael Luengo,

O papel da vítima na teoria do delito: a necessidade de distinção entre as regras do consentimento e a heterocolocação em perigo / por Rafael Luengo Felipe. – 2018.

93 f.

Orientadora: Professora Doutora Maria Auxiliadora Minahim.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2018.

1. Vítimas. 2. Direito penal. 3. Delito. I. Universidade Federal da Bahia. II. Título

CDD- 345.07

RAFAEL LUENGO FELIPE

**O PAPEL DA VÍTIMA NA TEORIA DO DELITO: A NECESSIDADE DE DISTINÇÃO
ENTRE AS REGRAS DO CONSENTIMENTO E A HETEROCOLOCAÇÃO EM
PERIGO**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Professora Maria Auxiliadora de Almeida Minahim - Orientadora

Doutora em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA)
Universidade Federal da Bahia.

Professora Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)
Universidade Federal da Bahia.

Professor Yuri Carneiro Coelho

Doutor em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA)
Centro Universitário Jorge Amado (Unijorge).

Salvador, Bahia ____/____/2018.

Aos meus pais, Alberto e Teresa, a minha avó Zuleide (*in memoriam*) e a meu irmão André, meus grandes companheiros nessa caminhada acadêmica e de vida, responsáveis por eu ter chegado até aqui.

AGRADECIMENTOS

Primeiro, agradeço a Deus e a Nossa Senhora por terem me iluminado durante essa extensa e gratificante tarefa de elaborar a dissertação.

A meus pais, Alberto e Teresa, paradigmas de humanidade e de ética, que, como sempre, demonstraram carinho e solidariedade nos momentos mais difíceis, incentivando-me, material e emocionalmente, a superar mais esse desafio.

A minha Orientadora, Professora Doutora Maria Auxiliadora Minahim, exímia conhecedora do Direito, pelo inestimável auxílio durante a pesquisa, bem como pelo incessante estímulo a fazer do Direito Penal uma ferramenta em prol da dignidade humana.

À Faculdade de Direito, instituição que mudou minha vida de maneira irreversível, contribuindo para minha independência intelectual e paixão pela docência e pesquisa.

Aos Professores integrantes da Banca, por terem aceitado doar uma parte de seu tempo para enriquecer e contribuir com o estudo do tema abordado na pesquisa.

A todos que, de alguma forma, auxiliaram-me nessa jornada.

FELIPE, Rafael Luengo. **O papel da vítima na teoria do delito: a necessidade de distinção entre as regras do consentimento e a heterocolocação em perigo.** 2018. 93 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

RESUMO

A presente dissertação, de cunho jurídico-compreensivo e analítico, tem como objetivo analisar criticamente construções da dogmática penal que realçam o papel da vítima no Direito Penal, no âmbito da teoria do delito. Detém-se especificamente sobre a caracterização da Vitimodogmática, da heterocolocação em perigo e do consentimento do titular do bem jurídico. Para tal desiderato, contextualiza-se, historicamente, a figura da vítima, estudando-a a partir das múltiplas perspectivas do crime como fenômeno social e jurídico. Em seguida, analisa-se o valor autonomia e suas múltiplas facetas para o Direito, com destaque às perspectivas pública e privada, o que conduz à discussão a respeito da sua valência penal, uma vez que a disponibilidade de bens jurídicos gera pontos de tensão com a organização social. Aprofundando a temática, expõe-se a dicotomia doutrinária no campo do consentimento em Direito Penal, a partir dos monistas e dos dualistas. Estes últimos defendem que existem duas formas diversas de anuência: o acordo e o consentimento, embora, no plano fático, tenham o mesmo fundamento, qual seja, a concordância do lesado com a conduta de terceiro que o afeta. No acordo, a anuência do titular do bem jurídico exclui a tipicidade do fato e, no consentimento, atua como justificante da conduta típica. Discorre-se, por outro lado, sobre a heterocolocação em perigo, na qual a ação perigosa não é realizada pelo sujeito, mas por um terceiro, de forma que aquele a ela adere consciente dos perigos da conduta executada pelo outro. A celeuma doutrinária em torno da questão também é abordada, especialmente quanto à necessidade de não reduzir a heterocolocação em perigo a um grupo de casos de consentimento, posição esta rechaçada, uma vez que este último é um ato volitivo da pessoa, relativamente a um bem jurídico-penal disponível, situação que decorre da autonomia. Nessa senda, explana-se que a heterocolocação é solucionada por critérios normativos de heteronomia, e o juízo normativo não recai sobre a manifestação da vontade em si, mas sobre o estado de coisas objetivo criado pelo fato de o lesado ter inserido seus bens em espaços de risco. Destaca-se, ainda no último capítulo, que a relevância da distinção entre consentimento e heterocolocação em perigo reside, portanto, além do plano teórico, também nas consequências avindas da aplicação dos institutos, porquanto o primeiro põe a claro o respeito pela personalidade autônoma, em razão da possibilidade do titular do bem, ao aquiescer com a conduta do terceiro, inibir a pena, apesar da existência de norma proibitiva da ação realizada, enquanto que o segundo representa uma resposta heterônoma, cujo sentido é dado pelo ambiente social, resultando, em regra, em imputação de responsabilidade para aquele que criou o risco de lesão ao bem jurídico alheio.

Palavras-Chave: Heterocolocação em perigo. Autonomia. Consentimento. Vitimodogmática.

FELIPE, Rafael Luengo. **The role of the victim at crime theory**: the need to distinguish between the rules of the consent and the danger situation by third party. 2018. 93 pp. Thesis (Master degree) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

ABSTRACT

The purpose of this thesis, which is juridical understanding and analytical, is to critically analyze doctrinal constructions that highlight the victim role at Criminal Law, in the crime theory. It is stopped at the Viktimodogmatik's description, at a danger situation caused by others and at the consent of legal right holder. Therefore, the victim is historically contextualized, studying it from the multiple perspectives of crime as a social and legal phenomenon. Then, the autonomy value and its multiple facets for the Law are analyzed, with emphasis on the public and private perspectives, which leads to the discussion about its criminal validity, since the availability of legal assets generates points of tension with the social organization. Deepening the thematic, the doctrinal dichotomy in the field of consent in Criminal Law is exposed, starting from the monists and the dualists. The latter argue that there are two different forms of consent: agreement and consent, although on the factual plane, have the same basis, that is the agreement of the injured party with the conduct of a third party that affects him. In the agreement, the consent of the holder of the legal asset excludes the typicality of the fact and, in the consent, acts as justification of the typical conduct. On the other hand, there is a discussion of a danger situation of risk caused by other, in which dangerous action is not performed by the subject, but by a third, so that he adheres to it, aware of the dangers of the conduct. The doctrinal debate surrounding the issue is also addressed, especially as regards the need not to reduce a danger risk caused by a third party to a group of consent cases, a position that is rejected because the latter is a volitional act of the person, in relation to a good criminal law available, a situation that arises from autonomy. In this way, it is explained that danger risk caused by other is solved by normative criteria of heteronomy, and the normative judgment does not fall on the manifestation of the will itself, but rather on the objective state of things created by the fact that the injured person has inserted his goods into spaces of risk. It should be pointed out in the last chapter that the relevance of the distinction between consent and danger situation created by other is therefore beyond the theoretical plane, also in the consequences of the application of the institutes, since the former makes clear the respect for the autonomous personality, due to the possibility that the owner of the property, in acquiescing to the conduct of the third party, inhibits the penalty, despite the existence of a prohibitive rule of action, while the second represents a heteronomous response, whose meaning is given by the social environment, resulting, as a rule, in imputation of responsibility to those who created the risk of injury to the legal right of others.

Keywords: Danger situation by third party. Autonomy. Consent. Viktimodogmatik.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DA VÍTIMA	11
2.1 DA IDADE DE OURO À NEUTRALIZAÇÃO	12
2.2 O REDESCOBRIMENTO DA VÍTIMA NO DIREITO PENAL	18
2.3 A VITIMOLOGIA NA DOGMÁTICA PENAL: O INÍCIO DA VITIMODOGMÁTICA	23
3 A AUTONOMIA DO INDIVÍDUO E SUAS MÚLTIPLAS FACETAS	32
3.1 AS AUTONOMIAS PRIVADA E PÚBLICA	36
3.2 A AUTONOMIA NO DIREITO PENAL	41
3.3 REFLEXOS DOGMÁTICOS DA AUTONOMIA: O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO	45
3.4 OS MONISTAS E OS DUALISTAS: UMA POLÊMICA	48
3.5 A PERSPECTIVA DUALISTA	53
4 OS MODELOS DE INTERAÇÃO DELINQUENTE-VÍTIMA	59
4.1 O CONTEXTO DOCTRINÁRIO DE SURGIMENTO DA VITIMODOGMÁTICA	63
4.2 O CONSENTIMENTO E A HETEROCOLOCAÇÃO EM PERIGO	68
CONCLUSÕES	75
REFERÊNCIAS	79

1 INTRODUÇÃO

Para o Direito Penal, a ênfase na autonomia, em sacrifício da organização social, que legitima a sua existência, gera conflituosidades relevantes, porquanto, no âmbito penal, direito público por excelência, tais tensões assumem dimensão importante, considerando a necessidade de harmonizar a contradição entre a noção de bens jurídicos indisponíveis - e o dever do Estado em protegê-los - e a de liberdade individual.

A autonomia pessoal é o fundamento material da legitimação do consentimento, bem como medida de sua validade e eficácia. O significado prático-jurídico imediato da doutrina do consentimento, expresso na extensão da fenomenologia e nas implicações em nível do “se” e do “como” da punição, denota a insegurança sobre o tratamento jurídico do consentimento.

Nesta dissertação, procura-se analisar criticamente o fenômeno descrito, em perspectiva interdisciplinar, ao se intentar compreender as nuances da Vitimodogmática sob aspectos dos campos do Direito Penal (porque está ligada à teoria da imputação objetiva do resultado), da Criminologia (a Vitimologia e as suas contribuições para a proteção da vítima) e da Filosofia (a autonomia da pessoa humana, seus limites e sua relação com o consentimento e a personalidade autônoma).

Como pressuposto que ensejou o surgimento do tema-problema deste trabalho está a constatação de que o Direito Penal padece, dentre outras questões que o atormentam, de dificuldade para precisar os limites existentes - ou não - entre alguns institutos que exaltam o papel do titular do bem jurídico no exercício de sua autonomia. Noções como a de consentimento e a de heterocolocação em perigo, por exemplo, são de difícil precisão, embora devam ser bem delimitadas, evitando-se a sobrevitimização e o enfraquecimento da proteção penal da vítima.

Trata-se, desse modo, de pesquisa teórica com cunho jurídico-compreensivo e, em menor escala, jurídico-propositivo, inserindo-se, dentre as grandes vertentes teórico-metodológicas da pesquisa social aplicada e jurídica, na linha jurídico-dogmática, porquanto, a partir do uso do procedimento de análise de conteúdo, explora a noção de eficiência das relações entre institutos jurídicos da dogmática penal, restringindo a análise do discurso normativo aos limites do ordenamento, sem

olvidar da eficácia das relações normativas e de aspectos históricos das construções doutrinárias.

A partir desse arsenal metodológico e recorrendo a fontes não personificadas e a dados secundários, intenta-se decompor e desmembrar a problemática posta (a necessidade de distinguir as regras dos institutos do consentimento e da heterocolocação em perigo), em várias de suas vertentes, buscando a compreensão e o enriquecimento do debate teórico, a respeito dos limites não bem delineados entre essas figuras da interação autor-vítima.

Com efeito, a interpretação dessas variáveis enseja a construção de uma possibilidade de resposta que refutará ou ratificará a hipótese da dissertação, segundo a qual, considerando que o instituto do consentimento está calcado em premissas pré-jurídicas da manifestação da vontade, afirma-se que não pode ele ser tratado como um grupo de casos da heterocolocação em perigo, esta resultante da consideração da autonomia do portador do bem jurídico, segundo orientação de política criminal e normativa.

No primeiro capítulo, apresenta-se um breve histórico acerca da Vitimologia, porquanto esta disciplina propicia uma renovada apreciação da ideia de vítima “culpada”, favorecendo o surgimento da Vitimodogmática, que tem como suporte empírico a Vitimologia clássica, ao constatar a existência de vítimas relacionais, que contribuem à produção do delito. Nessa senda, a consequência é a necessidade de estudar as projeções desses grupos específicos de vítimas para a esfera penal, a fim de se harmonizar a questão do ofendido com medidas preventivas de política criminal.

Nesse contexto, discorre-se sobre a corresponsabilidade da vítima e do autor, de maneira que, a ela, se passa a impor um dever de autorresponsabilidade, o que significa compreender que o ofendido também participa da causação do resultado, quando ele próprio a infringe um dever de autoproteção. Ou seja, atribui-se à vítima a responsabilidade de também zelar por seu bem jurídico, podendo ser corresponsável na lesão sofrida, caso não tenha a cautela necessária.

No capítulo seguinte, analisam-se as múltiplas facetas da autonomia individual, notadamente a questão da autonomia pública e privada, identificando-se a primeira com a ideia de que as pessoas possuem o direito de engendrar os próprios planos de vida e projetos existenciais, como verdadeira “independência ética”, consistente na possibilidade de realizar escolhas pessoais, enquanto que a

segunda pressupõe uma dimensão constitutiva, que concebe a pessoa como um agente, a partir da perspectiva do cidadão que participa da gênese das normas jurídicas e das decisões estatais.

No mesmo capítulo, apresenta-se a dicotomia, presente na dogmática penal contemporânea, entre as posições convencionadas como monistas e dualistas. De plano, o primeiro desafio que se arvora no tema reside no conceito de aquiescência, que pode servir como causa de atipicidade, de justificação ou conduzir a uma situação penal irrelevante. Nesses casos, a aquiescência opera como pressuposto da atipicidade da conduta, havendo, por outro lado, hipóteses em que a aquiescência funciona como causa de justificação.

Por essa razão, os dualistas defendem que a aquiescência produz duas consequências distintas e que se manifestam de formas diversas: o acordo e o consentimento, embora, no plano fático, tenham a mesma origem, que é a concordância do lesado com a conduta do terceiro que o afeta. No acordo, a anuência do titular do bem jurídico exclui a tipicidade do fato e, no consentimento, atua como justificante da conduta típica, de forma que a liberdade de disposição é tutelada pelo Direito Penal, tal como o bem jurídico.

Com o desenvolvimento do último capítulo, expõem-se o desenvolvimento dos estudos da Vitimodogmática, notadamente na doutrina alemã, bem como as inúmeras tentativas de distinguir o consentimento e a heterocolocação em perigo consentida pela vítima, com destaque para o consentimento desta com o risco penalmente relevante por terceiro criado. Questiona-se, no presente trabalho, se esse consentimento, livre e sem pressões, pode ou não ser reduzido a uma espécie de heterocolocação em perigo, com ela se confundindo.

Com efeito, argumenta-se que o consentimento não pode ser um caso de colocação em perigo por terceiro, mas um ato de manifestação de vontade a respeito de um bem jurídico disponível. A ação do autor, nessa seara, não resulta da impressão que causa no grupo, sendo necessário para a sua licitude que o consentimento se dê em relação ao bem cuja disponibilidade é juridicamente viável, quando há adesão ao resultado.

2 A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DA VÍTIMA

No Direito Penal e na Criminologia, o vocábulo “vítima”, que possui inegável cunho polissêmico, tanto detém um sentido amplo, quanto uma acepção restrita¹. Na primeira, a expressão deriva do termo em latim “victima”, que significa a pessoa ou o animal oferecido a sacrifício, como forma de remissão dos pecados humanos². Já na vertente restrita, identificada como “vítima penal”, o termo refere-se especificamente àqueles que sofrem as consequências da afronta à norma penal, havendo aí conotação penal.

A esse respeito, interroga Jiménez de Asúa: como deve ser entendido o termo especificamente no Direito Penal? Segundo Asúa, a expressão, impropriamente, limita o alcance do Direito Penal ao extremo, limitando seu estudo “aos delitos que importam relações entre indivíduos, excluindo-o desse modo de outros fatos típicos penais que lesam uma norma jurídica, como por exemplo a alta traição”³. Ressalta Von Hentig que tanto pode ser vítima um indivíduo quanto a comunidade, de modo que todo delito faz uma vítima, seja direta, seja indiretamente⁴.

O conceito de vítima, segundo a clássica tipologia de Bittencourt⁵, estende-se aos seguintes sentidos: originário, que designa pessoa ou animal destinado em sacrifício à divindade, como mencionado supra; geral, referente à pessoa que sofre os resultados dos próprios atos ou dos de outrem; jurídico-geral, que represente o sentido daquele que sofre diretamente a ofensa ou a ameaça ao bem tutelado pelo Direito; jurídico-penal-restrito, alusivo ao indivíduo que sente diretamente as consequências da violação da norma penal; e, por fim, o jurídico-penal-amplo, que abrange o indivíduo e a comunidade que sofrem diretamente as consequências do delito.

Historicamente, contudo, para que se chegasse às concepções contemporâneas de vítima penal, existiram diversas etapas, nas quais o papel atribuído ao sujeito passivo do crime sofreu inúmeras alterações, tomando-se como

¹ Neste trabalho, por questões didáticas, vítima e ofendido serão tratados como sinônimos.

² JORGE, Aline Pedra. **Em busca da satisfação dos interesses da vítima penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 15-19.

³ ASÚA, Luís Jiménez de. **Tratado de Derecho Penal**. 5. ed. Buenos Aires: Losada, 1992, p. 24 apud BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Vítima: vitimologia, a dupla penal delinquente-vítima, participação da vítima no crime, contribuição da jurisprudência brasileira para a nova doutrina**. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1971, p. 51.

⁴ ASÚA, op. cit., p. 24.

⁵ Ibid., p. 24.

referência o período da vingança privada. A esse respeito, Basileu Garcia⁶ afirma que tais mudanças podem ser acompanhadas até a chamada “neutralização”, passando pela idade de ouro e a vingança pública (esta última no bojo dos estados absolutistas).

Alguns autores optam por tratar a evolução histórica das ideias penais até o direito penal comum em três fases: vingança privada, vingança divina e vingança pública⁷, o que será exposto a seguir com maior detalhamento.

O fato é que a mudança de perspectiva da neutralização ao desejado protagonismo gerou consequências para o Direito Penal, que passou a considerar o comportamento vitimológico - quer dizer, próprio da Vitimologia e não da vítima - na produção do resultado típico. A sistematização dessa alteração consiste na Vitimologia, ciência que pretende defender sua autonomia frente à Criminologia.

No âmbito da dogmática penal, outras construções sobre a vítima passam a ocupar, desde o final do século passado, uma posição relevante. Dentre estas, a Vitimodogmática, nascida na doutrina alemã e voltada a investigar as contribuições, tanto do autor, quanto da vítima, na produção do resultado, de forma a que se possa distinguir o âmbito de responsabilidade de cada um deles⁸. Antes, contudo, de se adentrar os meandros da mencionada disciplina e da moderna Vitimologia, é imprescindível um esboço histórico do papel do ofendido na dinâmica do crime.

2.1 DA IDADE DE OURO À NEUTRALIZAÇÃO

Na história do Direito, não há uma evolução cronológica linear e progressiva do estudo do ofendido, o que não impede o reconhecimento dos seus principais períodos. Essa retrospectiva justifica-se pela importância e necessidade de se compreender de que maneira o ofendido passou de um alegado domínio no conflito penal para um momento de esquecimento, e, atualmente, foi descoberto, com o advento da Vitimologia. Por essa razão, Shecaira⁹ aponta a prevalência de três fases vitimológicas distintas, a saber: a “idade de ouro”, a “neutralização” e o

⁶ GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. 4. ed. São Paulo: Max Limonada, vol. I, T.1, 1972, p. 116.

⁷ Cf. PORTUGAL, Daniela Carvalho. **O direito penal dos mil perdões: sobre os limites da exclusão da tipicidade penal pela via da ampliação do âmbito de responsabilidade da vítima**. 2014. 143 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014, p. 24 et seq.

⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximacion al derecho penal contemporáneo**. 2. ed. Buenos Aires: BdeF, 2010, p. 73.

⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 50.

“redescobrimto” da vítima.

A primeira fase compreende os primórdios da civilização até o fim da Idade Média, incluindo os períodos em que vigoravam o antigo Direito Romano, o Direito Penal germânico e o Direito Penal feudal, caracterizando-se “pela ausência de um poder regulador que controlasse os conflitos sociais, sobrevivendo a chamada vingança privada”¹⁰. Esse período é marcado pela persecução penal, quando do cometimento do delito, exercida pela vítima ou alguém do seu clã, com a finalidade de expiação social e de vingança privada, como revide (“revindicta”, retribuição) do mal sofrido.

Inicialmente, a relevância da vítima podia ser compreendida como vingança sem limites, que assumia responsabilidade tribal do grupo ou individual e “posteriormente, a vingança começa a ser limitada, estabelecendo-se uma proporcionalidade entre o delito e a expiação”¹¹, representada pela Lei do Talião. De acordo com Soler¹², na vingança coletiva, denominada pelo mencionado autor como “vingança de sangue”, a punição possuía cunho de indenização imposta pela força física.

Nesse mesmo contexto, insere-se o período da vingança divina, a qual tem como exemplos os Códigos de Hamurabi e Manu, em razão do caráter religioso, caracterizando-se pelo fortalecimento de estruturas de controle que impunham castigos e normas de conduta¹³. Há, aqui, uma perda do protagonismo na concepção de sujeito passivo do crime, bem como do sujeito ativo da resposta punitiva, já que a divindade sofria a lesão e em nome dela se aplicavam os rigores da pena¹⁴.

Em seguida, advém o período da composição voluntária, representado pela Lei das Doze Tábuas, quando assume destaque a reparação pecuniária entre as partes. Tal modelo privado de justiça surgiu com o escopo de controlar as agressões

¹⁰ FONSECA, Ana Clara Montenegro. **Conduta da vítima de crime na dogmática penal**: análise crítica sobre a posição da vítima na aferição da responsabilidade penal do autor à luz da vitimodogmática e da imputação à vítima. 2009. 162 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito de Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 2009, p. 34.

¹¹ CORDEIRO, Euler Xavier. Vitimodogmática: uma análise dogmática do comportamento da vítima. In: FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves; GALVÃO JUNIOR, Roberto Faleiros. (Org.). **Estudos contemporâneos de vitimologia**. São Paulo: Cultura Acadêmica, UNESP, 2011, p. 23.

¹² SOLER, Sebastián. **Derecho Penal Argentino**. Actualizador GUILLERMO, J. Fierro. 10. ed. Buenos Aires: TEA, 1992, p. 69.

¹³ NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 39. ed. v. 1. São Paulo: Riedel, 2009, p. 17.

¹⁴ PORTUGAL, Daniela Carvalho. **O direito penal dos mil perdões**: sobre os limites da exclusão da tipicidade penal pela via da ampliação do âmbito de responsabilidade da vítima. 2014. 143 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014, p. 25.

desmedidas com a reparação do dano, mediante a “compositio” (composição do dano) e as punições proporcionais.

No Brasil, a vingança privada aparece, legalmente, até as Ordenações Filipinas. Ocorre que, apesar de prever, na maioria dos seus tipos penais, a pena capital, mantinha a possibilidade de vingança privada, já que “as execuções eram, muitas vezes, precedidas de suplícios, daí a previsão das mortes cruel, atroz e simples”¹⁵.

A noção de “idade de ouro”, que se caracteriza pelo protagonismo da vítima na reação ao crime, como se verá infra, somente é verídica se forem consideradas não como individuais as manifestações que permitiam ao ofendido e ao seu grupo assumirem a persecução penal, mas a demonstração coletiva de um agrupamento de pessoas, ainda que fossem “reações espontâneas, ajurídicas e não estatais”¹⁶. Em outras palavras, a agressão individual era compreendida como ataque coletivo, e o grupo tinha o dever e o direito de vingar-se do agressor¹⁷. A punição do crime refletia um caráter religioso e retributivo, com a finalidade precípua de manter a coesão social.

Por essa razão, o ofendido vivenciou a “idade dourada” nos primórdios do Direito Penal, quando não havia uma clara segregação entre crime e pecado¹⁸, de forma que, seja na fase de vingança privada, seja na de retribuição divina, a aplicação da sanção guarnecia quem havia sofrido a agressão ou simplesmente voltava-se à restauração da harmonia social.

A partir da Paz de Vestefália, com a consolidação das monarquias nacionais e do fortalecimento da figura do monarca, “o soberano, de maneira direta ou indireta, exige, resolve e manda executar os castigos, na medida em que ele, através da lei, é atingido pelo crime”¹⁹. Caminha-se, paulatinamente, à neutralização do ofendido. Com a crise feudal, “fundava-se o ideal de pacificação social, objetividade, imparcialidade e justiça equitativa, o que justificava o ‘ius puniendi’ exercido pelo soberano para repreender (castigar) e prevenir (intimidar) os conflitos”²⁰. Os

¹⁵ VIANA, Eduardo. **Criminologia**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 132.

¹⁶ ANDRADE, Manuel da Costa. **A vítima e o problema criminal**. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1980, p. 50.

¹⁷ CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal**: orientado para a vítima do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 25.

¹⁸ CALHAU, Lélío Braga. **Vítima e direito penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 25.

¹⁹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 43.

²⁰ FONSECA, Ana Clara Montenegro. **Conduta da vítima de crime na dogmática penal**: análise crítica sobre a posição da vítima na aferição da responsabilidade penal do autor à luz da vitimodogmática e

contornos da justiça pública foram delineados a partir dos interesses dos reis em controlar a vingança privada e garantir seus interesses, proibindo-se a “justiça com as próprias mãos”.

Com o soerguimento do Estado Absolutista e seu escopo de obter uma justiça penal objetiva, liquidou-se o processo de solução dos litígios entre indivíduos e a feição subjetiva da vítima, ficando esta como mero objeto neutro sobre o qual recai o delito, sobrepondo-se o molde inquisitivo, com tribunais e procuradores, no mesmo intento de substituição. A aludida problemática não se limitou à incapacidade de a intervenção jurídico penal dar satisfação aos autênticos interesses da vítima, senão que em ocasiões supôs um prejuízo adicional para a mesma, a vitimização secundária, também conhecida como vitimização processual ou “pena del banquillo”, consistente em “custos adicionais causados à vítima em razão da necessária interferência das instâncias formais de controle social”²¹.

Esse sistema funcionava como mero reflexo intimidante e repressor, sem atender os anseios de contenção social, embora ocasionando lucro ao erário, mediante a transfiguração da reparação do dano em multa pecuniária, arrecadada, exclusivamente, em favor do Estado. Nessa época, as medidas de caráter pecuniário foram sobremaneira ampliadas e, com o Estado responsável pela punição do delinquente, confiscava os bens derivados das multas penais²².

Nesse ínterim, apareceram as Escolas Penais Clássica e Positivista²³, focadas, sobretudo, no crime (ação) e no criminoso (autor), respectivamente. Na primeira, um de seus expoentes, Cesare Beccaria²⁴, ergue-se contra a arbitrariedade estatal. Um século depois, com a Escola Positivista, assiste-se, sobretudo, com Cesare Lombroso, sob a perspectiva antropológica, Rafael Garofalo (o delito como ente natural e o delinquente como ser anormal desprovido de livre arbítrio) e Enrico Ferri (determinismo sociológico-criminal), à consistência no delineamento de teorias sobre o comportamento do delinquente e dos estudos criminológicos restritos ao delito, à pena e ao criminoso.

Deve-se destacar que, na Escola Clássica, predominava a ideia de livre

da imputação à vítima. 2009. 162 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito de Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 2009, p. 35.

²¹ VIANA, Eduardo. **Criminologia**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 139.

²² JORGE, Alline Pedra. **Em busca da satisfação dos interesses da vítima penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, passim.

²³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004, passim.

²⁴ Cf. BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. Tradução: José Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

arbítrio e “a prática do crime significava o mau uso dessa liberdade, do direito de escolha entre fazer o bem ou o mal que assiste a todos os membros de uma determinada sociedade”²⁵. Como se pode notar, o referido escopo teórico assentava-se no Iluminismo e no contrato social, que podia ser violado a partir da prática de um delito. Como o livre arbítrio era considerado intrínseco à natureza humana, o foco não era a etiologia do crime da perspectiva da vítima. Já a Escola Positivista identificava o determinismo como causa do delito, o que contraditava a tese de livre arbítrio.

As primeiras preocupações teóricas oscilam ora para o delito, ora para o réu, mas não à vítima. Naquele contexto, com a humanização das penas, as vítimas de crime tornam-se reificadas, chancelando-se o seu ostracismo²⁶, o qual se aprofunda, ainda mais, com o aporte do espectro político e governamental do Estado (Democrático) de Direito - como detentor absoluto e exclusivo do monopólio judiciário e político da reação penal - aos demais países do globo, transfigurando-se a vítima, categoricamente, em simples testemunha penal no processo judicial²⁷.

Na sequência, ainda sob o pálio iluminista, surge, no campo dogmático, a teoria do bem jurídico, que também reafirma a transferência do poder punitivo para as mãos do Estado, à medida que reforça a cultura unilateral de lesão individual como violação pura ao direito. A partir disso, passa-se, em regra, a conceber o bem “independentemente das atitudes contra ele empreendidas ou do seu titular, isto é, os direitos subjetivos perdem a sua individualização, sendo considerados bens jurídicos institucionais, em decorrência do seu valor social”²⁸, como bens de proteção pertencentes à coletividade.

No âmbito do bem jurídico, os possíveis interesses da vítima na punição do autor encontram-se diluídos na proteção da liberdade geral de atuação frente a um

²⁵ LIMA JÚNIOR, José César Naves de. **Manual de criminologia**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 57.

²⁶ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. **Criminologia**: introdução a seus fundamentos teóricos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 63.

²⁷ 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. 117 et seq.

²⁸ FONSECA, Ana Clara Montenegro. **Conduta da vítima de crime na dogmática penal**: análise crítica sobre a posição da vítima na aferição da responsabilidade penal do autor à luz da vitimodogmática e da imputação à vítima. 2009. 162 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito de Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 2009, p. 37.

controle penal ilegítimo²⁹. A vítima é uma construção sem substância, pois tal pensamento não persegue a proteção da vítima em si mesma, senão - como conceito crítico - a tutela de bens jurídicos. Segundo Silva Sanchez³⁰, trata-se de uma figura marginal, uma abstração jurídica, coisificada como uma mera parte da realidade objetiva³¹ que recebe puramente uma proteção despersonalizada.

Consagra-se, com efeito, a neutralização das vítimas individuais, o que se tornou mais evidente com o novo caráter atribuído às penas: castigo pela postura do desviante, olvidando-se do aspecto ligado ao ressarcimento do dano sofrido com o delito. Desse modo, embasado nessa noção de crime como patologia social agressora do Estado de Direito, “constrói-se um direito penal míope, depreciador da verdadeira face humana dos conflitos criminais”³².

A partir dessa perspectiva de dano social, por meio da qual os delitos, mesmo os privados, configuram transgressões aos valores do tecido social, dispensa-se de consideração o sujeito concretamente lesionado - único genuinamente habilitado a determinar o verdadeiro teor de uma agressão. Reveste-se a pena, antes reparatória, de caráter repressor e preventivo, reafirmando-se o fato típico como ofensa ao direito em si, e a vítima perde qualquer margem de influência sobre seus interesses, entregues ao Estado.

Nesse cenário, o crime é encarado como ofensa ao Estado - único a apto a decidir quando a violação ocorreu e de como reagir contra o transgressor -, sacramentando-se o esquecimento do ofendido. Apenas com o final da Segunda Guerra Mundial, o contexto histórico apresenta-se auspicioso à cultura vitimológica, sobretudo por conta da pulverização espacial da criminalidade nos grandes centros urbanos e do surgimento das associações em defesa de interesses coletivos, com destaque aos Estados Unidos³³. A vítima volta, em nível teórico, à pauta de estudos

²⁹ HASSEMER, Winfried. Consideraciones sobre la víctima del delito. Traducción: Rocio Cantarero Bandrés. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**. Tomo XLIII. Fascículo I. Enero-abril, 1990, p. 245. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46360.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

³⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría do delito: observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la “víctimo-dogmática”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo v. 34, p. 163-194, 2001.

³¹ CORRERA, Michele; RIPONTI, Danilo. **La víctima nel sistema della giustizia penale**. Um pproccio criminológico. Milano: Padova, 1990. p. 6.

³² FONSECA, Ana Clara Montenegro. **Conduta da vítima de crime na dogmática penal: análise crítica sobre a posição da vítima na aferição da responsabilidade penal do autor à luz da vitimodogmática e da imputação à vítima**. 2009. 162 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito de Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 2009, p. 38.

³³ VIANA, Eduardo. **Criminologia**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 135.

jurídicos, que pesquisam sua personalidade e buscam inseri-la na dogmática jurídico-penal (Vitimodogmática) e no campo ligado à criminologia, dilatando o seu objeto (moderna Vitimologia).

2.2 O REDESCOBRIMENTO DA VÍTIMA NO DIREITO PENAL

O nascimento da Vitimologia, como ramo próprio da Criminologia, tem suas raízes no fim da Segunda Guerra Mundial, mais especificamente na brutalidade do holocausto³⁴. A partir desse momento, discute-se a respeito do enfoque no papel desempenhado pelas vítimas na ocorrência do fato típico³⁵, bem assim a questão judicial, moral, psicológica e terapêutica aos vitimizadores. Dois são os fatores que permitem essa preocupação: a macrovitimização, expressa em acontecimentos como catástrofes, crises e erupções de violência, de um lado, e a ruptura com a criminologia clássica decorrente da superação do modelo positivista unidimensional³⁶.

Explica-se: a antropologia de Cesare Lombroso e os consequentes estudos, que contribuíram à formação da Escola Positiva, concentraram-se apenas na figura do delinquente, e a vítima passou a ser elemento quase que completamente esquecido na etiologia do crime. Em contrapartida, os estudos sobre o seu papel na ocorrência delituosa assumiram ares de descoberta científica, “mas em verdade o que ocorreu foi a renovação, em termos de valoração, de pesquisas e observações em torno da vítima e do fenômeno vitimal”³⁷. Autores como Sutherland (1937) e Garófalo (1914) já destacavam a inter-relação delito-delinquente-pena, sem, contudo, dar a necessária importância ao ofendido na dinâmica criminológica.

As primeiras manifestações formais sobre a vítima e aqueles que a circundam foram encetadas por Etienne de Greef e Wilhelm Saver, destacando-se, como pioneiro, Hans Von Hentig, que examina “o problema da reparação do dano causado

³⁴ PIEDADE JUNIOR, Heitor. **Vitimologia**: evolução no tempo e espaço. Rio de Janeiro: Frei Bastos, 1993, passim.

³⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. **A vítima e o problema criminal**. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1980, p. 25.

³⁶ CORDEIRO, Euler Xavier. Vitimodogmática: uma análise dogmática do comportamento da vítima. In: FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves; GALVÃO JUNIOR, Roberto Faleiros. (Org.). **Estudos contemporâneos de vitimologia**. São Paulo: Cultura Acadêmica, UNESP, 2011, p. 25.

³⁷ FONSECA, Ana Clara Montenegro. **Conduta da vítima de crime na dogmática penal**: análise crítica sobre a posição da vítima na aferição da responsabilidade penal do autor à luz da vitimodogmática e da imputação à vítima. 2009. 162 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito de Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 2009, p. 11.

à vítima pelo delito, independentemente da responsabilidade civil do autor”³⁸. Subsequentemente, Fritz Paasch, na obra “Problemes Fundamentaux et Situation de la Victimologie”, igualmente tratou da questão, na qual foi sucedido por Franz Exner, Gasper e EleMBERGER, dentre outros. Também Feuerbach, em 1913, em referência à vítima de homicídio, frisava que o sujeito passivo desse crime fora o culpado pelo evento delituoso³⁹.

Com efeito, os primeiros passos em direção à constituição da teoria vitimológica - campo multidisciplinar de investigação acerca da vítima em seus diferentes aspectos, de forma global, dinâmica e interacionista – ocorreram influenciados pelo já mencionado processo de macrovitimização e pelo assustador aumento da criminalidade urbana⁴⁰. Essas ocorrências contribuíram, concretamente, para a elaboração de uma nova visão da sociedade a respeito do crime e de sua punição e propiciaram a transferência de parcelas da atenção continuamente concentradas no delinquente ao amplo horizonte problemático denunciado por observações compromissadas com a figura da vítima, por vezes gerando um unilateral e exacerbado vitimocentrismo⁴¹.

No entanto, a comunidade científica somente se voltou com intensidade à pesquisa sobre a Vitimologia em meados das décadas de 1970 e de 1980, período em que a mesma se robusteceu e alcançou dignidade acadêmica mediante simpósios, congressos e encontros internacionais sobre o tema. Especificamente, merecem destaque a série de simpósios internacionais sobre o tema, a partir do ano de 1973, culminando com o simpósio que teve lugar em Bellagio, na Itália, em 1975, bem como “a publicação científica internacional da Editora Visage Press, em Washington D.C, dedicada exclusivamente à Vitimologia; e, finalmente, já em 1980, o advento da Sociedade Internacional de Vitimologia”⁴².

Entretanto, o início da sistematização dos estudos vitimológicos tem início com a obra de Von Hentig, “The Criminal and his Victim”, de 1940, na qual o autor

³⁸ FERNANDES, Newton; FERNANDES, Walter. **Criminologia integrada**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 543.

³⁹ Ibid., p. 544.

⁴⁰ OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. **Vítimas e criminosos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993, p. 63-75.

⁴¹ FONSECA, Ana Clara Montenegro. **Conduta da vítima de crime na dogmática penal: análise crítica sobre a posição da vítima na aferição da responsabilidade penal do autor à luz da vitimodogmática e da imputação à vítima**. 2009. 162 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito de Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 2009, p. 41.

⁴² VIANA, Eduardo. **Criminologia**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 135.

parte de grupos sociais de vítimas e empreende uma classificação dos seus distintos tipos, momento a partir do qual a Criminologia começa a admitir que a vítima de um crime representa um papel criminógeno ou, pelo menos, provocador. No Brasil, Viveiros de Castro⁴³, em decisões datadas de 1989, afirmava, ancorado em Franz Von Liszt, que “quando a vítima não estava de boa fé, quando também pretendia iludir ou propunha uma transação criminosa, imoral ou torpe, o fato incriminado não incide na sanção penal”.

Nessa perspectiva, Von Hentig⁴⁴ não centra seu estudo na identificação de vítimas que interagem ou não com o criminoso e com o meio social, mas destaca os diversos grupos de vítimas coletivas e sua necessidade de proteção, pressupondo que “os motivos da ação não são criados aleatoriamente, mas são despertados por influências externas; um destes, não o menos importante, é a personalidade ou a atitude da vítima”⁴⁵. Com isso, admite a Criminologia que o ofendido representa um papel criminógeno ou, no mínimo, provocador.

Contudo, o verdadeiro fundador da Vitimologia como ciência foi Benjamin Mendelsohn, que trouxe o estudo do ofendido sob os ângulos do Direito Penal, da Psicologia e da Psiquiatria, a partir do exame das causas e efeitos, propondo a sistematização das pesquisas sobre o assunto⁴⁶. Nessa margem, o israelense confronta as vítimas de uma ação sancionada penalmente e as de situações nas quais não intervém uma terceira pessoa. Com esse alargamento, termina por aproximar a abordagem vitimológica daquela realizada pelos direitos humanos, atinentes à macrovitimização.

Ainda nesse contexto, Mendelsohn propõe o tratamento sistemático do tema, não como um mero departamento da ciência penal, mas uma ciência jungida à Criminologia, sob a denominação de Vitimologia. Expõe, desse modo, cinco produtos vitimais, a partir de dois lados distintos: o da vítima inteiramente inocente (vítima

⁴³ CASTRO, Francisco José Viveiros de. **Jurisprudência criminal**: casos julgados, jurisprudência estrangeira, doutrina jurídica. São Paulo: H. Garnier, 1901, p. 296-309.

⁴⁴ HENTIG, Hans Von. **The criminal and his victim**. Studies in the sociobiology of crime. New York: Schocken Books, 1979, p. 404 et seq.

⁴⁵ DEODATO, Felipe Augusto Fortes de Negreiro; FONSECA, Ana Clara Montenegro. O papel da vítima e o estudo da vitimologia em um direito penal axiologicamente orientado por princípios de política criminal. In: ÁVILA, Gustavo Noronha de; ROSSI, Maria Paula Cassone (coord.). **Criminologias e política criminal I** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA. Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 177. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/30l1na6m>>. Acesso em: 17 nov. 2017.

⁴⁶ BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Vítima**: vitimologia, a dupla penal delinquente-vítima, participação da vítima no crime, contribuição da jurisprudência brasileira para a nova doutrina. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1971, p. 16.

ideal, sem colaboração ao evento danoso) e o da vítima inteiramente culpável. Neste último âmbito, inserem-se a vítima infratora (como no homicídio em legítima defesa); a vítima simuladora, que imputa falsamente a prática de um delito a outrem e a vítima imaginária⁴⁷.

Não bastasse a tipologia em comento, Mendelsohn qualifica a vítima conforme o respectivo grau de influência na etiologia do crime, com o intento de distribuir a responsabilidade para a dupla relacional, vítima-autor, nas seguintes categorias: aquela de culpabilidade menor, que involuntariamente impulsiona o crime, expondo-se ao risco; a vítima tão culpável quanto o autor, que adere à conduta ou a sugere, como na eutanásia; e a vítima provocadora, que por sua própria conduta incita o autor à prática do delito ou mesmo por imprudência dá causa ao mesmo⁴⁸. Sobressai dessa classificação o claro aparecimento de ofendidos que, por atos próprios, voluntariamente, determinam sua vitimização ou provocam riscos a si próprias.

A seu turno, segundo Deodato e Fonseca⁴⁹, a tipologia de Ezzat Fattah, datada de 1971, trata da vítima provocadora ativa, consciente e inconsciente, ou passiva, que incita, respectivamente, de modo direto ou indireto, o autor na motivação à prática criminosa; e das participantes ativas ou passivas, que operam no curso da execução do crime. Ainda que se utilize do termo “passiva”, o qual imprime semântica de inércia, Fattah teve o claro intuito de demonstrar que há vítimas que permitem a ocorrência do risco a si próprias, ainda que por omissões ou atos maliciosamente sutis, como a instigação ao autor.

Por outro lado, as vítimas de acordo com Guglielmo Gulotta distribuem-se em falsas e reais, e as primeiras subdividem-se em simuladoras, as quais incriminam um inocente por vingança, recato ou outra motivação consciente e imaginária, “que não tem consciência da não ocorrência do crime, sustentando as falsas acusações em decorrência de psicoses – paranoia, histerias etc.”⁵⁰ e as segundas se segmentam em: acidentais/fortuitas (vitimizadas por fenômenos naturais); indiscriminadas

⁴⁷ GONZÁLES, Rodrigo Ramírez. **La Victimología**. Estudio de la víctima del delito. Su función en la prevención y control de la criminalidad. Bogotá: Editorial Temis Librería, 1983, p. 18.

⁴⁸ NEUMANN, Elías. **Victimología**. El rol de la víctima em los delitos convencionales y no convencionales. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994, p. 30-31.

⁴⁹ DEODATO, Felipe Augusto Fortes de Negreiro; FONSECA, Ana Clara Montenegro. O papel da vítima e o estudo da vitimologia em um direito penal axiologicamente orientado por princípios de política criminal. In: ÁVILA, Gustavo Noronha de; ROSSI, Maria Paula Cassone (coord.). **Criminologias e política criminal I** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA. Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 178. Disponível em:

<<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/30l1na6m>>. Acesso em: 17 nov. 2017.

⁵⁰ DEODATO; FONSECA, op. cit., p. 179.

(vítimas de terrorismo, por exemplo); alternativas (expostas a determinado evento como possíveis ofensores ou vítimas); provocadoras e voluntárias, que praticam, à guisa de exemplo, o suicídio.

O destaque da referida categorização localiza-se na exposição de vítimas simuladoras, alternativas, voluntárias e provocadoras, que tem em comum o reflexo da potencialidade contributiva do ofendido à ocorrência do crime. Outra coleção de classes de vítimas é a de Elías Neuman⁵¹, que fragmenta seu rol em vítimas individuais, familiares, coletivas, sociais. Na primeira, Neuman separa as “vítimas sem atitude vitimal (inocentes ou resistentes) das com atitude culposa (provocadoras, cooperadoras ou solicitantes) e as com atitude dolosa”⁵², reforçando a existência de vítimas capazes de colaborar com o surgimento do delito e de interagir com o presumido autor.

A par de todas essas classificações, conclui-se que a Vitimologia se concretiza em dois grandes blocos. De um lado, o que informa sobre o funcionamento do sistema jurídico-penal e sobre o sistema social em seu conjunto, sem considerar que a intervenção da vítima como sujeito ativo no delito lhe seja favorável⁵³. Em outro viés, a Vitimologia mostra claramente que a vítima nem sempre é um mero objeto passivo sobre o qual causalmente recai o delito, senão que, em certas ocasiões, resulta da interação com o autor.

Esta última apreciação tem permitido afirmar de modo geral que existem determinadas vítimas que contribuem para a produção da lesão do bem jurídico de que é titular, podendo ser estimada, em um sentido amplo e ao menos em parte, como corresponsável por tal lesão. De se ver que aqui interessa estudar as consequências propiciadas pelo segundo bloco de considerações da Vitimologia, a saber: o relativo à existência de vítimas que de um ou outro modo contribuem à lesão do bem jurídico⁵⁴. Por intermédio de tais efeitos, um setor da doutrina alemã

⁵¹ NEUMANN, Elías. **Victimología**. El rol de la víctima em los delitos convencionales y no convencionales. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994, p. 56-64.

⁵² FONSECA, Ana Clara Montenegro. **Conduta da vítima de crime na dogmática penal: análise crítica sobre a posição da vítima na aferição da responsabilidade penal do autor à luz da vitimodogmática e da imputação à vítima**. 2009. 162 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito de Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 2009, p. 32.

⁵³ SILVA SANCHÉZ, Jesús María. La víctima em el futuro de la dogmática. In: BERISTAIN, Antonio; DE LA CUESTA, José Luis (ed.). **Victimología**. San Sebastián: Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea 1990, p. 231-232.

⁵⁴ Nesse sentido: GULOTTA, Guglielmo. La vittima. Collana di Psicologia giuridica e criminale. Milano: Giuffrè, 1976, p. 30 et seq. In: NEUMANN, Elías. **Victimología**. El rol de la víctima em los delitos convencionales y no convencionales. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994, p. 57 et seq.

inclina-se à construção de uma Vitimodogmática ou, expressado em outros termos, à introdução da perspectiva vitimológica na dogmática penal (*Viktimodogmatik*).

2.3 A VITIMOLOGIA NA DOGMÁTICA PENAL: O INÍCIO DA VITIMODOGMÁTICA

A Vitimodogmática é formada pelas construções teóricas orientadas à intervenção da vítima no resultado delitivo. Trata-se de uma formulação dogmática concreta, ainda incipiente, para a problemática da interação do ofendido no crime e a sua repercussão na aferição da responsabilidade do agente. Seu debate ocorreu, inicialmente, com argumentações mais próximas às reflexões de política criminal do que da dogmática em si⁵⁵. Com efeito, não obstante o reconhecimento das vantagens advindas da justiça criminal gerida pelo Estado, somente após as grandes guerras mundiais do século XX, como já se discorreu supra, a doutrina e a jurisprudência, principalmente alienígenas, atentaram-se para a influência da vítima na gênese delitiva.

A necessidade de harmonização de elementos fundamentais da relação criminosa vítima-autor traz ao cenário penal, sob influência da Vitimologia, a mutação da perspectiva criminológica, centrada na duradoura percepção convencional da figura do homem delinquente. Esse início de transformação, até meados de 1970, permitiu o resgate do caráter humano, típico do conflito penal, iniciando-se “uma jornada investigativa em direção aos estudos das tipologias vitimais e ao desenvolvimento dos argumentos sociais e jurídicos sobre essas espécies”⁵⁶.

Posteriormente, a análise vitimológica enseja a revisão dos seus vestígios iniciais e propicia uma renovada apreciação da ideia de vítima “culpada”, favorecendo o surgimento da Vitimodogmática, que tem como suporte empírico a Vitimologia clássica, ao constatar a existência de vítimas relacionais, que contribuem à produção do delito. Nessa senda, a consequência não poderia ser outra, senão a necessidade de estudar as projeções desses grupos específicos de vítimas para a

⁵⁵ MELIÁ, Manuel Cancio. **Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal**: estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. Tesis (Doctoral). Universidad Autónoma de Madrid. Departamento de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1997, p. 221. Disponível em: <<https://repositorio.uam.es/xmlui/handle/10486/4402>>. Acesso em: 12 de jun. 2018.

⁵⁶ FONSECA, Ana Clara Montenegro. **Conduta da vítima de crime na dogmática penal**: análise crítica sobre a posição da vítima na aferição da responsabilidade penal do autor à luz da vitimodogmática e da imputação à vítima. 2009. 162 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito de Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 2009, p. 53.

esfera penal, a fim de se harmonizar a questão do ofendido com medidas preventivas de política criminal, além de aferir, “com proporcionalidade e em respeito às concepções limitadoras da violência penal, a responsabilidade penal do autor, baseando-se nas atitudes das vítimas”⁵⁷.

De acordo com Manuel Câncio de Meliá ⁵⁸, o primeiro estudo com componentes dogmáticos sobre a vítima deve-se a Schultz, em 1956, embora já fosse conhecido o trabalho de Kleinfeller, a favor da criação de um critério geral de medição da pena, em atenção à participação da vítima. No atual cenário, o cerne das aproximações vitimodogmáticas ainda reside na determinação de em que medida a corresponsabilidade da vítima no crime pode ter repercussões sobre a valoração jurídico-penal do comportamento do autor, mais especificamente na determinação de sua responsabilidade criminal.

Nota-se que esse grupo de elaborações doutrinárias sobre a vítima possui caráter mais específico, quando comparado com institutos tradicionais (a exemplo das teorias da causalidade com o tratamento sobre a autocolocação da vítima em risco, da concorrência de culpas, dentre outros). Mais do que o desenvolvimento de elementos legais, a “vitimodogmática deve ser entendida como a adoção de uma nova perspectiva na discussão doutrinária sobre a possível limitação do injusto por atitudes do titular do bem jurídico lesionado”⁵⁹.

De acordo com Schünemann ⁶⁰, trata-se uma forma de reconhecer as responsabilidades da vítima, limitando a noção de delito. Desse modo, passa a coexistir, ao lado dos debates vitimológicos acerca da colaboração da vítima para a delinquência, a sua significação para a dogmática penal. Nada obstante as raízes distintas entre esses setores do conhecimento, fixadas no início dos estudos

⁵⁷ FONSECA, Ana Clara Montenegro. **Conduta da vítima de crime na dogmática penal: análise crítica sobre a posição da vítima na aferição da responsabilidade penal do autor à luz da vitimodogmática e da imputação à vítima**. 2009. 162 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito de Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 2009, p. 53.

⁵⁸ MELIÁ, Manuel Cancio. **Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal: estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas**. Tesis (Doctoral). Universidad Autónoma de Madrid. Departamento de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1997, p. 223. Disponível em: <<https://repositorio.uam.es/xmlui/handle/10486/4402>>. Acesso em: 12 de jun. 2018.

⁵⁹ FONSECA, op. cit., p. 53.

⁶⁰ SCHÜNEMANN, B. The role of the victim within the criminal justice system: a threetiered concept. **Buffalo Criminal Law Review**, vol. 3, nº 1. New York: Buffalo Criminal Law Center, 2000, p. 40 apud PRITTWITZ, Cornelius. La resurrección de La víctima en la teoría penal. In: SCHÜNEMANN, Bernd; ALBRECHT, Peter-Alexis; PRITTWITZ, Cornelius. (Org.). **La víctima en el sistema penal**. Dogmática, proceso e política criminal. Traducción del Prof. Dr. Luís Miguel Reyna Alfaro. Lima: Editorial Grijley, 2006, p. 65.

vitimológicos de Hentig⁶¹, a Vitimodogmática como se conhece hoje apenas é inaugurada, com intensidade, ao final do século XX.

A tendência dogmática acerca do ofendido tem origem verdadeiramente na reflexão sobre o crime de estelionato. Os juristas esquadriharam as múltiplas facetas do comportamento do lesado diretamente no delito em destaque e concluíram que, em regra, havia uma atuação livre e consciente daquele, o qual agia, contribuindo para a gênese delitiva, visando à obtenção de vantagem⁶², configurando-se a torpeza bilateral⁶³.

A proposta recai, inicialmente, nos delitos culposos⁶⁴, abarcando os dolosos somente na década de 1980. A partir disso, surgem duas correntes divergentes a respeito do tema: de um lado, uma vertente radical, e, de outro, um segmento moderado, ambos, em maior ou menor medida, buscando valorar, dogmaticamente, sem intermédio de outros instrumentos doutrinários, a conduta da vítima relacional na aferição da responsabilidade penal do autor, notadamente nos debates germânicos e espanhóis⁶⁵.

A investigação, nesse contexto, volta-se tanto para a colaboração da vítima à ocorrência do resultado lesivo, “como para a influência dessa colaboração no injusto, especialmente na atribuição da punição do agente, propensa a gerar a sua atenuação ou até a sua isenção”⁶⁶. É nesse contexto que surge o dissenso: de um lado, aglomeram-se os defensores da simples diminuição da pena, embora admitindo, pontualmente, uma causa supralegal de exclusão da ilicitude, e, de outro, reúnem-se os que consideram, além da atenuação, a isenção total do encargo do autor, excluindo-se a tipicidade de sua conduta.

De outra parte, o pensamento doutrinário-jurisprudencial vitimodogmático perpassa ora pela órbita que confere caráter dogmático puro, como excludente de tipicidade, ao comportamento do ofendido, inserido na sistemática do delito, ora na

⁶¹ FATTAH, Ezzat. Victimologie: tendances récentes. **Criminologie**, 13(1), 6–36, 1980. Disponível em: <<https://www.erudit.org/fr/revues/crimino/1980.../017114ar.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2018.

⁶² MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Tradução: Cintia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p.159.

⁶³ OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. **Vítimas e criminosos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993, p. 135.

⁶⁴ NOGUEIRA, Sandro D'Amato. **Vitimologia**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 75-80.

⁶⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. Teoría de la imputación objetiva. Traducción: Mariana Sacher de Köser. **Revista de política criminal e ciências penais**. n. I, especial. Mexico, 1999, p. 33.

⁶⁶ FONSECA, Ana Clara Montenegro. **Conduta da vítima de crime na dogmática penal: análise crítica sobre a posição da vítima na aferição da responsabilidade penal do autor à luz da vitimodogmática e da imputação à vítima**. 2009. 162 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito de Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 2009, p. 55.

trajetória que lida com problemas pontuais concretos em choque com o sistema dogmático-penal, porém como atenuante ou causa supralegal justificante. No entanto, esse giro propiciado pelo impulso vitimodogmático à análise do crime é visto com certa perplexidade, em razão da nova Vitimologia, que busca medidas protetivas e de apoio para a vítima de crime, em aspectos de direito material ou processual.

A Vitimodogmática, em ângulo divergente, parte de dados da Vitimologia mais clássica, a qual promove as tipologias vitimais e reflete se dada atitude do lesado favorece a valoração jurídico-penal do comportamento do autor. Em razão dessa base empírica, alguns autores insistem que esta procede a uma culpabilização da vítima (“blaming the victim”)⁶⁷, isto é, uma inversão de papéis entre as duas partes. Entretanto, a Vitimodogmática sabe que não é função do direito penal punir a vítima e não elabora qualquer proposta para sancioná-la em termos práticos, mas se foca na responsabilidade do autor.

Porém, nessa construção valorativa, são consideradas as atitudes tomadas na etiologia delitiva, livre e conscientemente, por vítimas responsáveis. Portanto, examina-se o reconhecimento da existência de vítimas interativas, que atuam, dolosa ou culposamente, em alguns fatos delitivos, e de que forma essa constatação permite afirmar que as mesmas são corresponsáveis pelo crime e, a partir disso, influir, em sentido atenuante ou excludente, na responsabilidade criminal do autor⁶⁸.

O estudo dogmático tem o mérito de pôr em relevo um sujeito olvidado estrategicamente pelo Estado, de restringir o conceito dogmático de sujeito passivo e, notadamente, de pretender uma aplicação da punição de forma mais coerente e exata, levando em conta fatores importantes que geraram o próprio crime. Como destaca Fonseca⁶⁹, “novas tendências geralmente são suscetíveis de críticas, previamente ao seu aperfeiçoamento e consolidação. Com tal elaboração acerca da vítima, a rigidez do crivo doutrinal não seria diferente”. Por isso, deve-se evitar conclusões preconceituosas ou precipitadas sobre ela.

⁶⁷ LARRAURI, Elena Pijoan. *Victimologia: qui són lês víctimes? Quins son els seus drets? Quines sin lês seves necessitats?* In: RAMIREZ, Bustos; LARRAURI, Elena Pijoan. **Victimologia: presente y futuro** (hacia un sistema penal de alternativas), Barcelona: PPU, 1993, p. 133 et seq., 142 e 143.

⁶⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesus María. **Perspectivas sobre la política criminal moderna**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998, p. 149.

⁶⁹ FONSECA, Ana Clara Montenegro. **Conduta da vítima de crime na dogmática penal: análise crítica sobre a posição da vítima na aferição da responsabilidade penal do autor à luz da vitimodogmática e da imputação à vítima**. 2009. 162 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito de Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 2009, p. 57.

De todo modo, aponta-se, preliminarmente, uma defesa em seu favor: as suas teses não são novidade na legislação, doutrina e jurisprudência globais⁷⁰. Para Fonseca, “A inovação proposta reside apenas no modo de tratar os temas, algo que, em distinta proporção, já se considerava, ainda que inconsciente ou intuitivamente, em alterações mais tradicionais”⁷¹. Uma perfunctória leitura do Código Penal brasileiro revela que o comportamento da vítima diminui ou exclui a responsabilidade do autor.

Recorda-se, à guisa de exemplo, o consentimento da vítima em crimes que exigem seu dissenso (art. 150 do Código Penal Brasileiro); a provocação da vítima na figura privilegiada dos crimes dolosos contra a vida (art. 121 do Código Penal pátrio); ou algumas disposições que permitem prescindir da imposição de pena, como o perdão do ofendido. Não raro, a jurisprudência e a doutrina restringem a responsabilidade do autor, em virtude de construções supralegais, cuja base encontra-se no comportamento da vítima, mormente nos delitos culposos e nos casos em que a vítima consente para o crime, quando o tipo penal prescinde do seu dissenso.

Essa sucinta evidência de que considerações materialmente vitimológicas se fazem presentes na legislação penal, na doutrina e na jurisprudência não evita o dilema vitimodogmático: aumentar a reprimenda ao autor encontra-se fora do âmbito desta tese. Mas, “verifica-se que a legislação tem qualificado ou agravado a conduta do autor quando esta impossibilita a defesa da vítima”, ou seja, quando lhe é minorada a capacidade de resistência⁷². Pressupõe-se, assim, que, tacitamente, o legislador espera que de algum modo a vítima não se resigne diante do ataque aos seus bens jurídicos, colocando-os em risco.

Em linhas gerais, portanto, a Vitimodogmática representa “uma série de postulados sobre o impacto que a atitude da vítima relacional gera ao delito e como os reflexos dessa atuação influem na sua sistemática”⁷³, e seus estudos objetivam a formulação de argumentos jurídicos que extraiam da conduta da vítima princípios dogmáticos a serem observados pela teoria geral do crime e da pena. Perquirir em

⁷⁰ TAMARIT SUMALLA, Josep M. **La víctima em el derecho penal**. De la víctima-dogmática a uma dogmática de la víctima. Pamplona: Aranzadi Editorial, 1988, p. 24.

⁷¹ FONSECA, Ana Clara Montenegro. **Conduta da vítima de crime na dogmática penal: análise crítica sobre a posição da vítima na aferição da responsabilidade penal do autor à luz da vitimodogmática e da imputação à vítima**. 2009. 162 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito de Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 2009, p. 57.

⁷² FONSECA, op. cit., p. 57.

⁷³ Ibid., p. 58.

que condições o contributo da vítima importa no sistema de imputação do agente revela a tentativa de edificar proposições teóricas que evidenciem essa parcela contributiva. Com isso, geram-se efeitos negativos à atribuição total do resultado ao presumido autor e restringe-se a incidência penal nos problemas de participação da vítima⁷⁴.

Verdadeiramente, a Vitimodogmática traduz a remodelagem, “mutatis mutandis”, da Vitimologia tradicional, fundada na “culpa” da vítima, com o diferencial moderno de inferir uma categoria dogmática para essa corresponsabilidade dolosa ou culposa da vítima. Elena Lurrari Pijoan⁷⁵, por exemplo, compreende que, apesar do propalado esquecimento, a vítima foi objeto frequente de consideração pela ciência penal na fase prévia ao delito, com o consentimento e a provocação, excludente do carácter delitivo de certos comportamentos e atenuante da pena do autor, respectivamente; na fase de execução do crime, como acontece na legítima defesa; e “na fase de consumação, sob a forma de perdão, representação e concessão de alguns benefícios que pressupõem a reparação de dano”⁷⁶.

Nesse sentido, conclui a autora que a verdadeira situação da vítima no direito penal é de algum esquecimento. Impende ressaltar que a Vitimodogmática se afasta do cuidado direto de medidas reparatórias em si, inerentes à nova Vitimologia em sua concepção ampla. Contrariamente, centra-se na discussão dos institutos próprios da vítima relacional (interativa com o agente e o meio social) e liga-se, inevitavelmente, a aspectos relativos à teoria do delito, como as excludentes, e à da pena (mais especificamente, dos referenciais redutores da fixação da pena), bem como “à autocolocação da vítima em risco, ao instituto da provocação, do consentimento, da disponibilidade ou não de bens jurídicos individuais e à concorrência de culpas”⁷⁷.

Por essa razão, embora considerada a discreta consideração da vítima pelo sistema penal contemporâneo, deve balizar-se o seu estudo pelo princípio de proteção subsidiária, fragmentária e proporcional de bens jurídicos, visto que

⁷⁴ FONSECA, Ana Clara Montenegro. **Conduta da vítima de crime na dogmática penal: análise crítica sobre a posição da vítima na aferição da responsabilidade penal do autor à luz da vitimodogmática e da imputação à vítima**. 2009. 162 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito de Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 2009, p. 58.

⁷⁵ LARRAURI, Elena Pijoan. *Victimologia: qui són lês víctimes? Quins son els seus drets? Quines sin lês seves necessitats?* In: RAMIREZ, Bustos; LARRAURI, Elena Pijoan. **Victimologia: presente y futuro (hacia un sistema penal de alternativas)**, Barcelona: PPU, 1993, p. 132.

⁷⁶ FONSECA, op. cit., p. 58-59.

⁷⁷ Ibid., p. 59.

somente vê necessária a ameaça penal e sua punição quando o intento atende aos postulados do Estado liberal e democrático de direito⁷⁸. Acresce-se a isso o princípio da autorresponsabilidade, que questiona o direito penal quanto ao merecimento de tutela ao bem cuja proteção cabível à vítima foi por ela mesma dispensada.

Releva anotar que a finalidade Vitimodogmática, independentemente da perspectiva que se adote, aproxima-se da determinação de punições mais justas, considerando, para tanto, eventual conduta dolosa ou culposa da vítima. Embasa-se no entendimento de que o ordenamento jurídico, mais especificamente o direito penal, não deve abrigar toda e qualquer situação e bem jurídico⁷⁹, notadamente quando se trata de bens jurídicos exclusivamente pessoais.

Nessa trilha, seus defensores extremistas alegam que o direito penal deve perder o caráter paternalista, principalmente, quando o ofendido (titular e legítimo interessado na tutela do bem jurídico) possui mecanismos de autodefesa e os dispensa com sua conduta (omissão, consentimento, autocolocação em risco, provocação), abdicando do exercício de preservação dos mesmos⁸⁰; “ou, ao menos, como preconiza a visão mitigada, proceder-se em um redução da penalidade do autor, em virtude da clarificada conduta (co) determinante da vítima”⁸¹.

Ora, é criticável também desconsiderar a conduta da vítima face ao crime, ignorando a finalidade da Vitimodogmática. Se assim ocorrer, deve-se questionar se a vítima tem direito a precipitar o crime – dispondo de seus bens ou arriscando-os – e mesmo com tal atitude extravagante permanece merecedora de tutela penal, ou seja, se o direito penal sancionaria o autor, como em qualquer outra hipótese que envolvesse uma vítima ideal.

Em face desses questionamentos e mesmo antes de se chegar a uma posição firme em relação aos mesmos, revela-se mais acertado verificar se é possível sua incorporação global e imediata à dogmática ou em situações específicas, para alguns crimes. A linha radical, defendida especialmente por

⁷⁸ FONSECA, Ana Clara Montenegro. **Conduta da vítima de crime na dogmática penal**: análise crítica sobre a posição da vítima na aferição da responsabilidade penal do autor à luz da vitimodogmática e da imputação à vítima. 2009. 162 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito de Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 2009, p. 59.

⁷⁹ Cf. PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 41.

⁸⁰ PRADO, op. cit., p. 46.

⁸¹ FONSECA, op. cit., p. 60.

Schünemann⁸², intenta atribuir maior relevância ao comportamento da vítima no âmbito de determinação da responsabilidade penal do autor, embora se afigure como minoria. Esta vertente entende que a conduta da vítima serve de motivo à isenção da responsabilidade do autor, mediante a exclusão do tipo.

Os seus adeptos asseveram que o enfoque vitimológico dos princípios inspiradores e limitadores do direito de punir estatal, fragmentariedade, subsidiariedade e “ultima ratio”, fundamentam a aludida exoneração de responsabilidade autoral⁸³. Para eles, a vítima potencial de certos delitos tem o dever de se proteger com o uso de meios razoáveis, quando essa conduta lhe exigível. Do contrário, a violação a tal assertiva representaria a perda da necessidade de tutela pelo Estado, culminando com a dispensa de pena do autor.

Essa vertente considera que um abandono das considerações vitimodogmáticas ao âmbito (de arbítrio judicial) da medição da pena implica a inoperância daquelas. Assim, os esforços desse grupo radical dirigem-se à elaboração do denominado princípio da autorresponsabilidade (*Selbstverantwortungsprinzip*), que passaria a desempenhar uma dupla função: inspirar futuras reformas legislativas (perspectiva de “lege ferenda”) e dirigir a tarefa interpretativa dos tipos, propiciando restrições teleológicas deles, “com a consequente exclusão de certas condutas da esfera do penalmente relevante (perspectiva de “lege lata”) “⁸⁴.

Trabalha-se, assim, a favor da incorporação do referido princípio pela dogmática penal, como um dever de autodefesa da vítima em relação aos seus bens jurídicos, cuja infração afasta o merecimento e a necessidade de tutela penal do Estado. Nesse ponto em específico, os adeptos da vertente radical pretendem adaptar o princípio da subsidiariedade a essa hipotética obrigação de autoproteção da vítima, por meio de uma construção dedutiva do princípio vitimológico, ou seja, por derivação daqueles princípios gerais e restritivos da potestade penal.

⁸² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La vitimo-dogmatica en el derecho extranjero. In: BERISTAIN, Antonio; DE LA CUESTA, José Luis (ed.). **Victimología**. San Sebastián: Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, 1990. Disponível em: <<http://www.ehu.eus/documents/1736829/2030810/11+-+Victimodogmatica.pdf>>. Acesso em: 3 abr. 2017.

⁸³ VIANA, Eduardo. **Criminologia**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 143.

⁸⁴ FONSECA, Ana Clara Montenegro. **Conduta da vítima de crime na dogmática penal: análise crítica sobre a posição da vítima na aferição da responsabilidade penal do autor à luz da vitimodogmática e da imputação à vítima**. 2009. 162 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito de Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 2009, p. 60.

Da natureza subsidiária do direito penal, depreende-se seu caráter secundário ou acessório, não somente em relação aos outros meios de controle social do Estado, senão em relação também às possíveis medidas de autoproteção da vítima potencial. O intuito é que a conduta do autor seja penalmente irrelevante, quando o ofendido não se comporta conforme o referido princípio, permitindo a lesão ao seu bem jurídico, podendo evitar o dano em seu âmbito de atribuição.

Os partidários desta tese sustentam que vítima tem o dever de proteger a si mesma, mas que não alcança níveis desmedidos. Contudo, refere-se à adoção de meios possíveis, razoáveis, usuais e exigíveis⁸⁵. A infração a tal obrigação, por meio da omissão às mencionadas medidas, implica o desmerecimento e desnecessidade de amparo penal à vítima⁸⁶. Em definitivo, se o titular do bem jurídico penal, com possibilidade de se auto proteger, não o faz, o autor isenta-se de pena pelo fato, o qual, em tais condições, atribuir-se-ia àquela.

É notório que “sobre a base desta opção dogmática encontra-se uma concepção político-criminal liberal, que trata de reduzir ao máximo a intervenção do direito penal, às custas de omissões livres e conscientes de vítimas responsáveis”⁸⁷. Portanto, sob o viés extremado, a conduta da vítima, em contato com princípios restritivos da intervenção penal, pode gerar isenção da responsabilidade do autor, problemática a ser abordada com mais vagar nos próximos capítulos.

⁸⁵ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 94 et seq.

⁸⁶ MELIÁ, Manuel Cancio. **Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal**: estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. Tesis (Doctoral). Universidad Autónoma de Madrid. Departamento de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1997, p. 249-253. Disponível em: <<https://repositorio.uam.es/xmlui/handle/10486/4402>>. Acesso em: 12 de jun. 2018.

⁸⁷ FONSECA, Ana Clara Montenegro. **Conduta da vítima de crime na dogmática penal**: análise crítica sobre a posição da vítima na aferição da responsabilidade penal do autor à luz da vitimodogmática e da imputação à vítima. 2009. 162 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito de Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 2009, p. 62.

3 A AUTONOMIA DO INDIVÍDUO E SUAS MÚLTIPLAS FACETAS

A autonomia individual configura um desiderato humano com desdobramentos nas esferas política e interpessoal, e dela parte está fundada na capacidade de determinação de acordo com as próprias normas. A esse respeito, a concepção mais radical é a de um ser irreduzível em sua singularidade. Assim, entende-se que a autonomia implica em ser capaz de determinar seu modo de organização e as regras a que se submete, agindo coerentemente com essa autonomia, no âmbito da ação livre.

As escolhas, entretanto, não estão em campo totalmente aberto, de modo que há sempre uma situação preexistente, a partir da qual o indivíduo deve agir⁸⁸. Essas “situações” integram mesmo a filosofia existencialista, no que Jean Paul Sartre denominou de “facticidade”⁸⁹, isto é, contexto, sentido, circunstância. Como posição filosófica, o epicentro do individualismo é a concepção de liberdade que Kant referiu como “princípio a priori da constituição política”, forjada no contexto da Revolução Francesa de 1789⁹⁰.

Naquele momento histórico, o Código Civil exaltava um indivíduo livre e igual, submetido a sua vontade⁹¹, a partir de um sentido eminentemente patrimonial, com destaque para a propriedade e para a manifestação da vontade no campo negocial. O sentido de absoluta liberdade de ação hoje considerado não equivale à referida concepção, porquanto, como bem destaca Maria Auxiliadora Minahim⁹², “o indivíduo, por ser autônomo, não se converte em solipsista: é sempre um ser em circunstância”, a envolver a sua relação com os outros.

A concepção kantiana, considerada a mais relevante sobre a dignidade humana, no contexto do Iluminismo, fundamenta a dignidade na autonomia da vontade da pessoa humana, que é capaz de agir moralmente⁹³. Como explicou John

⁸⁸ BAKEWELL, Sarah. **No café existencialista**. São Paulo: Objetiva, 2017, p. 157.

⁸⁹ SARTRE, Jean-Paul. **Being and Nothingness**. Tradução: Hazel Barnes. New York: Washington Square Press, 1992, p. 501.

⁹⁰ GARCIA, Claudia Amorim; COUTINHO, Luciana Gageiro. Os novos rumos do individualismo e o desamparo do sujeito contemporâneo. **Psychê**, São Paulo, v. 8, n. 13, 2004, p. 129.

⁹¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. **Ebah**. Disponível em: <<http://www.ebah.com.br/content/ABAAABsacAF/principio-solidariedade-maria-celina-bodin-moraes>>. Acesso em: 01 out. 2017.

⁹² MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 30.

⁹³ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**. Conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 35.

Rawls⁹⁴, sobre essa questão, “o fundamento da dignidade é capacidade de fazer a lei universal e de agir segundo o princípio da autonomia”. Disso decorre a formulação do imperativo categórico, que apregoa “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim, e nunca simplesmente como meio”⁹⁵.

Há, com efeito, uma tensão constante entre a afirmação individual e a comunhão com o corpo social, projetando-se nas relações dicotômicas singular-coletivo, cidadão e Estado. A autonomia molda-se como forma de liberdade e incorpora as restrições impostas pelos interesses da coletividade. Na contemporaneidade, marcada pela hipercomplexidade das relações sociais, a divisão funcional ocasiona uma maior dependência entre as esferas individuais, havendo perda da autonomia⁹⁶, já que a proteção de bens jurídicos depende do agir prudente e atento de todos a evitar lesões aos interesses alheios.

De acordo com Norberto Bobbio⁹⁷, o pensamento político é dominado pelo organicismo (holismo) e pelo individualismo (atomismo), em que o Estado ora ocupa um espaço de destaque na vida social, na esteira do bem-estar coletivo, ora recua, privilegiando a liberdade do indivíduo. Ao construir sistemas normativos, o jurista da era moderna passa a objetivar a paz do bem-estar social. Esboça-se uma teoria da regulação genérica e abstrata do comportamento por normas gerais que fundam a possibilidade de convivência dos cidadãos⁹⁸.

Nesse caso, os modelos de direito natural são entendidos não como hipóteses científicas a verificar, mas como um paradigma que se torna viável na experiência. Assim, a teoria jurídica consegue transformar o conjunto de regras que compõem o direito em regras técnicas controláveis na comparação das situações vigentes com as idealmente desejadas (funcionalidade do direito). O direito reconstruído racionalmente, porém, não reproduz a experiência concreta do direito na sociedade, criando uma distância entre teoria e prática.

Etimologicamente, o vocábulo autonomia sintetiza uma polaridade que lhe é

⁹⁴ RAWLS, John. **História da filosofia moral**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 242.

⁹⁵ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução: Pedro Quintela. Lisboa: edições 70, 2011, p. 73.

⁹⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal em las sociedades post-industriales. Madrid: Civitas, 1999, p. 23.

⁹⁷ BOBBIO, Norberto. Individualismo e organicismo. In: BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução: Matco Aurélio Nogueira. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 2006, p. 45.

⁹⁸ Cf. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução do Estudo do Direito**. 7. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

inerente, ao se referir tanto ao individual quanto ao coletivo, já que a sua origem grega é composta pelo adjetivo pronominal “autos”, que significa “o mesmo” e pelo substantivo “nomos”, com o significado de “norma” ou “convenção”. Em outros termos, de acordo com Schramm⁹⁹, representa “a condição de uma pessoa ou de uma coletividade, capaz de determinar por ela mesma a lei à qual se submeter”.

Nessa senda, autonomia e liberdade integram o núcleo do Direito, o qual estabelece normativamente limites ao exercício da conduta humana. Como vida humana vivente (em sua interferência intersubjetiva), o Direito é um objeto cultural especial, do tipo egológico: seu substrato não é um pedaço da natureza, mas um momento da vida da pessoa e da sua biografia¹⁰⁰. A fenomenologia existencial consegue, então, colocar o Direito em seu lugar: cultura e existência, superando a visão popular de que o Direito é norma e esta é mandado ou imperativo.

Como explica Maria Auxiliadora Minahim¹⁰¹, “O direito e a norma jurídica, de fato, justificam-se porque pressupõem a existência de destinatários capazes de entender o seu sentido e de ajustar-se a seu comando”. A autonomia, portanto, cuida-se do poder que tem o ser humano de exercer a própria vontade, conformada por imposições exteriores. Nessa constante tensão, a ênfase pós-moderna está na autonomia e na privacidade, em contraposição à modernidade “objetivadora e generalizante”¹⁰², gerando um conflito entre comunidade e indivíduo, em sua singularidade.

Por isso, não há que se olvidar da privacidade, a qual, antes mesmo de um direito, é um vocábulo de significado pouco preciso. A palavra deriva do inglês “privacy”, que, por sua vez, decorre do latim “privatus”¹⁰³. Na Alemanha, por exemplo, o conceito é referido como “die privatsphere”, em clara referência a uma esfera individual em contraponto à vida social¹⁰⁴. Interessante notar que, no Brasil, ao menos no Código Civil e na Constituição da República, não há expressa menção à palavra “privacidade”, tendo o constituinte e o legislador infraconstitucional

⁹⁹ SCHRAMM, Fermin Roland. A autonomia difícil. **Bioética**, Brasília, v. 6, n. 1, p. 27-37, 1998.

¹⁰⁰ MACHADO NETO, Antônio Luiz. **Fundamentación egológica de la teoría general del derecho**. Tradução: Juan Carlos Manzanares. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1974, p. 169.

¹⁰¹ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 44.

¹⁰² ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1991, p. 14.

¹⁰³ LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 45.

¹⁰⁴ LEONARDI, op. cit., p. 46.

preferido as expressões “vida privada” e “intimidade”, tidas como distintas pela doutrina brasileira.

Sob a perspectiva jurídica, o direito à privacidade, embora positivado em inúmeras constituições de países como Coréia do Sul, África do Sul e Brasil, em outras nações foi reconhecido em julgados das cortes constitucionais, que o consideram implícito nas cartas políticas, como é o caso de Alemanha, Canadá, França e Estados Unidos¹⁰⁵. Mais especificamente no ordenamento jurídico brasileiro, a privacidade é tida como um direito fundamental, inexoravelmente atrelada à dignidade humana, como um mínimo existencial sobre o qual se assentam os direitos fundamentais.

A doutrina nacional costuma utilizar uma série de termos diferentes para se referir à “privacidade”, o que agrega ao conceito um inegável cunho polissêmico. Costuma-se empregar “vida privada, intimidade, segredo, sigilo, recato, reserva, intimidade da vida privada, e até mesmo ‘privatividade’ ‘privaticidade’, entre outros”¹⁰⁶.

Em linhas gerais, é possível identificar, em grande parte por força da doutrina estrangeira, a existência de conceitos unitários de privacidade, os quais estão assentes em quatro categorias: “a) o direito de ser deixado só (“the right to be let alone”); b) o resguardo contra interferências alheias; c) segredo ou sigilo; d) controle sobre informações e dados pessoais”¹⁰⁷. Essas concepções, malgrado representem a constituição de um arsenal teórico bastante rico, dificultam, segundo Marcel Leonardi, uma conceituação mais precisa, porque os conceitos são “ora muito abrangentes, ora muito restritivos, ora vagos”¹⁰⁸.

A previsão que a Constituição da República Federativa do Brasil faz acerca do que, em âmbito internacional, se chama de privacidade, é bastante ampla, embora imprecisa. Isso porque o art. 5º, incisos X e XII, da Carta Magna prevê a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, bem como das comunicações telegráficas, de dados e de correspondências, ressalvada apenas, quanto a esses três últimos casos, a ordem judicial na forma da lei e para fins de investigação criminal. Não obstante, em nenhum diploma legal, nem mesmo na

¹⁰⁵ SOLOVE, Daniel J. **Understanding privacy**. Massachusetts: Harvard University, 2008, p. 12 et seq.

¹⁰⁶ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 101.

¹⁰⁷ LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 52.

¹⁰⁸ LEONARDI, op. cit., p. 79.

própria Constituição, o legislador estabelece o que se entende por “intimidade” e “vida privada”.

Essa breve menção à privacidade justifica-se porque a noção do sujeito autônomo liberal relaciona-se à questão da propriedade privada masculina¹⁰⁹, isto é, “o status de homem privado que combina o papel de dono de mercadorias com o de pai de família, o de proprietário com o de 'homem' simplesmente”¹¹⁰. Neste contexto, a autonomia refere-se à liberdade negativa da não intervenção do Estado na vida privada e “está associada a uma entidade, a família, que serve de proteção a suas relações íntimas 'naturais' contra a intervenção e o escrutínio públicos”¹¹¹. As facetas da autonomia serão a seguir escrutinadas com mais vagar.

3.1 AS AUTONOMIAS PRIVADA E PÚBLICA

A autonomia privada corresponde à faculdade da pessoa de fazer escolhas concernentes à própria vida, expressando a autodeterminação individual, como resultado do reconhecimento do ser humano como agente moral. De acordo com Raz¹¹², “o ideal da autonomia pessoal se constitui na visão das pessoas controlando, até certo ponto, seus próprios destinos”. Ela não se confunde com a autonomia da vontade, que é um conceito histórico obsoleto, calcado nos valores do liberalismo burguês que alicerçavam as codificações do século XIX, com reflexos tardios no Código Civil brasileiro de 1916¹¹³.

O respeito à autonomia privada está calcado na ideia de que as pessoas possuem o direito de engendrar os próprios planos de vida e projetos existenciais, a partir da perspectiva do “indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual”¹¹⁴. Trata-se de verdadeira “independência ética”¹¹⁵,

¹⁰⁹ MEIRELES, Adriana Veloso. Autonomia e Privacidade no Ambiente Digital. **Revista Eletrônica de Ciência Política**, vol. 7, n. 2, 2016, p. 09. Disponível em:

<<https://revistas.ufpr.br/politica/article/view/48241/30049>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

¹¹⁰ HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 44.

¹¹¹ COHEN, Jean L. Repensando a privacidade: autonomia, identidade e a controvérsia sobre o aborto. **Revista Brasileira de Ciência Política**, n. 7, p. 165-203, 2012, p. 174.

¹¹² RAZ, Joseph. **A moralidade da liberdade**. São Paulo: Campus Jurídico, 2011, p. 347.

¹¹³ Cf. RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade (s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 79-141.

¹¹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 219.

consistente na possibilidade de realizar escolhas pessoais, de modo que o Estado e os particulares não podem obrigar qualquer pessoa a conformar suas decisões de vida aos standards de felicidade¹¹⁶.

Em um caso concreto relativo ao direito da mulher de praticar o aborto antes do prazo de viabilidade fetal extrauterina¹¹⁷, a Suprema Corte estadunidense prescreveu que a tutela da dignidade e da autonomia pessoal abrange a liberdade para realizar “as escolhas mais íntimas que a pessoa pode fazer na vida”, cabendo ao indivíduo definir a própria existência e das questões a ela atinentes. A seu turno, a Corte Constitucional da Colômbia, afirmando o direito à eutanásia voluntária de doentes terminais, consignou que “A Constituição se inspira na consideração da pessoa como sujeito moral, capaz de assumir, de forma responsável e autônoma, as decisões sobre os seus assuntos próprios”¹¹⁸.

A esse respeito, Daniel Sarmiento colaciona a jurisprudência das cortes internacionais de direitos humanos, como no caso *Christine Goodwin v. United Kingdom*, que tratou do direito do transexual à alteração do gênero em seu registro civil, ocasião em que a Corte Europeia de Direitos Humanos ressaltou a relação entre dignidade humana e autonomia pessoal, “que inclui o direito de estabelecer os detalhes da própria identidade como ser humano”¹¹⁹. No mesmo sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao julgar o caso *Artavia Murillo y otros v Costa Rica*¹²⁰, reconheceu o direito de toda pessoa a “desenvolver a própria personalidade e aspirações, determinar a própria identidade e definir as próprias relações”.

No Brasil, quando do julgamento a respeito da constitucionalidade da criminalização do consumo de maconha, os votos já prolatados dos ministros do

¹¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Justice for hedhogs**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 211-213.

¹¹⁶ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**. Conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 143.

¹¹⁷ ESTADOS UNIDOS. Us Supreme Court. **Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al. v. Casey Summary, Governor of Pennsylvania, et al.** Certiorari to the United States Court of Appeals for the Third Circuit. 505 U.S. 822 (1992). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/833/case.html>>. Acesso em: 10 out. 2017.

¹¹⁸ COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia C-239**. 1997. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-239-97.htm>>. Acesso em: 10 out. 2017.

¹¹⁹ UNIÃO EUROPEIA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Christine Goodwin v. The United Kingdom (U. K.)**. 2002. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/journals/international-legal-materials/article/european-court-of-human-rights-echr-case-of-christine-goodwin-v-the-united-kingdom-uk/5A4406B29D836D3893700ED67C4C7DE1>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

¹²⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica**. 2012. Disponível: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=235>. Acesso em: 20 nov. 2017.

Supremo Tribunal Federal mencionaram a necessidade de respeito à autonomia individual. Edson Fachin, por sua vez, ressaltou que as normas penais incriminadoras devem levar em consideração a autonomia e a dignidade, impedindo que “a tutela penal atue tendo por escopo a introjeção de valores morais individuais de condutas determinadas ou a imposição de comportamentos para além daqueles considerados concretamente lesivos a terceiros”¹²¹.

Outrossim, no julgamento do Habeas Corpus 124.306 do Rio de Janeiro, o Ministro Relator da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, ao prolatar voto-vista, considerou que a criminalização do abortamento, empreendida pelo Código Penal de 1940, não foi recepcionada pelo atual texto constitucional de 1988, porquanto afronta a autonomia da mulher, que corresponde ao núcleo essencial da liberdade individual. Assim restou consignado em trecho nas razões de decidir: “Todo indivíduo – homem ou mulher – tem assegurado um espaço legítimo de privacidade dentro do qual lhe caberá viver seus valores, interesses e desejos”¹²².

Como se pode perceber, a autonomia da pessoa está calcada na não interferência do Estado ou das pessoas na eleição ou na adoção de planos de vida, “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”¹²³. Como pontua Roxana Borges¹²⁴, “Sendo um dos princípios fundamentais do direito privado, o conteúdo da autonomia privada encontra fronteiras em normas legais e na ordem pública”.

Já a autonomia pública pressupõe uma dimensão constitutiva, que concebe a pessoa como um agente, a partir da perspectiva do cidadão que participa da gênese das normas jurídicas e das decisões estatais¹²⁵. A democracia, nessa esteira, é antipaternalista, “porque supõe que cada pessoa tem o direito de fazer as suas

¹²¹ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**. Conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 144.

¹²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 124.306/ RJ**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Primeira Turma. Brasília, 29 de novembro de 2016. Voto-vista. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=330769>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

¹²³ NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989, p. 204-205.

¹²⁴ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 55.

¹²⁵ Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, 1 v., p. 113-138.

escolhas políticas e de levá-las à arena pública por meio do voto ou da sua participação direta”¹²⁶, de forma a valorizar cada indivíduo como agente e a sua possibilidade de participar, como sujeito livre, dos processos sociais de tomada de decisão.

No campo da teoria política, há uma tensão entre as dimensões pública e privada da autonomia, já que a garantia constitucional dos direitos representa o estabelecimento de limites para as deliberações coletivas. Assim, quanto mais extenso for o âmbito das liberdades garantidas, menor o espaço para o exercício da autonomia pública, e, quanto mais temas afetos à decisão da coletividade, menor o espaço à autonomia privada das pessoas. Por isso, Robert Alexy¹²⁷ assevera que os direitos fundamentais, “com a vinculação também do legislador (...) subtraem da maioria parlamentar legitimada poderes de decisão”.

A distinção acima delineada é fecunda também para a dicotomia entre liberdade positiva e liberdade negativa. Esta última significa, basicamente, a ausência de constrangimentos exteriores às ações do indivíduo ou, nas palavras de Thomas Hobbes¹²⁸: “Liberdade significa, em sentido próprio, a ausência de oposição”. Trata-se, portanto, de uma abstenção por parte de terceiro e do Estado. Já a liberdade positiva surge na capacidade real da pessoa de se autodeterminar, quando presentes as condições que viabilizam o efetivo exercício da liberdade, na esteira da chamada “liberdade fática”¹²⁹.

Para Amartya Sen, embora a liberdade seja um valor complexo e multifacetado, a envolver a vedação a interferências externas (liberdade negativa), define-se como “o poder de obter o resultado que alguém deseja após uma avaliação racional”¹³⁰. Mas as escolhas que o ser autônomo faz são condicionadas pela cultura na qual se encontra inserido, na medida em que o que se é e o que se quer e os projetos e planos de vida decorrem dos valores internalizados no processo de socialização humana¹³¹.

¹²⁶ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**. Conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 148.

¹²⁷ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. Tradução: Luís Afonso Heck. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, 1999, p. 65.

¹²⁸ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza Silva. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 129.

¹²⁹ ALEXY, Robert. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. Tradução: de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 503-504.

¹³⁰ SEN, Amartya. **The idea of justice**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2009, p. 301.

¹³¹ Cf. BORDIEU, Pierre. **A distinção: crítica social do julgamento**. São Paulo: Edusp, 2006.

Dessa forma, segundo Daniel Sarmento¹³², “as condições para o exercício da liberdade positiva não são apenas materiais, mas também culturais”, de modo a fomentar um comportamento inclusivo e liberal. Um dos mais importantes debates teóricos nessa seara diz respeito às restrições ao campo da liberdade individual, as quais somente seriam admissíveis, para John Stuart Mill, para impedir dano a outrem¹³³. Essa noção resta consagrada no art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, ao dispor que: “A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique o próximo”.

Mas, o que significa esse dano? Joel Feinberg¹³⁴ assinala que este possui uma dimensão normativa e outra descritiva e, para que uma se caracterize, é necessária, concomitantemente, a afetação negativa dos interesses do agente e a violação de um direito. Há, porém, críticas à noção de dano, tanto porque nem sempre o dano a terceiros justifica restrições à liberdade, quanto porque a limitação à liberdade é tolerável, embora não objetive prevenir um dano a terceiro. De todo modo, a colisão entre a liberdade individual e os direitos de outras pessoas é resolvida, como regra, por ponderação de interesses, pautada pela proporcionalidade¹³⁵.

Ainda nessa temática, questão interessante e que também reverbera no campo do Direito Penal é a do paternalismo, definido por Gerald Dworkin¹³⁶ como a “interferência na liberdade de ação de uma pessoa justificada por razões referentes exclusivamente ao bem-estar, ao bem, à felicidade, às necessidades, interesses ou valores da pessoa cuja liberdade é restringida”. O paternalismo jurídico, com efeito, fundamenta-se na ideia de que, em certas situações, as pessoas não são capazes, por si sós, de tomarem decisões acertadas, cabendo ao Estado fazê-lo ou protegê-las de decisões apressadas e irrefletidas.

Na seara da bioética e da medicina, a postura paternalista do médico é objeto de críticas, já que este profissional da saúde pode levar “a considerar o enfermo

¹³² SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**. Conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2016, p. 157.

¹³³ MILL, Stuart. On liberty. In: HUTCHINS, Robert May. et al. **Britannica Great books of the western world**: American State Papers, the Federalist, on Liberty - Representative Government - Utilitarianism. v. 43. Chicago: William Benton Encyclopaedia Britannica, INC., 1971., p. 271.

¹³⁴ FEINBERG, Joel. **Harm to others**: the moral limits of criminal law. New York: Oxford University Press, 1985, p. 31-65.

¹³⁵ Cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

¹³⁶ DWORKIN, Gerald. Paternalism. In: SARTORIUS, Rolf (ed.). **Paternalism**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1983, p. 20.

como uma criança diante da qual é necessário ter uma atitude de desvelo beneficente¹³⁷. Defende-se que tal postura deva ser substituída pelo respeito à autonomia do paciente, como um dos grandes “aportes da ética biomédica das últimas décadas”¹³⁸, a demandar o seu consentimento livre e informado sobre o tratamento. Nessa senda, o paciente passa a ser considerado autêntico sujeito, com direito a acessar as informações sobre o seu estado de saúde, incluindo alternativas de tratamento, e às escolhas existenciais, relacionada à vida e ao corpo¹³⁹.

Há um movimento pendular, historicamente, de forma que as concepções oscilam do polo individualista ao polo coletivista, havendo contradição entre penalistas e constitucionalistas: estes defendem a obrigação do Estado em proteger os bens jurídicos tutelados pelos direitos fundamentais¹⁴⁰, o que se aplicaria à vida e à saúde, fundamentais por excelência e merecedores de cuidados, ainda que seu titular tenha anunciado o desinteresse na sua preservação¹⁴¹.

Nesse panorama, o que importa fixar é que a densidade do valor autonomia depende da ponderação de interesses que coexistem na ordem jurídico-constitucional e social, de molde a analisar criticamente se a restrição à liberdade se justifica à luz da proporcionalidade e da preservação do direito prevalente. O estudo da autonomia, seja em sua acepção privada ou pública, seja na perspectiva de liberdades negativas ou positivas, há sempre que considerar a conduta humana em interferência intersubjetiva¹⁴², o que, no Direito Penal, revela-se ainda mais relevante, como se destacará infra.

3.2 A AUTONOMIA NO DIREITO PENAL

No campo da responsabilidade penal, Carrara destaca o livre-arbítrio e a imputabilidade moral do homem como pressupostos imprescindíveis à construção da

¹³⁷ JUNGES, José Roque. **Bioética: perspectivas e desafios**. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 41.

¹³⁸ ADORNO, Roberto. Liberdade e dignidade da pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na Bioética? In: MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, Leticia Ludwig (Coord.). **Bioética e responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 76.

¹³⁹ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**. Conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 171.

¹⁴⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 113.

¹⁴¹ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 68.

¹⁴² Cf. COSSIO, Carlos. **El derecho en el derecho judicial**. Las lagunas del derecho. La valoración judicial. Buenos Aires: Libreria “El Foro”, 2002.

ciência criminal¹⁴³. A liberdade pessoal, de cunho ético-existencialista, segundo o autor, não despreza aspetos psicológicos e antropológicos da liberdade, de modo que o homem executa a própria essência¹⁴⁴.

Para o Direito Penal, o realce à autonomia, em sacrifício da organização social, que o legitima, gera significativo tensionamento. É que, no âmbito penal, a expressão da autonomia por meio do consentimento “deixa a descoberto uma irreduzível valência sistémico-social do sacrifício do bem jurídico, que pode ser bastante para fundamentar o ilícito e reclamar a punição”¹⁴⁵, daí a necessidade de harmonizar a contradição entre a noção de bens jurídicos indisponíveis - e o dever do Estado em protegê-los - e a de liberdade individual¹⁴⁶.

Nesse contexto, o consentimento do titular do bem jurídico com a lesão ou a colocação em perigo, causada por outrem, representa, teoricamente, a manifestação da autonomia e da liberdade de ação, a partir da preponderância da vontade sobre a proibição inserta em determinados tipos. Em relação à vida e à integridade física, a disponibilidade do bem para a intervenção de terceiro pode significar a mera anuência a uma condição mais segura, sem que o consentimento seja a autêntica expressão da vontade de uma pessoa.

Contudo, o exacerbamento à autodeterminação impede que os bens intangíveis alheios efetivamente o sejam¹⁴⁷, fragilizando a função de prevenção geral da pena, de efeito dissuasório, por permitir variadas expectativas pessoais sobre o mesmo fato.

Não se pode olvidar que a autonomia consiste em poder dar à conduta a orientação exigida pela norma, em razão de ser um requisito do homem moral, e a liberdade exigida para a imputação de um delito pressupõe um sujeito em condições de motivar a sua conduta e emprestar-lhe uma direção após compreender o sentido da norma. Assim, “a conduta é voluntária quando existe uma decisão da parte do

¹⁴³ CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Criminal**. São Paulo: Saraiva, 1956, 1 v., p. 37.

¹⁴⁴ DIAS, Jorge Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra editora, 1995, p. 142-143.

¹⁴⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1991, p. 516.

¹⁴⁶ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 52.

¹⁴⁷ JAKOBS, Günther. **Derecho penal: Parte general**. Tradução: Joaquin Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 524-525.

agente ou, por outras palavras, quando não é um simples resultado mecânico”¹⁴⁸.

Ao contrário, “é porque o uso sem obstáculos da liberdade pessoal representa, enquanto tal, um valor social num estado de direito livre, que a ordem jurídica reconhece, dentro de certos limites, como decisiva a valoração subjectiva dos bens jurídicos feita pelo individuo”, de acordo com Manuel da Costa Andrade¹⁴⁹ e Claus Roxin¹⁵⁰. Ser culpável é ser livre para atender ao comando normativo, é ser capaz de decidir-se em favor do delito quando era razoável, na situação, exigir um comportamento diverso. O juízo de censura - o sujeito poderia ter se orientado no sentido da norma - deve tomar em consideração as condições de fruição dos direitos fundamentais de igualdade e de liberdade.

Ao tratar da autonomia, inevitavelmente há que se abordar o papel do bem jurídico, consistente na restrição ao cerceamento das liberdades civis¹⁵¹, como limite ao legislador, repercutindo sobre a autonomia da pessoa. Tradicionalmente, a possibilidade de renúncia ao direito de tutela de um bem é limitada pela distinção entre bens jurídicos disponíveis e indisponíveis, a partir do conceito de bem jurídico como um valor social material ou imaterial haurido do contexto social e de titularidade individual ou metaindividual, essencial à vida social humana¹⁵².

De acordo com Claus Roxin¹⁵³, os bens jurídicos são circunstâncias dadas ou finalidades que “são úteis ao indivíduo e ao seu livre desenvolvimento no marco de um sistema estruturado sobre essa concepção de fins, ou para o funcionamento do próprio sistema”. Dessa perspectiva, nem sempre o consentimento em todos os tipos penais conduz à exclusão da tipicidade, pois há delitos que protegem bens jurídicos coletivos, merecedores de proteção, ainda que o lesado consinta, como a bigamia e a falsidade documental.

Há, no entanto, considerável celeuma doutrinária a respeito da possibilidade de o titular do direito renunciar ao seu exercício, a depender do direito a ser

¹⁴⁸ PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido na teoria do delito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 24.

¹⁴⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1991, p. 191.

¹⁵⁰ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte general. Fundamentos. La estructura dela teoria del delito. Tradução: Diego-Manuel Luzón Peña. 2. ed. Madri: Civitas, 1997, passim.

¹⁵¹ SCHÜNEMANN, Bernd. A posição da vítima no sistema da justiça penal: um modelo em três colunas. In: GRECO, Luís (Coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 49.

¹⁵² PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 44.

¹⁵³ ROXIN, op. cit., p. 56.

exercitado. A regra geral é a disponibilidade do bem individual, diferentemente do supraindividual, já que o sujeito não pode consentir a respeito de um bem que importa a toda a comunidade. Por outro lado, é bem verdade que alguns bens de índole ontologicamente individual e patrimonial assumem caráter metaindividual, como os bens do Direito Penal Econômico em razão do significativo dano social¹⁵⁴.

Existem autores que atrelam a disponibilidade do bem à forma de ação que o atinge e não à sua própria natureza, de modo que, em se tratando de ação dolosa, o consentimento não teria validade relativamente aos bens jurídicos universais, como a vida alheia. Hirsch, a esse respeito, ao adotar a classificação de bens pessoais e de interesses comunitários, propõe que o critério esteja nas normas de tutela, as quais permitiriam ou não a aquiescência em certas situações, permanecendo inalterado, porém, o conteúdo do bem jurídico¹⁵⁵.

No direito constitucional, defende-se que o Estado tem o dever de proteção dos direitos fundamentais, velando pela integridade dos bens jurídicos tutelados por eles contra agressões do próprio Estado e de terceiros¹⁵⁶. Como regra, o Direito Penal, mesmo nos países mais liberais, oferece efeitos limitados ao consentimento, como no caso do aborto (artigo 124 do Código Penal Brasileiro), em que exerce um abrandamento sobre a reprovação da conduta.

No campo do Direito Civil, a título comparativo, a expressão “autonomia privada” é polissêmica, significando poder de auto-regulamentação de interesses privados, que não se confunde com a autonomia da vontade, centrada no querer. A autonomia privada constitui o fundamento da ação jurídico-privada e traduz uma fonte de poder normativo, pelo qual se formam e são criados os negócios jurídicos, mediante os quais particulares exercitam sua liberdade de decisão e de escolha na regulação dos próprios interesses¹⁵⁷.

Segundo Luigi Ferri¹⁵⁸, a autonomia privada não é somente a liberdade ou um aspecto desta, sequer é unicamente ilicitude ou faculdade, isto é, liberdade que se

¹⁵⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. Consentimento em direito penal médico: o consentimento presumido. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, n. 14, 2004, p. 334-335.

¹⁵⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1991, p. 334.

¹⁵⁶ NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: _____. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 264-321.

¹⁵⁷ COSTA, Judith-Martins. **A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

¹⁵⁸ FERRI, Luigi. **La autonomía privada**. Tradução e notas do direito espanhol de Luis Sancho Mendizábal. Granada: Editorial Comares S.L., 2001.

move no âmbito do Direito, dentro dos limites forjados por este. O negócio jurídico é, antes de tudo, o resultado do exercício de um poder ou de uma potestade, e a autonomia privada com ele se identifica.

Normas superiores ou legais autorizam os particulares a exercitar a autonomia, atribuindo-lhes o correspondente poder. Porém, precisamente porque tenha mediado essa “autorização”, e os particulares estejam investidos desse poder, as normas que eles criam mediante os negócios jurídicos são, desde o seu nascimento, normas jurídicas. O negócio não é um fenômeno social que depois converte-se em jurídico, mas um fenômeno jurídico como qualquer outro que possui importância social. A intersubjetividade é mais uma consequência da sua intrínseca socialidade.

O exercício da autonomia privada se dá em uma ordem jurídica voltada a assegurar a proteção das expectativas geradas no outro pelos atos dos particulares. No vasto campo dos negócios jurídicos, os particulares se dão normas (autonomia), mas assumem a responsabilidade por seus atos, nos limites da ordem jurídica (autorresponsabilidade) e esse ato de dar-se as próprias normas é conformado pelo direcionamento de condutas (boa-fé) e pela proteção de expectativas legitimamente suscitadas no outro, destinatário da declaração, pelo ato de autonomia privada (confiança). Há, portanto, uma tensão entre auto e heteronomia, a ser dirimida concretamente.

No entanto, a autonomia não pode ser confundida com um processo de fragmentação dos indivíduos, uma vez que, particularmente no Direito Penal, o qual se legitima em razão da tutela a valores e a interesses que são de todo o grupo, os espaços às divergências individuais devem ser validados pelos valores coletivos. É exatamente o ponto de inflexão que surge dessa relação tensa a temática explorada a seguir.

3.3 REFLEXOS DOGMÁTICOS DA AUTONOMIA: O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO

O consentimento do ofendido é referenciado, frequentemente, no Direito

Penal, como causa de exclusão da ilicitude¹⁵⁹. Instituto de longa trajetória, é conhecido desde o Digesto (livro 47). Os penalistas liberais, como Ulpiano, já entendiam que as ações praticadas de acordo com a vontade do lesionado não poderiam ser consideradas como sendo um injusto. Segundo Roxin¹⁶⁰, essa máxima transformou-se na seguinte: “violenti non fit iniuria” (“diante daquele que consente, não há injusto”).

Já no Direito Romano, portanto, se conhecia a eficácia do consentimento para excluir a ilicitude, mesmo em se tratando de vida ou de integridade física¹⁶¹. Por influência do jusnaturalismo, porém, o consentimento foi mitigado, de forma que a faculdade de disposição do particular não tinha validade quando o ato consentido atentava contra a vontade objetiva comum, na esteira das ideias de Hegel e da Escola de Direito Natural. Explica Roxin¹⁶² que, segundo Honig, o Direito Penal não poderia estar sujeito à disposição do indivíduo (validade irrestrita), por ser uma forma de manifestação estatal.

Segundo Feuerbach¹⁶³, a validade do consentimento depende da natureza do direito e da capacidade de dispor do bem jurídico, ficando a solução atrelada aos princípios do direito privado, uma vez que “enquanto uma pessoa pode renunciar a seus direitos através de um ato declaratório de vontade, o consentimento para o fato da parte do prejudicado elimina o conceito de delito”. Tal concepção amplia em demasia o efeito da disposição, revestindo de licitude uma conduta ofensiva ao direito¹⁶⁴.

Outra perspectiva teórica a respeito do consentimento é a defendida por Zitelmann e por Frank, segundo a qual, ao se atribuir a natureza de negócio jurídico ao consentimento, explica-se a sua eficácia como excludente de ilicitude, por força não da lei, mas dos princípios negociais¹⁶⁵. Essa vertente, contudo, merece críticas, uma vez que nem todas as manifestações de vontade são negócios jurídicos, e

¹⁵⁹ TAVARES, Juarez Estevam Xavier. O consentimento do ofendido no direito penal. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, v. 12, n. 0, 1969. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/7163/5114>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

¹⁶⁰ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte general. Fundamentos. La estructura dela teoria del delito. Tradução: Diego-Manuel Luzon Peña. 2. ed. Madri: Civitas, 1997, p. 56.

¹⁶¹ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 219.

¹⁶² ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte general. Fundamentos. La estructura dela teoria del delito. Tradução: Diego-Manuel Luzon Peña. 2. ed. Madri: Civitas, 1997, p. 511-512.

¹⁶³ PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido na teoria do delito**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 73-74.

¹⁶⁴ PIERANGELI, op. cit., p. 74.

¹⁶⁵ Ibid., p. 76-78.

aquele que permite a prática de uma conduta delituosa nem sempre objetiva satisfazer um interesse ¹⁶⁶. Confunde-se o consentimento como causa de justificação, de relevância jurídico-penal, e o consentimento como negócio jurídico, como bem destaca Guarnieri¹⁶⁷.

A seu turno, Mezger defende que a exclusão do injusto se funda na falta de interesses do titular do bem juridicamente tutelado, pressupondo “o abandono consciente dos interesses por parte daquele que, legitimamente, tem a faculdade de disposição sobre o bem jurídico”¹⁶⁸. Ainda de acordo com essa noção, quando o titular do objeto da ação e do objeto de proteção são a mesma pessoa, o consentimento possui eficácia, mas, quando isso não ocorre, subsiste a ilicitude da ação, apesar do consentimento do ofendido.

Welzel adere à teoria da ação jurídica, de modo que, se a conduta estiver em conformidade com o consentimento, este a tornaria lícita, desde que aquele seja sério e corresponda à verdadeira vontade de consentir, sem que o fato seja contrário aos bons costumes, porque, se o for, o consentimento, mesmo válido, não seria justificado ¹⁶⁹. Se bem que as lesões leves, conquanto decorressem do consentimento, por não deixarem dano permanente, não poderiam ser opostas aos bons costumes, ao contrário das graves¹⁷⁰.

No Brasil, historicamente, o Código Criminal do Império não continha qualquer disposição sobre o consentimento do ofendido, mas o Código Penal de 1890, no seu artigo 26, estabelecia que o consentimento da vítima não dirimia nem excluía a intenção criminosa, exceto quando a lei previa a ação penal de iniciativa da vítima. Tal previsão confundiu o consentimento, que exclui o crime, e a inércia quanto à queixa-crime, o que afasta a persecução penal do indivíduo¹⁷¹.

Embora constasse no Projeto Alcântara Machado, em seu artigo 14, a previsão de que não seria punível aquele que praticasse ação ou omissão com consentimento de quem pudesse validamente dispor do direito violado ou

¹⁶⁶ BATTAGLINI, Giulio. **Direito Penal**. Tradução: Paulo José da Costa Júnior, Armida Bergamini Miotto e Ada Pellegrini Grinover. T. I. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 379.

¹⁶⁷ GUARNIERI, Giuseppe. **Diritto Penale e Influenze Civilistiche**. Milão: Fratelli Bocca, 1947, p. 222.

¹⁶⁸ MEZGER, Edmund. **Tratado de Derecho Penal**. Tradução espanhola de José Arturo Rodriguez Muñoz. Madri: Ed. Revista de Derecho Privado, 1946, T. I, p. 397-398.

¹⁶⁹ WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán (parte general)**. Tradução espanhola de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Péres. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1976, p. 141.

¹⁷⁰ STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal (parte general)**. El hecho punible. Tradução: Gladys Romero. Madri: Edersa, 1982, p. 131.

¹⁷¹ SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de Direito Penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1932, p. 343-344.

ameaçado, a Comissão Revisora do Código Penal de 1940 decidiu excluí-la, ao argumento de que o dispositivo era supérfluo, já que o Direito Penal não protegeria direitos individuais por si mesmos, exceto nos casos em que condicionasse a existência do delito ao dissenso do lesado, ocasiões em que se trataria de elemento constitutivo do crime¹⁷².

Aníbal Bruno, aproximando-se de Mezger, destaca que existem situações jurídicas nas quais a lei penal impõe a ausência de consentimento (dissenso) como condição da incriminação, quando coexistem interesse público e privado e este prepondera, cabendo o juízo de conveniência na defesa do bem jurídico à livre decisão do titular, “mas, fora desses casos, há bens jurídicos que o Estado deixa à livre disposição do titular, pelo menos até certos limites e dentro de determinadas circunstâncias”¹⁷³.

A seu turno, Francisco de Assis Toledo assevera que o consentimento, quando opera de forma não intrínseca ao tipo penal, embora excluindo a ilicitude, “só pode ser uma causa de justificação, não expressa em lei, tal como acontece no Direito brasileiro”¹⁷⁴. A celeuma teórica a respeito do instituto em destaque evoluiu a ponto de segregar penalistas, enriquecendo o debate em derredor de tema tão fascinante, como se destaca em seguida.

3.4 OS MONISTAS E OS DUALISTAS: UMA POLÊMICA

No campo da dogmática penal contemporânea, grassa a respeito do tema uma dicotomia entre as posições convencionadas como monistas e dualistas. De plano, o primeiro desafio que se arvora nessa questão reside no conceito de aquiescência, que pode servir como causa de atipicidade, de justificação ou conduzir a uma situação penal irrelevante. Com efeito, Zaffaroni ressalta que os bens jurídicos concernentes a um único indivíduo encontram regulamentação legal no aspecto da liberdade individual, razão pela qual o que se tutela é a disponibilidade desses bens¹⁷⁵.

¹⁷² HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, n. 91, V. I, t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 433.

¹⁷³ BRUNO, Aníbal. **Direito penal (parte geral)**. V. I, t. II, Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 18-19.

¹⁷⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. **Ilícitude penal e causas de sua exclusão**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 128.

¹⁷⁵ ZAFFARONI, Raul Eugenio. **Teoría del Delito**. Buenos Aires, Ediar, 1973, p. 402.

Nesses casos, a aquiescência opera como pressuposto da atipicidade da conduta, havendo, por outro lado, hipóteses em que funciona como causa de justificação. Por essa razão, os dualistas defendem que a aquiescência produz duas consequências distintas e que se manifestam de formas diversas: o acordo e o consentimento, embora, no plano fático, tenham a mesma origem, que é a concordância do lesado com a conduta de terceiro que o afeta. No acordo, a anuência do titular do bem jurídico exclui a tipicidade do fato e, no consentimento, atua como justificante da conduta típica, e a liberdade de disposição é tutelada pelo Direito Penal, tal como o bem jurídico¹⁷⁶.

O fato é que o tratamento penal do acordo e do consentimento – validade e extensão – pode ter distintas perspectivas. A partir da compreensão da ciência penal como ordenadora de conhecimentos normativos, as questões atinentes à aquiescência submetem-se à lógica da operação intelectual que, a partir do tipo, da natureza do bem jurídico e das qualidades do titular, concluem ou não pela admissibilidade do exercício da autonomia e o recuo da tutela estatal¹⁷⁷.

Com razão, Alagia¹⁷⁸ destaca que a problemática do consentimento deve se inclinar para o debate sobre o alcance da liberdade e, por sua relevância como eximente, deve ser entendida como reclamo moderno, pois a aquiescência extrai o seu fundamento da lesividade, que é um subproduto da autodeterminação individual. A natureza da lesividade deriva da função política redutora do Direito Penal, frente a uma “*potentia puniendi*” sempre irracional, porque assim impõem a Constituição e a ordem internacional dos direitos humanos.

Segundo Heinz Zipf, expoente da linha monista (ou “teoria unificadora”), que ganhou força nos anos 1970, todos os tipos legais em relação aos quais o consentimento é possível pressupõem uma atuação contra a vontade do portador do bem jurídico, e o abandono eficaz deste (*Rechtsgutspreisgabe*) exclui uma lesão penalmente relevante, “precludindo o preenchimento da factualidade típica”¹⁷⁹.

Também Roxin, ao tratar da questão, não considera o consentimento como excludente de ilicitude (“causa de justificação”), ao argumento de que, quando

¹⁷⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Parte geral. Art. 1º a 120. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 457.

¹⁷⁷ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 66.

¹⁷⁸ ALAGIA, Alejandro. **Nueva Doctrina Penal**. Buenos Aires: Ed. Del Puerto, 1999, p. 01-02.

¹⁷⁹ ZIPF, H. **Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht**. Berlim: Luchterhand, 1970, p. 30 apud ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1991, p. 176.

alguém consente eficazmente que outrem intervenha sobre os seus bens jurídicos, esta intervenção não constitui um dano para o portador dos bens jurídicos, mas um auxílio na realização da liberdade de ação constitucionalmente assegurada (artigo 2º da Lei Fundamental alemã) e que se exprime precisamente na disposição sobre os bens jurídicos ao seu dispor¹⁸⁰.

A teoria monista fundamenta seus argumentos em pelos menos dois eixos fundamentais: a área de tutela e o conceito de lesão¹⁸¹. O primeiro consiste na tese de que o consentimento põe o bem jurídico fora da área de tutela penal, com a consequente renúncia à proteção estatal. Já o segundo revela duas correntes: a de que a competência para a disposição é um elemento constitutivo do próprio bem jurídico, e o consentimento exclui a lesão do bem jurídico como tal; e a de que a violação do bem jurídico é “a violação da exigência de respeito proveniente de uma instituição, sendo o consentimento a expressão de uma lesão aparente ao bem penal”¹⁸².

Neste contexto, o consentimento é causa de lesão aparente ao bem jurídico, pois, quando o sujeito consente, abandona os bens jurídicos consentidos. Schmidhäuser, mesmo filiado à vertente monista, diferencia o consentimento do acordo. Enquanto no consentimento há uma lesão aparente ao bem jurídico, o que implica um desvalor aparente do resultado, no acordo não há qualquer tipo de lesão. Em outras palavras, não se cogita nenhuma lesão ao bem, não há sequer desvalor aparente do resultado. Na prática, ambos causam a exclusão da tipicidade, ante a inexistência de lesão ao bem jurídico¹⁸³.

Além dos argumentos relativos à tipicidade, os monistas advogam que o consentimento não se coaduna ao sistema das causas de justificação. Maurach e Zipf¹⁸⁴, por exemplo, defendem que o consentimento é estranho às causas de justificação, pois nele não vige o princípio da ponderação de bens. O princípio da

¹⁸⁰ ROXIN, Claus. **La teoría del delito em la discusión actual**. Tradução: Manuel A. Abanto Vásquez. Editora Jurídica Grijley, 2006, p. 231.

¹⁸¹ ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1991, p. 178-183.

¹⁸² SCHIMINDHAUSER, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Tübingen, 1975, p.110 apud ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1991, p. 187.

¹⁸³ DE LUCA, Heloiza Meroto. O consentimento do ofendido à luz da teoria da imputação objetiva. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 100, jan/dez, 2005, p. 765. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67689/70297>>. Acesso em: 21 set. 2017.

¹⁸⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1991, p. 188-190.

ponderação de bens é inerente às causas de justificação, e dá-se mediante a comparação do tipo, do valor e da importância do bem em concreto, verificado em uma situação real.

É o que ocorre na legítima defesa, na qual, dada uma determinada situação em concreto, a ilicitude da conduta é excluída, já que a integridade física do agressor é um bem menos relevante do que a vida daquele que se defende. Portanto, para que determinada causa de justificação seja eficaz, é necessária uma ponderação entre o bem lesado e o bem assegurado, com a consequente verificação de que o bem ofendido apresenta valor ou importância menor do que aquele assegurado.

Maurach e Zipf¹⁸⁵ afirmam, ainda, que, no consentimento, não há uma ponderação de bens em concreto. A única ponderação que o consentimento permitira leva em consideração a capacidade abstrata de disposição do indivíduo face à sociedade. Este tipo de ponderação não envolve bens diretamente tutelados por diferentes tipos penais, mas a liberdade individual, constitucionalmente assegurada, em contraposição a um ou mais bens penalmente tutelados, como a vida, a honra, a propriedade, dentre outros. Já Lenckener e Roxin¹⁸⁶ defendem que o consentimento não pode ser tido como causa de justificação, pois ele não apresenta um conflito entre ofendido e ofensor.

Há outro eixo teórico, também monista, que encontra eco na doutrina de Horn, Weigend, Samson e Kientzy, como memora Manuel da Costa Andrade¹⁸⁷. Para eles, não só o bem jurídico e a competência para a disposição constituem uma unidade, como o objeto da disposição e a competência para tanto (*Verfugungsbefugnis*) configuram, na sua referência recíproca, o próprio bem jurídico protegido no tipo legal, de modo que a competência para a disposição é um elemento constitutivo do bem jurídico, e o consentimento exclui a lesão do bem jurídico como tal.

Como se pode constatar, a tese de que o consentimento exclui sempre o tipo radica na doutrina do bem jurídico: uma doutrina liberal e referida à pessoa. Se os bens jurídicos estão a serviço do livre desenvolvimento do indivíduo, então não pode existir qualquer lesão do bem jurídico quando uma ação se funda na disposição do

¹⁸⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1991, p. 188-190.

¹⁸⁶ ANDRADE, op. cit., p. 258.

¹⁸⁷ Ibid., p. 177.

portador do bem jurídico, sem prejudicar o seu livre desenvolvimento. A tese da atipicidade dimana diretamente da própria ordenação jurídico-constitucional, na liberdade de ação constitucionalmente protegida, cujo exercício, pelo autor do consentimento, afasta a lesão do bem jurídico que lhe pertence e, por isso, a tipicidade¹⁸⁸.

Em razão do posicionamento de parte da teoria monista, que insiste em defender que o consentimento não se enquadra no sistema das causas de justificação, Andrade¹⁸⁹ afirma que é sempre o sistema que deve se adequar às causas e não o contrário. Para ele, o sistema das causas de justificação está em crise, pois o seu discurso insere-se na política criminal, transcendendo sua análise para além do direito positivo, enquanto alguns autores ainda as tratam como meros institutos dogmático-jurídicos. As causas de justificação devem resultar de uma gênese espontânea e não de uma construção sistemática.

Afirma o autor que a sistematização das causas de justificação é imprópria, mas há alguns princípios comuns a todas elas, como a autonomia pessoal, a solidariedade, a responsabilidade, a ponderação de interesses e a estabilização das normas¹⁹⁰. O único aspecto peculiar do consentimento em relação às demais causas de justificação é que, nele, o conflito ocorre entre a autonomia pessoal e a heteronomia social, ou seja, entre o interesse do consenciente e o interesse da sociedade e não entre o conflito de interesses de dois particulares.

A vertente monista assenta-se fundamentalmente na interpretação do sentido normativo e dogmático do tipo, privilegiando o âmbito de tutela e, sobretudo, uma concepção do bem jurídico em que avulta a dimensão relacional e subjetiva. Essa noção, com efeito, ancora-se na representação das relações entre a pessoa e o sistema social ou entre o indivíduo e o Estado, que privilegia o componente liberal.

Ademais, invocam-se argumentos de índole eminentemente dogmática. Organiza-se o seu centro teórico em um sistema das causas de justificação no qual o consentimento aparecerá como estranho ou, ainda, a recondução ao regime da tentativa inidônea dos casos em que o agente não tem conhecimento do consentimento

¹⁸⁸ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte general. Fundamentos. La estructura dela teoria del delito. Tradução: Diego-Manuel Luzon Peña. 2. ed. Madri: Civitas, 1997, p. 517 et seq.

¹⁸⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1991, p. 244-246.

¹⁹⁰ ANDRADE, op. cit., p. 244-246.

De todo modo, as teorias monistas foram muito importantes na crítica do paradigma dualista de Friedrich Geerds, provocando seu desenvolvimento, cujo fundamento inovador reside na noção de autonomia do indivíduo como fundamento do consentimento. Contudo, elas não foram suficientes para suplantarem o modelo dualista, porquanto a autonomia individual não é o único bem passível de proteção pelo Direito Penal. Como salienta Amelung¹⁹¹, a liberdade de consentimento é apenas uma parcela da liberdade geral de ação.

3.5 A PERSPECTIVA DUALISTA

Foi Geerds quem cunhou a dualidade terminológica entre consentimento (*Einwilligung*) e acordo (*Einverständnis*)¹⁹², a partir da contribuição de outros autores, como Noll, Stratenwerth, Mezger, Sauer, Dohna e Honig. No plano exclusivamente jurídico, a contraposição consentimento-acordo assume destaque: consentimento apresenta-se como uma vontade juridicamente relevante para a exclusão do ilícito, “enquanto o acordo respeita a uma situação típica em que a vontade concordante exclui, no plano puramente fático, o elemento da facticidade típica de afronta a uma vontade de sentido contrário”¹⁹³.

As bases históricas dessa dicotomia residem, segundo Manuel da Costa Andrade, nos estudos de Dohna, para quem “as normas jurídicas deverão orientar-se segundo o modelo de uma comunidade ideal, concebida como ordenação de meios idôneos para se alcançarem fins justos”¹⁹⁴. O mesmo deve ser o princípio de orientação e o critério de valoração das condutas humanas, porquanto a ordem jurídica não poderá qualificar como ilícita uma conduta que, do ponto de vista do fim último da comunidade, configura um meio idôneo para um fim justo.

Neste contexto, na esteira de uma compreensão teleológica da ilicitude, questionam-se os limites dentro dos quais assiste ao indivíduo a possibilidade de dispor sobre a sua pessoa e os seus direitos, assumindo destaque não a pergunta sobre em que condições é lícito o consentimento, mas saber se a renúncia à proteção jurídica e o abandono do interesse em causa se justificam ou não à luz do

¹⁹¹ ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1991, p. 199.

¹⁹² PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido na teoria do delito**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 96.

¹⁹³ ANDRADE, op. cit., p. 142-143.

¹⁹⁴ Ibid., p. 138.

ideal da comunidade social, isto é, se a vontade de consentir tem ou não uma fundamentação objetiva¹⁹⁵.

Também Sauer sustenta a tese do consentimento como causa de justificação, ancorando-se a fundamentação material e axiológica na mesma matriz, comum a todas as causas de justificação. Como a ilicitude define-se formalmente pela não conformidade de uma conduta à lei e, no plano material, como ofensa à justiça social e ao bem-estar da coletividade, não poderá deixar de valer como conforme ao Direito toda a conduta que assegure à comunidade politicamente organizada em Estado mais vantagens do que prejuízos¹⁹⁶.

Como causa de justificação, o consentimento terá a medida da disponibilidade, da legitimidade de renúncia do portador concreto do bem jurídico, de molde a excluir a ilicitude quando o interesse privado que é lesado não se reveste de qualquer significado predominante para a comunidade organizada em Estado¹⁹⁷. Haverá, porém, casos concretos em que a comunidade está particularmente interessada na manutenção de valores objetivos, como em crimes de dano, abuso de confiança, furto e receptação. O consentimento poderá ser considerado como um abuso de direito, devendo, em conformidade, ser julgado ineficaz.

Mezger procura encontrar uma fundamentação material para o consentimento como causa de justificação. Para ele, é o interesse sobre um determinado bem jurídico que constitui o objeto de tutela do direito penal. Para essa perspectiva, o que define o critério de determinação do ilícito é a direção do interesse do ofendido e não o fim da atuação do agente, havendo dois sentidos na exclusão do ilícito: o princípio da carência de interesse (*Prinzip des mangeldenden Interesses*) e o princípio da prevalência de interesses (*Prinzip des uberwiegenden Interesses*)¹⁹⁸. A eficácia justificante do consentimento, inclusive do presumido, associa-se ao primeiro, e, quando ele ocorre, recua a vontade descrita no tipo como ofendida.

Aníbal Bruno esclarece que, quando um dos elementos do tipo penal for o não consentimento do titular do bem jurídico, se este aquiesce, “o tipo não se

¹⁹⁵ DOHNA, Alexander Graf Zu. **La ilicitude como característica general em el contenido de las acciones punibles**: contribución a la doctrina jurídico-penal general. Tradução: Fastino Ballve. Mexico: Ed. Jurídica Mexicana, 1959, p. 169.

¹⁹⁶ ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1991, p. 140.

¹⁹⁷ PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido na teoria do delito**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 97.

¹⁹⁸ ANDRADE, op.cit., p. 141.

configura e não existe crime”¹⁹⁹. Como já referido, essas situações diferem daquelas nas quais o dissenso constitui elemento essencial do tipo²⁰⁰, como o abortamento com o consentimento da gestante (artigo 126 do Código Penal brasileiro).

Um exemplo ilustrativo da primeira hipótese é o do delito de invasão de domicílio (artigo 150 do Código Penal pátrio), quando o titular do bem jurídico consente com o ingresso do terceiro em sua casa, e também a violação de correspondência (artigo 151 do mesmo diploma legal). Em todos esses tipos, há uma referência expressa à vontade do presumidamente ofendido, de forma que o consentimento faz desaparecer a tipicidade²⁰¹.

Esses casos representam o acordo, o qual requer que o tipo penal descreva uma violação da vontade do titular do bem jurídico, que deixará de existir com a mera manifestação volitiva. Já o consentimento pressupõe uma lesão ao bem jurídico²⁰², além de ter que se ajustar às demais causas de justificação: capacidade para consentir, concordância do ofendido, manifestação expressa (não se admite no direito brasileiro a forma tácita) e disponibilidade do bem por parte do agente que deve ser seu único titular.

Nessa perspectiva, há um conflito entre a aquiescência do indivíduo e a ordem jurídica, como nas demais excludentes, autorizando-se a conduta em razão da ausência de desvalor do fato nas circunstâncias em que ocorreu. Há, portanto, comumente, nas excludentes de ilicitude, uma frustração das expectativas da comunidade, ainda que o fato seja consentido, porque ocorre um conflito entre liberdade pessoal (vontade pessoal) e ordenamento jurídico (vontade geral)²⁰³. Prevalece, porém, a ideia de sacrifício do bem em razão da valoração positiva da causa que o motivou.

Se o ataque se esgotar na esfera de interesse do titular do bem, o consentimento exclui o tipo, mas, quando for necessária uma ponderação de interesses entre autonomia e valor do bem jurídico (afetação de interesses coletivos, por exemplo), não se pode falar em consentimento do ofendido.

¹⁹⁹ BRUNO, Aníbal. **Direito penal (parte geral)**. V. I, t. II, Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 18-19.

²⁰⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. **Ilícitude penal e causas de sua exclusão**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 129.

²⁰¹ IVER, Luis Cousiño Mac. **Derecho penal chileno: parte general**. T. 1. Chile: Editora Jurídica de Chile, 1975, p. 513.

²⁰² ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1991, p. 147.

²⁰³ ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1991, p. 601.

Manuel da Costa Andrade²⁰⁴ destaca, na acepção eidética do consentimento como figura penal, a existência de uma conflitualidade entre “autonomia pessoal e a heteronomia socialmente subjetivada”. Disso decorre que o consentimento, como expressão da autonomia, não afasta a lesão ao bem jurídico, nem a danosidade social correspondente à “factualidade típica”.

Por outro lado, segundo o mencionado autor, o acordo assegura a continuidade entre a autonomia pessoal e o bem jurídico protegido e a congruência entre a mesma autonomia e o programa sistêmico-social da tutela penal, excluindo os coeficientes de conflitualidade inerentes ao consentimento.

Para Jakobs²⁰⁵, também dualista, a lesão praticada por um terceiro ao interesse do titular do bem, mesmo com o seu consentimento, afeta as expectativas da comunidade, pois o lesionado, ao consentir, afasta-se dos padrões sociais. Considera o mencionado penalista, porém, que há uma diminuição do injusto, razão porque a conduta não será punida.

Na esteira do pensamento de Roxin²⁰⁶, no entanto, os dualistas confundiriam o objeto da lesão com o próprio bem jurídico, uma vez que não haveria lesão quando o sujeito consente. O bem jurídico somente existe como tal para atender a finalidades úteis ao indivíduo e ao seu livre desenvolvimento.

Por essa tese, não haveria dano algum quando alguém atua fundado no consentimento do titular do bem: o terceiro apenas prestaria sua colaboração para a realização da liberdade de ação do titular do bem jurídico, daí o consentimento ter o poder de excluir o desvalor que o tipo delitivo pressupõe²⁰⁷. Esse entendimento é criticável pelos dualistas, os quais, dentre outros argumentos, afirmam que outros bens jurídicos diversos da liberdade – v.g., honra e patrimônio – possuem independência em relação à mera vontade de preservá-los.

Nesse sistema, a conduta consentida, por ausência de conflito, não se coloca como causa excludente de ilicitude, pois “não há ponderação a ser feita entre dois interesses”²⁰⁸, de forma que bastaria o mero ato de consentir eficazmente. Existem,

²⁰⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1991, p. 358.

²⁰⁵ JAKOBS, Günther. **Derecho penal**: Parte general. Tradução: Joaquin Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 292-293.

²⁰⁶ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte general. Fundamentos. La estructura dela teoria del delito. Tradução: Diego-Manuel Luzon Peña. 2. ed. Madri: Civitas, 1997, p. 517-518.

²⁰⁷ ROXIN, op. cit., p. 520.

²⁰⁸ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 71.

porém, bens jurídicos indisponíveis, em relação aos quais a lesão consentida pode ser ilícita, quando, por exemplo, apesar de autorizado, o fato atenta contra os bons costumes, como previsto no artigo 228 do Código Penal alemão.

O paradigma dualista é mais adequado à teoria do consentimento, tanto por razões político-criminais, quanto por razões dogmáticas. Quanto à primeira, ela traduz-se na impossibilidade de o Direito Penal tutelar tão-somente a autonomia individual, pois lhe cabe promover a ordem social, não se sobrepondo um interesse individual a todo e qualquer interesse social. O Direito Penal apresenta como função primordial a proteção de bens importantes à manutenção e ao desenvolvimento da sociedade.

A dicotomia teórica em destaque também é vantajosa porque, ao permitir a discussão do consentimento na esfera da ilicitude, possibilita a ponderação dos interesses individuais e sociais, estabelecendo limites claros e definidos para a sua eficácia. O paradigma monista, por contar tão-somente com a discussão do consentimento na esfera da tipicidade, é obrigado a criar mecanismos de escape que possibilitem este confronto entre os interesses individuais e sociais. Dentre tais mecanismos, o mais conhecido são os bons costumes de Roxin²⁰⁹, que se apresentam como limites imprecisos e impróprios à eficácia do consentimento.

Por certo, o pensamento dualista é mais pertinente do que o monista pelos motivos acima elencados. No entanto, a clássica divisão entre acordo e consentimento é imprópria, não se fazendo adequada ao Direito Penal contemporâneo, pois se apresenta muito rígida e inflexível à nova mobilidade que a teoria da imputação objetiva atribui à matéria. Em lugar de um acordo e de um consentimento, melhor falar-se em um consentimento-atipicidade e em um consentimento-justificação²¹⁰.

Ambos, consentimento-atipicidade e consentimento-justificação, são modalidades de um todo, pois significam a manifestação de vontade do consenciente sobre ingerência em seus bens jurídicos por outrem. Além disso, apresentam a mesma definição e natureza, bem como os mesmos requisitos de existência, validade e eficácia, razão pela qual não devem ser divididos e classificados como instituições autônomas. O consentimento apresenta funções

²⁰⁹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte general. Fundamentos. La estructura dela teoria del delito. Tradução: Diego-Manuel Luzon Peña. 2. ed. Madri: Civitas, 1997, p. 520 e 529-530.

²¹⁰ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 65.

diferentes, excluindo ora o tipo, ora a ilicitude, mas esta diferença ocorre apenas com relação a sua função, não havendo motivos para cindi-los em dois institutos distintos.

No contexto brasileiro, há situações nas quais, ainda que se trate de bens de interesse eminentemente privados, “a proteção da lei penal transcende o seu domínio para atingir a disposição de tais bens”²¹¹, sendo irrelevante a decisão do particular acerca da disposição, a exemplo do roubo e da extorsão, delitos nos quais a subtração tem um aspecto secundário. Infere-se dessas considerações a importância da contribuição dos dualistas, pois o agir do terceiro pode vir a ultrapassar o âmbito de relação entre este e o titular do bem. A “lesão ao outro é sempre social”²¹², já que afeta a expectativa geral sobre a intangibilidade dos bens alheios.

O instituto do consentimento, por outro lado, calcado em premissas pré-jurídicas da manifestação da vontade, não se confunde com a chamada heterocolocação em perigo, a qual resulta da consideração da autonomia do portador do bem jurídico, seguindo orientação de política criminal e normativa. Consiste a heterocolocação na exposição de terceiro a perigo, este plenamente consciente do risco. A referida figura jurídica surge na esteira da problemática do alcance do tipo²¹³, no contexto da teoria da imputação objetiva. É o que se abordará, com mais vagar, no próximo capítulo.

²¹¹ PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido na teoria do delito**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 99.

²¹² JAKOBS, Günther. **Derecho penal**: Parte general. Tradução: Joaquin Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 524-525.

²¹³ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte general. Fundamentos. La estructura dela teoria del delito. Tradução: Diego-Manuel Luzon Peña. 2. ed. Madri: Civitas, 1997, p. 526.

4 OS MODELOS DE INTERAÇÃO DELINQUENTE-VÍTIMA

Diversas figuras realçam o papel do titular do bem jurídico na estrutura do crime, após o longo período de seu alijamento. Assim, Manuel Cancio Meliá²¹⁴ refere-se à imputação ao âmbito de responsabilidade da vítima, que ocorre quando esta empreende, juntamente ao autor, uma atividade capaz lesionar seu próprio o bem jurídico.

Esse entendimento decorre do fato de compreender que, a uma pessoa autônoma, incumbe, preferentemente, a imputação de responsabilidade pela lesão nessas situações de atividade conjunta entre vítima e autor. Nesse sentido, se ambos embarcam juntos na criação do risco para o portador do bem jurídico, o agente será isento de pena, se o ofendido sabe que se envolve em atividade objetivamente arriscada. Fala-se, ainda, em atuação a próprio risco, concorrência de culpas e na “contributory negligence” do direito anglo-saxão.

Particularmente quanto à concorrência de culpas, Meliá²¹⁵ identifica-a como o fenômeno que ocorre quando a conduta do autor haja concorrido ou coexistido com a conduta do ofendido, mediante contribuição causal, à produção de um mesmo resultado lesivo. Exige-se uma ponderação comparativa no plano causal das condutas, para distinguir as que possuem eficácia preponderante das que meramente favorecem o resultado, individualizando-se as diferentes causas concorrentes, mediante critérios de experiência comum.

Destaca o supramencionado pesquisador que a construção da concorrência de culpas aplica-se a casos nos quais a interação autor-vítima é maior, quando ambos colaboraram de algum modo à gênese do risco, embora o Direito Penal, tradicionalmente, rejeite a compensação de culpas, cabendo o tratamento deste instituto ao Direito Civil. Na práxis jurisprudencial brasileira, resta evidente que o estudo da interação delinquente-ofendido é praticamente reduzido à compensação de culpas, a mais tratada pelas instâncias uniformizadoras da jurisprudência pátria, notadamente em matéria federal.

²¹⁴ MELIÁ, Manuel Cancio. **Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal**: estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. Tesis (Doctoral). Universidad Autónoma de Madrid. Departamento de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1997, p. 56-57. Disponível em: <<https://repositorio.uam.es/xmlui/handle/10486/4402>>. Acesso em: 12 de jun. 2018.

²¹⁵ MELIÁ, op. cit., p. 136.

Em recente julgado – Habeas Corpus 193759/RJ²¹⁶ -, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) consignou que “No crime de homicídio culposo ocorrido em acidente de veículo automotor, a culpa concorrente ou o incremento do risco provocado pela vítima não exclui a responsabilidade penal do acusado”, o que foi corroborado por ocasião do julgamento do Habeas Corpus 445096/SP²¹⁷, quando aquela mesma Corte Superior assentou que “eventual culpa da vítima, em virtude de estar em local não permitido, não elide a culpa do paciente, sendo de conhecimento que no direito penal não há se falar em compensação de culpas”.

Percebe-se, com efeito, que, quando mencionado, sobretudo no contexto dos crimes de trânsito, o instituto em tela tem aplicação negada na seara penal, com repercussões limitadas à dosimetria da pena, por circunstância judicial relevante, mas não ao âmbito de responsabilidade, quando da formação do juízo de subsunção ao tipo legal e da ilicitude da conduta típica (formação do injusto). Não surpreende, portanto, que o entendimento jurisprudencial prevalente na instância especial brasileira apregoe que o comportamento do ofendido seja considerado “circunstância judicial que nunca será avaliada desfavoravelmente: ou será positiva, quando a vítima contribui para a prática do delito, ou será neutra, quando não há contribuição”²¹⁸.

Entretanto, esse posicionamento revela-se contraditório com outros casos concretos julgados pelo próprio STJ, nos quais a variável “comportamento vitimológico” foi determinante para afastar a tipicidade da conduta, embora com fundamento no princípio da confiança. Caso emblemático foi o retratado no julgamento do Habeas Corpus 46.525/MT²¹⁹, quando o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que a vítima causou o próprio afogamento, em virtude de ter ingerido

²¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 193.759/RJ**, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 18 ago. 2015. Diário de Justiça Eletrônico, 01 set. 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=compensa%E7%E3o+de+culpas&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 21 jun. 2018.

²¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 445.096/SP**, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 15 maio 2018, Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 24 maio 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=compensa%E7%E3o+de+culpas&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 21 jun. 2018.

²¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no **REsp 1713666/AL**, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2018, DJe 12/04/2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=compensa%E7%E3o+de+culpas&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 21 jun. 2018.

²¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 46.525/MT**, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2006, DJ 10/04/2006, p. 245. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=compensa%E7%E3o+de+culpas&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 21 jun. 2018.

substâncias psicotrópicas, “comportando-se, portanto, de forma contrária aos padrões esperados, afastando, assim, a responsabilidade dos pacientes, diante da inexistência de previsibilidade do resultado, acarretando a atipicidade da conduta”²²⁰.

Não há, porém, uma sistematização coerente a respeito desses diversos institutos, de forma que as decisões judiciais ora tratam de uma, ora de outra figura, sem a precisão técnica necessária, o que se deve ao fato de que as fronteiras entre as diversas categorias de interação delinquente-vítima nem sempre são definidas. E a proposta desta dissertação consiste exatamente em contribuir para delinear as diferenças e pontos de contatos entre duas dessas figuras, permitindo um tratamento mais adequado do assunto no âmbito da imputação objetiva.

Como se abordou ao longo deste trabalho, é inegável a importância da autonomia do sujeito titular do bem jurídico, e a consideração acerca do seu comportamento como idôneo à mitigação ou à exclusão da responsabilidade penal do autor é um reclamo da ciência penal contemporânea. Nesse contexto, sobressai

²²⁰ Vale transcrever a íntegra da ementa do acórdão que resultou da decisão: “PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CULPOSO. MORTE POR AFOGAMENTO NA PISCINA. COMISSÃO DE FORMATURA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ACUSAÇÃO GENÉRICA. AUSÊNCIA DE PREVISIBILIDADE, DE NEXO DE CAUSALIDADE E DA CRIAÇÃO DE UM RISCO NÃO PERMITIDO. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ORDEM CONCEDIDA. 1. Afirmer na denúncia que “a vítima foi jogada dentro da piscina por seus colegas, assim como tantos outros que estavam presentes, ocasionando seu óbito” não atende satisfatoriamente aos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, uma vez que, segundo o referido dispositivo legal, “A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”. 2. Mesmo que se admita certo abrandamento no tocante ao rigor da individualização das condutas, quando se trata de delito de autoria coletiva, não existe respaldo jurisprudencial para uma acusação genérica, que impeça o exercício da ampla defesa, por não demonstrar qual a conduta tida por delituosa, considerando que nenhum dos membros da referida comissão foi apontado na peça acusatória como sendo pessoa que jogou a vítima na piscina. 3. Por outro lado, narrando a denúncia que a vítima afogou-se em virtude da ingestão de substâncias psicotrópicas, o que caracteriza uma autocolocação em risco, excludente da responsabilidade criminal, ausente o nexo causal. 4. Ainda que se admita a existência de relação de causalidade entre a conduta dos acusados e a morte da vítima, à luz da teoria da imputação objetiva, necessária é a demonstração da criação pelos agentes de uma situação de risco não permitido, não-ocorrente, na hipótese, porquanto é inviável exigir de uma Comissão de Formatura um rigor na fiscalização das substâncias ingeridas por todos os participantes de uma festa. 5. Associada à teoria da imputação objetiva, sustenta a doutrina que vigora o princípio da confiança, as pessoas se comportarão em conformidade com o direito, o que não ocorreu in casu, pois a vítima veio a afogar-se, segundo a denúncia, em virtude de ter ingerido substâncias psicotrópicas, comportando-se, portanto, de forma contrária aos padrões esperados, afastando, assim, a responsabilidade dos pacientes, diante da inexistência de previsibilidade do resultado, acarretando a atipicidade da conduta. 6. Ordem concedida para trancar a ação penal, por atipicidade da conduta, em razão da ausência de previsibilidade, de nexo de causalidade e de criação de um risco não permitido, em relação a todos os denunciados, por força do disposto no art. 580 do Código de Processo Penal. (HC 46.525/MT, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2006, DJ 10/04/2006, p. 245).”

o consentimento do ofendido, tema por onde trafegam múltiplas situações que pleiteiam abrigar-se em um novo arsenal de conceitos doutrinários.

Tradicionalmente, tem sido a figura do consentimento do ofendido o instituto que mais verdadeiramente contempla a presença da vítima como sujeito autônomo no Direito Penal²²¹. Embora com perfil bem definido, o instituto vem sofrendo importante alargamento na contemporaneidade. Esse fato, somado à elaboração de novas vias de introdução do portador do bem jurídico (designação mais compatível com o papel que se quer atribuir ao lesado), como sujeito que têm condições morais e materiais de assumir um compromisso de cuidado com os bens que lhe são afetados, dificulta a exata delimitação entre as diversas construções, realçando-se o consentimento.

De acordo com Andrade²²², a partir dos modelos de interação delinquente-vítima, é possível situar as diferentes hipóteses típicas ao longo de duas formas extremadas: a autolesão e a heterolesão em perigo consentida. Intermediando esses extremos, como já destacado supra, estão os institutos da autocolocação em perigo (*Selbsgefährdung*), a heterocolocação em perigo (*einverständliche Fremdgefährdung*), a lesão de interesses, a atuação a próprio risco, dentre tantas outras variações.

A Vitimodogmática assume especial destaque nesse elenco por conta dos seus defensores e dos princípios que a orientam, a partir de duas correntes na dogmática alemã, quanto à corresponsabilidade da vítima: a moderada e a radical. A primeira, considerada majoritária, enfatiza o comportamento da vítima na determinação da pena ao autor, sem extrapolar os limites da tipicidade, excetuando-se os casos expressamente previstos nos tipos penais²²³.

O Direito Penal brasileiro, por exemplo, atribui relevância ao comportamento da vítima no artigo 59 do Código Penal (CP), que prescreve seja levado em conta seu comportamento na dosimetria da pena, o que não implica em isenção de pena. Da mesma forma, pode-se observar que, em alguns tipos da Parte Especial do referido Código Penal, considera-se o comportamento da vítima como sendo capaz

²²¹ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 52.

²²² ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1991, p. 147.

²²³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría do delito: observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la "víctimo-dogmática". **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo v. 34, p. 163-194, 2001, p. 168.

de diminuir a intensidade da reprovação ao autor ou ao fato, tal como no caso do homicídio privilegiado (art. 120, § 1º, do CP) e no estelionato (art. 171 do CP).

Antes, porém, de apresentar os principais aspectos da Vitimogomática que interessam ao presente trabalho, é imprescindível um breve passeio pela moderna teoria da imputação objetiva, que consiste no conjunto de pressupostos que fazem uma causação ser objetivamente típica (a criação e a realização de um risco não permitido em um resultado). A formulação moderna trabalha com a ideia de risco (perigo), ainda não presente explicitamente nas primeiras construções, operando com critérios à exclusão da imputação²²⁴. É o tema abordado a seguir.

4.1 O CONTEXTO DOUTRINÁRIO DE SURGIMENTO DA VITIMODOGMÁTICA

Historicamente, a teoria da imputação objetiva remonta ao ano de 1927, a partir dos estudos de Karl Larenz, que publicou a obra “A teoria da imputação de Hegel e o conceito de imputação objetiva”, baseado no filósofo idealista, para quem a causalidade depende de um evento naturalístico²²⁵. De acordo com Larenz, a previsibilidade do resultado deve ser analisada por um ponto de vista objetivo, “levando-se em consideração não apenas o autor em concreto, mas sim a pessoa, o ser racional, que deve estar em condições de prever um determinado acontecimento”²²⁶.

No ano de 1930, Richard Honig publicou a obra “Causalidade e imputação objetiva”, trazendo ao Direito Penal o estudo da imputação objetiva. Segundo a concepção desse autor, ao direito não é suficiente apurar o nexa causal para a ação, mas é necessário, além disso, averiguar um nexa normativo, o qual deve ser construído e embasado em critérios fornecidos pelo ordenamento jurídico. Não se trata apenas de verificar a causalidade, mas também de valorá-la²²⁷.

Em 1970, Claus Roxin aprofunda os estudos da imputação penal, na obra “Reflexões sobre a problemática da imputação no Direito Penal”. Segundo o autor

²²⁴ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução: Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 10.

²²⁵ ALMEIDA, Felipe Lima de. **Causalidade e imputação no Direito Penal**: análise crítica da moderna teoria da imputação objetiva no ordenamento jurídico brasileiro. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013, p. 132.

²²⁶ BÜRCEL, Letícia. Breves considerações acerca da teoria da imputação objetiva de Claus Roxin. **Empório do Direito**, São Paulo, 19 jul. 2016. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/teoria-da-imputacao-objetiva-de-claus-roxin/>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

²²⁷ ALMEIDA, op. cit., p. 153 et seq.

alemão, o resultado somente será imputável ao agente quando sua conduta tiver “criado um perigo para um bem jurídico não coberto pelo risco permitido, e esse perigo se realizar em um resultado concreto que esteja dentro do âmbito da norma”²²⁸.

A teoria geral da imputação de Roxin desliga-se do dogma causal, pois funda-se na ideia de risco, a partir de quatro “topoi”: a) diminuição do risco (ações que diminuem o risco não podem ser imputadas como típicas); b) riscos juridicamente irrelevantes (ações que não criam uma possibilidade objetiva de lesão, por não serem condições adequadas do resultado, não são objetivamente imputáveis); c) aumento do risco (o autor foi além do risco permitido, causou o resultado, mas não se sabe se a ação correta teria evitado – comportamento alternativo conforme ao Direito); d) fim de proteção da norma (aqueles resultados que não se encontrem no âmbito de proteção da norma de cuidado não são imputáveis a quem lhes causou - são as consequências secundárias do delito).

Para Roxin, a ação seria tudo aquilo que se pudesse imputar a um homem como pessoa, uma forma de exteriorização da personalidade, introduzindo a distinção entre imputação do comportamento (casos de exclusão da ação: força física absoluta e atos reflexos – não há qualquer exteriorização da personalidade) e imputação do resultado (abrangeria os critérios de imputação propostos). A teoria de Roxin implica no abandono dos conceitos ontológicos, em especial do conceito de finalidade, e a necessidade de superar um sistema classificatório em favor de um sistema verdadeiramente político-criminal.

Luís Greco²²⁹ destaca que Roxin e seus discípulos acrescentaram depois a verdadeira fundamentação do princípio do risco. Ademais, Roxin não distingue com clareza os dois planos da imputação objetiva: a criação de um risco juridicamente desaprovado e a sua realização no resultado. Greco enfatiza que não se deve confundir a distinção entre a criação do risco juridicamente desaprovado (desvalor da ação) e a realização deste risco no resultado (desvalor do resultado), uma vez que ambas as dimensões são englobadas pelo conceito de imputação do

²²⁸ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte general. Fundamentos. La estructura dela teoria del delito. Tradução: Diego-Manuel Luzon Peña. 2. ed. Madri: Civitas, 1997, p. 363 et seq.

²²⁹ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução: Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 41 et seq.

resultado²³⁰. Já a imputação do comportamento compreende problemática relacionada ao conceito de ação e não à moderna imputação objetiva.

Roxin teve o mérito de reabilitar a ideia de imputação, centrando a sua teoria na ideia de risco. Este último é o que diferencia a moderna teoria da imputação das precursoras, permitindo variados critérios e distinções. Portanto, o penalista alemão ressaltou a irrelevância de dados ontológicos e a necessidade de um ponto de partida normativo e teleológico, reconstruindo a teoria do delito à luz da sua função político-criminal, uma vez que os elementos do crime possuem uma função político-criminal a cumprir.

A imputação objetiva modifica o tipo objetivo do finalismo, que acrescentou ao sistema naturalista o dolo e a culpa como elementos do tipo. Para a imputação objetiva do resultado, não bastam a ação, o resultado e o nexos de causalidade, devendo-se acrescentar a estes outros dois: a criação de um risco juridicamente desaprovado (ou risco reprovado, risco censurado, risco proibido, risco não tolerado ou risco não permitido) e a realização (materialização ou concretização) do risco no resultado.

As ações que não criam riscos (não perigosas) não são típicas, ainda que causem lesões. Ademais, aquelas que, apesar de perigosas, respeitem as exigências de cuidado, são permitidas, ainda quando ocasionem um resultado típico. Também deve-se ter em conta que o resultado precisa decorrer desse risco, ou seja, do desenvolvimento natural do perigo cuja produção o Direito proíbe²³¹.

A teoria da imputação objetiva, ao limitar o dogma causal, contribui para a autonomia da pessoa, restringindo a responsabilidade, quando o titular do bem, por sua vontade, cria as situações de perigo nas quais se coloca ou aceita. O comportamento do ofendido, portanto, ao qual se associa a conduta do terceiro que estimula a sua realização, é essencial para se concluir pela imputação ou não do resultado a este último.

O fato de os signos apresentarem alguma semelhança induz a equívocos de sentido entre a Vitimologia e a Vitmodogmática, as quais, todavia, possuem

²³⁰ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução: Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 43.

²³¹ ROXIN, Claus. A Teoria da Imputação Objetiva. Tradução: Luís Greco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 38, São Paulo, abril- junho, 2002, p. 08.

objetivos e significados distintos. Segundo Émile Durkheim²³², “Classificar o crime entre os fenômenos da sociologia normal não é só dizer que é um fenômeno inevitável, ainda que lastimável, devido à incorrigível maldade dos homens”, mas parte integrante da sociedade. Com efeito, o crime é abordado, nessa concepção criminológica, como fenômeno social, na esteira do que se convencionou chamar de teoria da anomia, marcada pelo determinismo psicológico. Não há, aqui, qualquer menção direta à vítima.

Como já se discorreu no primeiro capítulo, durante longo período, o Estado não só colocou o lesado numa condição de mero figurante no processo, como retirou, de suas mãos, importante gama de poderes. O ofendido foi redescoberto sob um prisma humanístico, durante o século XX²³³, a partir da constatação do sofrimento, da perseguição e da discriminação das vítimas do Holocausto, despertando a atenção sobre o destino dessas pessoas.

O movimento vitimológico ganhou destaque, desse modo, no contexto político-social do pós-segunda guerra, em decorrência da macrovitimização, da diáspora espacial da criminalidade e do surgimento das associações de defesa dos interesses coletivos, surgindo daí a Vitimologia, segundo de Eduardo Viana²³⁴. Verifica-se, então, uma preocupação humanitária com as consequências do delito sofridas pela vítima do crime, conferindo-lhe maior protagonismo no cenário punitivo.

A Vitimologia foi definida por Mendelsohn (1963) como sendo a ciência sobre as vítimas e a vitimização, considerando esta última como um fenômeno específico que ocorria com as categorias de vítima qualquer que fosse sua situação. Por outro lado, a relevância que a vítima passou a ocupar no estudo do crime, sobretudo com os estudos de Von Heting (1948) e, posteriormente, do próprio Mendelsohn, possibilitou que fosse desvelada sua contribuição na causação do delito, deslocando a etiologia unilateral do crime, outrora focada apenas no autor do fato, para a interação entre este último e a vítima²³⁵.

Dessa forma, com base nos estudos de Psicologia Social e de Criminologia, paralelamente, passou-se a compreender a influência do comportamento da vítima no cometimento do crime. Procurou-se, a partir de então, realçar sua figura, na

²³² DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. Tradução: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2011, p. 83.

²³³ LIMA JÚNIOR, José César Naves de. **Manual de criminologia**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 57 et seq.

²³⁴ VIANA, Eduardo. **Criminologia**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 136.

²³⁵ VIANA, op. cit., p. 136.

medida em que se compreendeu que nenhuma outra pessoa é mais interessada na resolução do crime e na aplicação de medidas ao autor. Verifica-se uma preocupação com as consequências do delito sofridas pela vítima do crime, conferindo-lhe maior protagonismo no cenário punitivo. Surgem, a partir desse momento, as figuras do assistente de acusação e da composição dos danos, como recursos para fortalecer sua figura no processo.

Esse descobrimento, porém, não implicou em sancionar a vítima ou em conferir-lhe um tratamento gravoso, mas apenas em mitigar a reprovação do autor, aplicando-se lhe uma pena menos grave quando aquela colaborara para o resultado. A Vitimologia contribuiu também para que se chegasse à tese de que o ofendido nem sempre é um sujeito inerte, mas participa muitas vezes, ainda que inconscientemente, para a lesão do próprio bem jurídico, embora sua perspectiva seja distinta da Vitimodogmática, doutrina que se aborda neste trabalho.

As construções dogmáticas, a seu turno, preocupam-se em reforçar o caráter subsidiário do Direito Penal em razão do comportamento do lesado, de sua autonomia e da conseqüente capacidade para proteger, antes de qualquer outra pessoa, os bens jurídicos que lhe estão afetados. Em uma tentativa breve em caracterizar a teoria, pode-se, com Silva Sánchez²³⁶, afirmar que a Vitimodogmática se aproveita das conclusões da Vitimologia no que diz respeito à contribuição de algumas vítimas para a realização do fato delitivo, a fim de propor sua corresponsabilidade pelo resultado típico. Propõe-se que a imposição de pena ao autor deve observar o comportamento do titular do bem jurídico para que não ocorra um desnecessário aumento de sua responsabilidade, vulnerando princípios como o da fragmentariedade.

Para Schünemman²³⁷, um dos expoentes dessa corrente, à reflexão sobre a necessidade de pena para o autor deve corresponder a indagação sobre o merecimento de pena, por parte da vítima. De acordo com essa perspectiva, que tem como uma de suas justificativas o princípio da autorresponsabilidade, haverá isenção de pena do autor quando a vítima renuncie a proteção de seu bem jurídico.

²³⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La víctima-dogmática en el derecho extranjero. In: BERISTAIN, Antonio; DE LA CUESTA, José Luis (ed.). **Victimología**. San Sebastián: Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, 1990. Disponível em: <<http://www.ehu.eus/documents/1736829/2030810/11+-+Victimodogmatica.pdf>>. Acesso em: 3 abr. 2017.

²³⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. Sistema del derecho penal y victimodogmática. In: RIPOLLÉS, José Luis Díez (ed.) **La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo**: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir. Espanha: Tecnos, 2002, p. 166.

É, portanto, esse princípio da autorresponsabilidade (*Selbstverantwortungsprinzip*) que sustenta o dever de autoproteção da vítima. Falhando a vítima nessa missão, perde a dignidade penal, tornando-se, portanto, corresponsável pela tutela de seus bens jurídicos²³⁸. O princípio da autorresponsabilidade também deve cumprir um papel na tarefa legislativa, inspirando o legislador na criação de novos crimes, ao tempo em que orienta interpretações teleológico-restritivas dos tipos existentes.

Schünemann, de acordo com Silva Sánchez²³⁹, evoca os princípios da fragmentariedade, da subsidiariedade e da “ultima ratio” do Direito Penal, como já referido, de forma que a intervenção jurídico-penal somente se justificaria para reprimir condutas violadoras de bens jurídicos de uma vítima merecedora de proteção. Em outras palavras, tal perspectiva insere-se em um contexto minimalista da intervenção penal, dispensando-se a pena quando a vítima não mereça ou não necessite da proteção. Por isso mesmo, dentre outras, uma severa crítica que se faz à teoria é que a exaltação da autodeterminação fragiliza a função de prevenção geral da pena²⁴⁰.

Argumenta-se, em sentido contrário, que o dever de autoproteção deve ser exercido por meio de medidas razoáveis, de uso comum, sem que haja necessidade de aparatos específicos. Por essa posição, quando a vítima puder evitar a lesão de seu bem jurídico, por meio de medidas possíveis e aceitáveis, mas não o fizer, poder-se-á deixar de imputar o resultado ao autor. Outras críticas feitas dizem respeito a uma inadmissível imposição feita à vítima de criação de mecanismos defensivos, gerando um clima de insegurança social e também o estímulo ao retraimento do estado no cumprimento da função essencial de assegurar a convivência pacífica.

4.2 O CONSENTIMENTO E A HETEROCOLOCAÇÃO EM PERIGO

²³⁸ ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1991, p. 173-205.

²³⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. Einige vorläufige Bemerkungen zur Bedeutung des viktimologischen Ansatzes in der Strafrechtsdogmatik. In: SCHNEIDER, H. **Das Verbrechenopfer in der Strafrechtspflege**. Psychologische, kriminologische, strafrechtliche und strafverfahrensrechtliche Aspekte. Ausgewählte Referate des 3. Internationalen Symposiums für Viktimologie 1979 in Münster/Westf. Berlin, Boston: De Gruyter, 1982, p. 413 apud SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La vitimo-dogmatica en el derecho estrangeiro. In: BERISTAIN, Antonio; DE LA CUESTA, José Luis (ed.). **Victimología**. San Sebastián: Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, 1990, p. 109. Disponível em: <<http://www.ehu.eus/documents/1736829/2030810/11+-+Victimodogmatica.pdf>>. Acesso em: 3 abr. 2017.

²⁴⁰ JAKOBS, Günther. **Derecho penal**: Parte general. Tradução: Joaquin Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 524-525.

Como se delineou ao longo da presente exposição, a relevância jurídico-penal do consentimento do ofendido justifica-se porque, dentre os inúmeros direitos decorrentes da autodeterminação, “o principal deles é a liberdade de disposição dos bens jurídicos, pois se à pessoa é facultada a capacidade de dispor, então todas as demais capacidades estão aí incluídas”²⁴¹. O consentimento é definido como a autorização manifesta, pelo portador de bens jurídicos relevantes, para que outrem realize uma ingerência nestes bens, por meio da afirmação do bem penalmente protegido ou através da sua lesão por outrem, como consentimento-atipicidade e consentimento-justificação, já abordados anteriormente.

Nas palavras de Jakobs²⁴², “No se trata de la identidad de un derecho penal que permanece fiel a sí mismo, sino de la identidad de la sociedad que há diferenciado el derecho penal como sistema parcial”. Com efeito, a teoria da imputação objetiva permite maior mobilidade quanto à hermenêutica da classe de bens que o tipo penal pretende tutelar, assegurando tanto os bens em si considerados, quanto a liberdade de disposição deles, a depender da eleição de uma ou de outra classe de bens pela sociedade.

Ocorre que, muitas vezes, apesar de o agente ter criado um risco não permitido, e esse risco ter se verificado em um resultado concreto, o evento lesivo não é abrangido pelo fim de proteção da norma. Situação que comumente se resolve por meio desse critério é o da morte da mãe da vítima que, ao receber a notícia do homicídio de seu filho, não resiste ao choque e morre. Luís Greco²⁴³ ainda acrescenta as tentativas fracassadas de salvamento.

Estão situadas no bloco de casos referentes ao fim de proteção da norma a autocolocação em perigo e a heterocolocação. Esta última será impune e equiparada à autocolocação apenas quando em tudo equivaler a esta, ou seja, quando a pessoa posta em perigo tiver o mesmo nível de conhecimento dos riscos

²⁴¹ DE LUCA, Heloiza Meroto. O consentimento do ofendido à luz da teoria da imputação objetiva. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 100, jan/dez, 2005, p. 804. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67689/70297>>. Acesso em: 21 set. 2017.

²⁴² JAKOBS, Günther; STRUENSEE, Eberhard. **Problemas capitales del derecho penal moderno**. Buenos Aires: Hammurabi, 1998, p. 34-5.

²⁴³ ROXIN, Claus. A Teoria da Imputação Objetiva. Tradução: Luís Greco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 38, São Paulo, abril- junho, 2002, p. 59.

que aquele que o produz, ambos tiverem a mesma responsabilidade pela criação do risco e o resultado advier do risco assumido e não de erros adicionais²⁴⁴.

Sobre a problemática, defende Juarez Tavares²⁴⁵ que a “decisão auto-responsável, provocando e consentindo no perigo de lesão, só exclui, porém, a imputação se o resultado advier exclusivamente do risco por ela assumido” e não de outras falhas do agente, ressalvados os casos que evidenciem claro auxílio, instigação ou induzimento ao fato criminoso.

A autocolocação em perigo é sempre impune em homenagem à decisão da vítima e a sua liberdade em colocar-se, voluntariamente, em perigo. A instigação do terceiro não é considerada, como até poderia ser no Brasil, como induzimento ao suicídio. Há autores que afirmam que Roxin toma o ato de execução do tipo como critério fundamental para distinguir a autocolocação da heterocolocação. Assim procede Meliá²⁴⁶, que repele a excessiva relevância emprestada pelo primeiro autor à participação ou não da vítima, conjuntamente com o autor na execução da ação arriscada.

A defesa do elaborador da teoria faz-se no sentido de distinguir as figuras pelo poder de controle do risco criado, ou seja, sua possibilidade e viabilidade na autocolocação e a dificuldade, senão a impossibilidade, na heterocolocação. Isto ocorre porque a ação perigosa não é realizada pelo sujeito, mas por um terceiro, de forma que aquele a ela adere, mesmo consciente dos perigos da conduta executada pelo outro, e não tem controle sobre desenrolar dos acontecimentos.

Não se trata, todavia, de aplicação da teoria do domínio do fato, que não se emprega nos delitos culposos. É decisivo para operar a distinção entre as figuras que se identifique aquele que tem domínio do perigo, e conseqüentemente, cause imediatamente o resultado. Por isto, a heterolesão é punível, exceto nas situações já referidas.

A distinção operada no âmbito da imputação objetiva não resolve todas as dúvidas diante das novas construções que põem a vítima como sujeito corresponsável pela imputação. Uma das grandes celeumas em torno da temática

²⁴⁴ ROXIN, Claus. A Teoria da Imputação Objetiva. Tradução: Luís Greco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 38, São Paulo, abril- junho, 2002, p. 395.

²⁴⁵ TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3. ed. ver. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 294.

²⁴⁶ MELIÁ, Manuel Cancio. **Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal**: estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. Tesis (Doctoral). Universidad Autónoma de Madrid. Departamento de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1997, p. 42. Disponível em: <<https://repositorio.uam.es/xmlui/handle/10486/4402>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

reside na posição de Stratenwerth²⁴⁷, para quem a heterocolocação em perigo seria uma forma de consentimento, justificando-se a sua exclusão do grupo de casos especiais.

Para o professor alemão, no âmbito da culpa, a colocação em perigo da vida de outrem ou de sua saúde gozaria do consentimento do afetado quanto ao resultado, sendo essa situação espécie de consentimento justificante ou excludente da tipicidade. No entanto, nas ações culposas, não resta claro como a vítima pode prever e consentir com o resultado danoso²⁴⁸, sabendo-se apenas que adere à conduta. Não é pacífico, todavia, se no consentimento o indivíduo adere à ação, ao resultado ou a ambos.

No âmbito jurisprudencial brasileiro, o consentimento ganha relevo sobretudo nos crimes sexuais, com especial destaque para o estupro de vulnerável (artigo 217 do Código Penal), caso em que o STJ²⁴⁹ rejeita veementemente qualquer capacidade de consentir da pessoa vulnerável (menor de catorze anos ou com debilidade mental permanente), tendo inclusive sumulado o entendimento no sentido de que o crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de catorze anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

Aprofundando a questão, Andrade²⁵⁰ e Roxin²⁵¹ asseveram que o consentimento deve dirigir-se ao resultado lesivo, o que não ocorre no campo da heterocolocação, no qual o portador do bem jurídico aquiesce com a ação praticada, confiando que o resultado não ocorrerá. Em um agir imprudente, a pessoa que assim se comportou pode não ter presumido o desejo de morte (ou de lesão), situação totalmente distinta daquela em que se consente na causação dolosa de um dano a si própria, praticado por terceiro. Em outras palavras, quem se expõe a riscos

²⁴⁷ STRATENWERTH, Günter. Heteropuesta en peligro consentida em conductas imprudentes. **Indret**, n. 4, 2013, p. 05 et seq. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/957.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

²⁴⁸ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 107.

²⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (AgRg no REsp 1721889/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe 18/04/2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=consentimento+e+v%EDtima&&b=ACOR&th esaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 21 jun. 2018.

²⁵⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1991, p. 359-360.

²⁵¹ ROXIN, Claus. **La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida**: sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en Derecho Penal. **Indiret**, n 1, 2013, p. 08. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/958.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2017.

crê no bom êxito da empreitada e não concorda com a superveniência de um resultado lesivo²⁵². O que não se pode aceitar é que alguém, ao mesmo tempo, proteja o seu bem jurídico e deva ter consentido em uma ação que conduzirá à destruição desse bem.

Com efeito, o consentimento não pode ser um caso de colocação em perigo, mas um ato de manifestação de vontade a respeito de um bem jurídico disponível. A ação do autor, nessa seara, não resulta da impressão que causa no grupo, bastando para a sua licitude que o consentimento se dê em relação ao bem cuja disponibilidade é juridicamente viável, quando há adesão ao resultado.

Percebe-se que, na heterolocação em perigo, não há disposição do próprio bem jurídico. A ordem jurídica é que empresta esse significado quando constata que alguém põe seus bens em atividades que implicam em risco para os mesmos. O recuo do Direito Penal, conforme Andrade²⁵³, ocorre porque há menor censura ao comportamento do autor, quando o lesado aceita participar de uma empreitada perigosa e nela se põe voluntariamente. Na heterocolocação, o juízo normativo não recai sobre a manifestação da vontade em si, “mas antes sobre o estado de coisas objetivo criado pelo fato de o lesado ter jogado conscientemente seus bens em espaços qualificados de risco”²⁵⁴.

Tampouco se pode afirmar, ao querer comparar e pôr em pé de igualdade heterocolocação e consentimento, que este instituto tenha o poder de excluir o desvalor da conduta arriscada do terceiro e também a responsabilidade por eventual resultado de dano. Weigend, de acordo com Roxin²⁵⁵, bem explica que o consentimento se refere ao aviltamento do objeto do bem jurídico, porque ações só podem ser proibidas pela ordem jurídica. Assim, nem mesmo o consentimento, caso se reduzisse a heterocolocação a essa construção, excluiria o desvalor da ação.

O sistema judicial pátrio ainda é muito incipiente no tratamento das distinções entre a heterocolocação e o consentimento, ignorando a necessidade premente de se conferir tratamento diferenciado a ambos. Há inegáveis reflexos práticos da

²⁵² ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte general. Fundamentos. La estructura dela teoria del delito. Tradução: Diego-Manuel Luzon Peña. 2. ed. Madri: Civitas, 1997, p. 387.

²⁵³ ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1991, p. 294-295.

²⁵⁴ ANDRADE, op. cit., p. 109.

²⁵⁵ WEIGEND, Thomas. Über die Begründung der Strafflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen. **ZStW** (98) apud ROXIN, Claus. La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida: sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en Derecho Penal. **Indiret**, n 1, 2013, p. 08. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/958.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2017.

distinção, sobretudo porque a colocação consentida a um risco criado por terceiro prescinde das questões atinentes à disponibilidade ou não do bem jurídico (algo que é essencial quando se trata de consentir), isentando a responsabilidade penal do agente ou atenuando-a em qualquer tipo de delito.

Por outro lado, é importante deixar claro que, em ambos os institutos, aquiescência do portador concreto dos bens jurídicos aparece como motivo da valoração da ordem jurídica e como fundamento da mesma consequência, que é a relativização da responsabilidade penal do agente. No entanto, no consentimento, o “reco da ordem jurídico-penal faz-se em consonância com a vontade do lesado e a expensas de eventual frustração do programa sistêmico-social de tutela dos mesmos bens”²⁵⁶. O reco é desejado pelo lesado. Já na heterocolocação, há apenas o abandono do bem jurídico.

Há, por conseguinte, uma distinção entre o consentimento e a heterocolocação em perigo, já que, naquele, o reco da ordem penal configura uma solução de autonomia, na qual se valoriza a escolha do próprio ofendido pela perda da tutela jurídica, enquanto que, naquela última, trata-se de uma resposta heterônoma, cujo sentido é dado pelo ambiente social. A heterocolocação, nessa senda, resulta, em regra, em imputação de responsabilidade para aquele que criou o risco de lesão ao bem jurídico alheio.

Stratenwerth²⁵⁷ advoga a paridade das construções, inclusive quanto aos seus efeitos, no que diz respeito ao reco do Direito Penal. Entende o autor que não há razão para que alguém possa se autocolocar em perigo de morte conscientemente e não possa fazê-lo quando o perigo advém da conduta de terceiro, tendo consciência de sua limitada capacidade de controle da situação. Ou seja, o entendimento de que se trata de uma mesma e só figura conduziria à impunidade da conduta do autor da ação perigosa, ampliando-se indevidamente a figura do consentimento, a qual, aliás, não se estende a bens indisponíveis como a vida.

²⁵⁶ ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1991, p. 297.

²⁵⁷ STRATENWERTH, Gunter. Heteropuesta en peligro consentida em conductas imprudentes. **Indret**, n. 4, 2013, passim. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/957.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

Ante todo o exposto, entende-se, na esteira do pensamento de Andrade²⁵⁸, que as regras de consentimento não podem ser aplicadas aos casos de heterocolocação, embora as construções se comuniquem. Ademais, consagrar a diminuição do Direito Penal às custas da entrega da vítima a si mesma e à sua precipitação não devem ter acolhimento em Estados que se propõem a assegurar a liberdade e a dignidade de todos.

²⁵⁸ ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1991, passim.

CONCLUSÕES

Em decorrência de tudo o que foi analisado nos capítulos anteriores, exsurtem algumas conclusões em face da hipótese proposta nesta pesquisa crítico-analítica. Como se delineou no primeiro capítulo, historicamente, da alteração de perspectiva da neutralização da vítima ao protagonismo desta decorrem consequências para o Direito Penal, que passou a considerar o comportamento vitimológico na produção do resultado típico.

Explicou-se, com efeito, que a Vitimologia tanto se debruça sobre o funcionamento do sistema jurídico-penal e sobre o sistema social em seu conjunto, sem considerar que a intervenção do ofendido como sujeito ativo no delito lhe seja favorável, como revela claramente que a vítima nem sempre é um mero objeto passivo sobre o qual causalmente recai o delito, senão que, em certas ocasiões, resulta da interação com o autor.

Por intermédio desses efeitos, demonstrou-se que a perspectiva vitimológica interage com a dogmática penal, originando o que se convencionou nomear de Vitimodogmática (em alemão, *viktimodogmatik*), resultante das construções teóricas orientadas à intervenção da vítima no resultado delitivo. Trata-se de uma formulação dogmática concreta, ainda incipiente, para a problemática da interação do ofendido no crime e a sua repercussão na aferição da responsabilidade do agente.

Na sequência, decorre a constatação de que a Vitimodogmática tem como suporte empírico, por isso mesmo, a Vitimologia clássica, fincada na existência de vítimas relacionais. Desse contexto é que brota a necessidade de estudar as projeções desses grupos específicos de vítimas para a esfera penal, a fim de se harmonizar a questão do ofendido com medidas preventivas de política criminal, priorizando sobretudo o valor autonomia.

A partir do segundo capítulo, restou delineada a ênfase na autonomia do titular do bem jurídico e sua consideração como pessoa capaz de protegê-lo, a partir de uma perspectiva interdisciplinar, a envolver os ramos do Direito Civil, Constitucional e do próprio Direito Penal, cada qual a seu modo contribuindo para o destaque à autonomia.

No capítulo terceiro, consignou-se que várias construções surgiram na dogmática penal para excluir a pena ou diminuí-la quando a vítima contribui para a situação que se concretiza no dano ao bem jurídico de que é titular, configurando

hipóteses intermediárias entre os extremos da autolesão, como manifestação do domínio fático pelo portador do bem jurídico em sacrifício, e da heterolesão consentida. Os institutos que intermediam os polos consistem, como se discorreu, nos casos de autocolocação em perigo (*Selbsgefährdung*) e de heterocolocação em perigo consentida (*einverständliche Fremdgefährdung*) ou abandono do bem jurídico (conhecida, ainda, como lesão de interesses ou atuação a próprio risco).

Entre esses institutos penais, observou-se que o ponto comum é o valor da conduta do ofendido para a problematização e a possível redução da responsabilidade penal do autor delitivo, mas as dificuldades de traçar limites entre eles sobressaem do seu estudo sistemático, como abordado supra. Nesse particular, há uma relativização da tutela penal que depende da própria vontade do titular concreto do bem jurídico nas figuras da autolesão, da heterolesão consentida e da autocolocação em perigo, enquanto que, naquelas outras já referenciadas, avulta a aquiescência do lesado com resultados indesejáveis, não importando as representações subjetivas dele, mas uma valoração normativa objetivada feita pela ordem jurídica (heteronomia).

É exatamente nesse contexto que se pôs às claras a pedra angular deste trabalho: a necessidade de se distinguir entre o abandono do bem jurídico (aqui como sinônimo de heterocolocação em perigo consentida) e o consentimento, ambos como manifestações de vontade do portador do bem jurídico aptas a gerar um recuo da tutela penal.

Com efeito, o leitor foi introduzido à dualidade consentimento e acordo, dentro dos paradigmas monistas e dualistas, que permeiam o debate teórico a respeito da aquiescência do titular do bem jurídico em Direito Penal, a qual opera como pressuposto da atipicidade da conduta, havendo, por outro lado, hipóteses em que funciona como causa de justificação. É nesse panorama que os dualistas defendem a anuência do titular do bem jurídico como excludente da tipicidade do fato, no acordo, e, paralelamente, como justificante da conduta típica, no consentimento.

Já a teoria monista, como se dissertou alhures, fundamenta seus argumentos em pelos menos dois eixos fundamentais: a área de tutela e o conceito de lesão, correspondendo o primeiro à tese de que o consentimento põe o bem jurídico fora da área de tutela penal, com a conseqüente renúncia à proteção estatal, enquanto que o segundo admite a noção de que a competência para a disposição é um elemento constitutivo do próprio bem jurídico.

Criticou-se, com efeito, o posicionamento de parte da teoria monista, assentada na interpretação do sentido normativo e dogmático do tipo, privilegiando o âmbito de tutela e, sobretudo, uma concepção do bem jurídico em que se destaca a dimensão subjetiva, a partir das relações entre a pessoa e o sistema social ou entre o indivíduo e o Estado, a qual favorece o componente liberal. Ademais, opera o seu centro teórico em um sistema das causas de justificação no qual o consentimento aparecerá como estranho.

Seguindo esse trilhar, destacou-se que o postulado dualista tem o mérito de demonstrar que o acordo, o qual requer que o tipo penal descreva uma violação da vontade do titular do bem jurídico, deixará de existir com a mera manifestação volitiva, ao passo que o consentimento pressupõe uma lesão ao bem jurídico, além de ter que se ajustar às demais causas de justificação: capacidade para consentir, concordância do ofendido, manifestação expressa (não se admite no direito brasileiro a forma tácita) e disponibilidade do bem por parte do agente que deve ser seu único titular.

Como elemento central dessa dissertação, exsurge conclusivamente que há um conflito entre a aquiescência do indivíduo e a ordem jurídica, como nas demais excludentes, autorizando-se a conduta em razão da ausência de desvalor do fato nas circunstâncias em que ocorreu. Há, portanto, comumente, nas excludentes de ilicitude, uma frustração das expectativas da comunidade, ainda que o fato seja consentido, porque ocorre um conflito entre liberdade pessoal e ordenamento jurídico, prevalecendo, porém, a ideia de sacrifício do bem em razão da valoração positiva da causa que o motivou.

Dessa concepção é que se defende que o consentimento se estende ao resultado, o que não ocorre nos casos de heterocolocação em perigo, nos quais o portador do bem jurídico, em regra, consente com a ação, confiando que o resultado não se produzirá. Assim, aquele que adere imprudentemente a uma situação capaz de causar a própria morte não consente dolosamente com esta.

O consentimento é, na verdade, um ato de manifestação de vontade sobre o uso de um bem jurídico do qual é possível dispor. Com efeito, no consentimento, há adesão ao resultado (disposição do bem jurídico), afastando-se a tipicidade ou a ilicitude e revelando a autonomia do titular do bem jurídico, a qual não deve ser avaliada apenas por terceiros, mormente no caso de bens jurídicos indisponíveis.

Conclui-se que, na heterocolocação, adere-se ao perigo, ou seja, o desvalor

da conduta do autor permanece, ainda que a vítima saiba do risco. A distinção delineada revela-se imprescindível, pois atribuem-se distintas consequências aos institutos. O consentimento põe a claro o respeito pela personalidade autônoma, em razão da possibilidade de o titular do bem, ao aquiescer com a conduta do terceiro, inibir a pena, apesar da existência de norma proibitiva da ação realizada.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Roberto. Liberdade e dignidade da pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na Bioética? In: MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, Letícia Ludwig (Coord.). **Bioética e responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ALAGIA, Alejandro. **Nueva Doctrina Penal**. Buenos Aires: Ed. Del Puerto, 1999.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. Tradução: Luís Afonso Heck. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, 1999.

_____. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ALMEIDA, Felipe Lima de. **Causalidade e imputação no Direito Penal**: análise crítica da moderna teoria da imputação objetiva no ordenamento jurídico brasileiro. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013.

ANDRADE, Manuel da Costa. **A vítima e o problema criminal**. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1980.

_____. **Consentimento e acordo em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1991.

_____. Consentimento em direito penal médico: o consentimento presumido. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, n. 14, 2004.

ASÚA, Luis Jiménez de. **Tratado de Derecho Penal**. 5. ed. Buenos Aires: Losada, 1992.

BAKEWELL, Sarah. **No café existencialista**. São Paulo: Objetiva, 2017.

BATTAGLINI, Giulio. **Direito Penal**. Tradução: Paulo José da Costa Júnior, Armida Bergamini Miotto e Ada Pellegrini Grinover. T. I. São Paulo: Saraiva, 1973.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. 2. ed. Tradução: José Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Vítima**: vitimologia, a dupla penal delinquente-vítima, participação da vítima no crime, contribuição da jurisprudência brasileira para a nova doutrina. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1971.

BOBBIO, Norberto. Individualismo e organicismo. In: _____. **Liberalismo e democracia**. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 2006.

BORDIEU, Pierre. **A distinção**: crítica social do julgamento. São Paulo: Edusp, 2006.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no **REsp 1713666/AL**, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2018, DJe 12/04/2018. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=compensa%E7%E3o+de+culpas&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 21 jun. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no **REsp 1721889/MS**, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe 18/04/2018. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=consentimento+e+v%E7%EDtim a&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 21 jun. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 193.759/RJ**, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 18 ago. 2015. Diário de Justiça Eletrônico, 01 set. 2015. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=compensa%E7%E3o+de+culpas&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 21 jun. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 445.096/SP**, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 15 maio 2018, Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 24 maio 2018. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=compensa%E7%E3o+de+culpas&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 21 jun. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 46.525/MT**, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2006, DJ 10/04/2006, p. 245. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=compensa%E7%E3o+de+culpas&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 21 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 124.306/ RJ**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Primeira Turma. Brasília, 29 de novembro de 2016. Voto-vista. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=330769>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal (parte geral)**. V. I, t. II, Rio de Janeiro: Forense, 1959.

BÜRCEL, Letícia. Breves considerações acerca da teoria da imputação objetiva de Claus Roxin. **Empório do Direito**, São Paulo, 19 jul. 2016. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/teoria-da-imputacao-objetiva-de-claus-roxin/>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

CALHAU, Lélío Braga. **Vítima e direito penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal**: orientado para a vítima do crime. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Criminal**. São Paulo: Saraiva, 1956, 1 v.

CASTRO, Francisco José Viveiros de. **Jurisprudência criminal**: casos julgados, jurisprudência estrangeira, doutrina jurídica. São Paulo: H. Garnier, 1901.

CEREZO MIR, José. **La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica**. Espanha: Instituto Editorial Reus, Centro de Enseñanza y Publicaciones, 1961.

_____. **Curso de derecho penal español**. Madrid: Tecnos, 1997.

COHEN, Jean L. Repensando a privacidade: autonomia, identidade e a controvérsia sobre o aborto. **Revista Brasileira de Ciência Política**, n. 7, p. 165-203, 2012.

COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia C-239**. 1997. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-239-97.htm>>. Acesso em: 10 out. 2017.

CORDEIRO, Euler Xavier. Vitimodogmática: uma análise dogmática do comportamento da vítima. In: FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves; GALVÃO JUNIOR, Roberto Faleiros. (Org.). **Estudos contemporâneos de vitimologia**. São Paulo: Cultura Acadêmica, UNESP, 2011.

CORRERA, Michele; RIPONTI, Danilo. **La víctima nel sistema della giustizia penale**. Um pproccio criminológico. Milano: Padova, 1990.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica**. 2012. Disponível: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=235>. Acesso em: 20 nov. 2017.

COSSIO, Carlos. **El derecho en el derecho judicial**. Las lagunas del derecho. La valoración judicial. Buenos Aires: Libreria "El Foro", 2002.

COSTA, Judith-Martins. **A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

DE LUCA, Heloiza Meroto. O consentimento do ofendido à luz da teoria da imputação objetiva. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 100, jan/dez, 2005. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67689/70297>>. Acesso em: 21 set. 2017.

DEODATO, Felipe Augusto Fortes de Negreiro; FONSECA, Ana Clara Montenegro. O papel da vítima e o estudo da vitimologia em um direito penal axiologicamente orientado por princípios de política criminal. In: ÁVILA, Gustavo Noronha de; ROSSI, Maria Paula Cassone (Coord.). **Criminologias e política criminal I** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA. Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 177. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/30lIna6m>>. Acesso em: 17 nov. 2017.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

_____. Resultados y problemas en la construcción de un sistema de Derecho penal funcional y “racionalmente final”. In: SCHÜNEMANN, Bernd; DIAS, Jorge Figueiredo. **Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1995.

_____. **Sobre a construção dogmática do fato punível**. Questões fundamentais do Direito penal revisitadas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DOHNA, Alexander Graf Zu. **La ilicitude como característica general em el contenido de las acciones punibles**: contribucion a la doctrina jurídico-penal general. Tradução: Fastino Ballve. Mexico: Ed. Jurídica Mexicana, 1959.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2011.

DWORKIN, Gerald. Paternalism. In: SARTORIUS, Rolf (ed.). **Paternalism**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1983.

DWORKIN, Ronald. **Justice for hedhogs**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

ESCAMILLA, Margarida Martínez. **La imputación objetiva del resultado**. Madrid: Edersa, 1992.

ESTADOS UNIDOS. Us Supreme Court. **Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al. v. Casey Summary, Governor of Pennsylvania, et al.** Certiorari to the United States Court of Appeals for the Third Circuit. 505 U.S. 822 (1992). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/833/case.html>>. Acesso em: 10 out. 2017.

FATTAH, Ezzat. Victimologie: tendances récentes. **Criminologie**, 13(1), 6–36, 1980. Disponível em: <<https://www.erudit.org/fr/revues/crimino/1980.../017114ar.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2018.

FEINBERG, Joel. **Harm to others**: the moral limits of criminal law. New York: Oxford University Press, 1985.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Walter. **Criminologia integrada**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Técio Sampaio. **Introdução do Estudo do Direito**. 7. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

FERRI, Luigi. **La autonomía privada**. Tradução e notas do direito espanhol de Luis Sancho Mendizábal. Granada: Editorial Comares S.L., 2001.

FONSECA, Ana Clara Montenegro. **Conduta da vítima de crime na dogmática penal**: análise crítica sobre a posição da vítima na aferição da responsabilidade penal do autor à luz da vitimodogmática e da imputação à vítima. 2009. 162 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito de Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 2009.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Editora Vozes, 2004.

FRISCH, Wolfgang. **La imputación objetiva**: estado de la cuestión. Sobre el estado de la teoría del delito. Seminario en la Universitat Pompeu Fabra. Tradução: Ricardo Robles Planas. Madrid: Civitas, 2000.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. 4. ed. São Paulo: Max Limonada, vol. I, T.1, 1972.

GARCIA, Claudia Amorim; COUTINHO, Luciana Gageiro. Os novos rumos do individualismo e o desamparo do sujeito contemporâneo. **Psychê**, São Paulo, v. 8, n. 13, 2004.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. **Criminologia**: introdução a seus fundamentos teóricos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GONZÁLES, Rodrigo Ramírez. **La Victimología**. Estudio de la víctima del delito. Su función em la prevención y control de la criminalidad. Bogotá: Editorial Temis Librería, 1983.

GUARNIERI, Giuseppe. **Diritto Penale e Influenze Civilistiche**. Milão: Fratelli Bocca, 1947.

GUIRAO, Rafael Alcácer. El juicio de adecuación de la conducta: consideraciones sobre la teoria de la imputación objetiva y sobre la tentativa. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, n. 2, 1996. Disponível em: <https://boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-P-1996-20047300509>. Acesso em: 10 jan. 2018.

GULOTTA, Guglielmo. La vittima. Collana di Psicologia giuridica e criminale. Milano: Giuffrè, 1976, p. 30 et seq. In: NEUMANN, Elías. **Victimología**. El rol de la víctima em los delitos convencionales y no convencionales. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 1 v.

_____. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

HASSEMER, Winfried. Consideraciones sobre la víctima del delito. Traducción: Rocio Cantarero Bandrés. In: **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**. Tomo XLIII. Fascículo I. Enero-abril, 1990, p. 245. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46360.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

HENTIG, Hans Von. **The criminal and his victim**: Studies in the sociobiology of crime. New York: Schocken Books, 1979.

HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la teoria de la imputación objetiva del resultado. In: HIRSCH, Hans Joachim. **Derecho Penal**. Obras completas. Tradução: Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2000, t. 1.

_____. El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel. In: HIRSCH, Hans Joachim. **Derecho Penal**. Obras completas. Tradução: Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2000, t. 1.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza Silva. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, n. 91, V. I, t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

IVER, Luis Cousiño Mac. **Derecho penal chileno**: parte general. T. 1. Chile: Editora Juridica de Chile, 1975.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal**: Parte general. Tradução: Joaquin Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

_____; STRUENSEE, Eberhard. **Problemas capitales del derecho penal moderno**. Buenos Aires: Hammurabi, 1998.

JESCHECK, Hans-heinrich. **Tratado de derecho penal**. Parte general. Traducción y adiciones de derecho espanol por S. Mir Puig y F. Munoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981.

JORGE, Alline Pedra. **Em busca da satisfação dos interesses da vítima penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

JUNGES, José Roque. **Bioética**: perspectivas e desafios. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução: Pedro Quintela. Lisboa: edições 70, 2011.

KAUFMANN, Armin. "Atribución objetiva" en el delito doloso? Tradução: Joaquín Cuello Contreras. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, t. XXXVIII, fasc. III, 1985.

LARRAURI, Elena Pijoan. Notas preliminares para uma discussão sobre la imputación objetiva. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, fasc. III, 1988.

_____. Victimologia: qui són lês victimes? Quins son els seus drets? Quines sin lês seves necessitats? In: RAMIREZ, Bustos; LARRAURI, Elena Pijoan. **Victimologia**: presente y futuro (hacia un sistema penal de alternativas), Barcelona: PPU, 1993.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA JÚNIOR, José César Naves de. **Manual de criminologia**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

LÓPEZ, Ángel Torío. Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, 1986.

MACHADO NETO, Antônio Luiz. **Fundamentación egologica de la teoría general del derecho**. Tradução: Juan Carlos Manzanares. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1974.

MARTÍN, María Ángeles Rueda. **La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción** (una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto). Barcelona: Bosch, 2001.

MEIRELES, Adriana Veloso. Autonomia e Privacidade no Ambiente Digital. **Revista Eletrônica de Ciência Política**, vol. 7, n. 2, 2016. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/politica/article/view/48241/30049>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

MELIÁ, Manuel Cancio. **Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal**: estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. Tesis (Doctoral). Universidad Autónoma de Madrid. Departamento de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1997. Disponível em: <<https://repositorio.uam.es/xmlui/handle/10486/4402>>. Acesso em: 12 de jun. 2018.

MENDELSONHN, Benjamin. The origin of the doctrine of victimology. Dans: I. Drapkin et E. Viano (dir.). **Victimology**. Lexington MA, Lexington Books, 1963.

MEZGER, Edmund. **Tratado de Derecho Penal**. Tradução espanhola José Arturo Rodríguez Muñoz. Madri: Ed. Revista de Derecho Privado, 1946, T. I.

MILL, Stuart. On liberty. In: HUTCHINS, Robert May. et al. **Britannica Great books of the western world**: American State Papers, the Federalist, on Liberty - Representative Government - Utilitarianism. v. 43. Chicago: William Benton Encyclopaedia Britannica, INC., 1971.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIR PUIG, Santiago. **Significado y alcance de la imputación objetiva em Derecho Penal**. Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y em la Criminología. Madrid: Uned, Facultad de Derecho, 2001.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. **Ebah**. Disponível em: <<http://www.ebah.com.br/content/ABAAABsacAF/pricipio-solidariedade-maria-celina-bodin-moraes>>. Acesso em: 01 out. 2017.

MOREIRA FILHO, Guaracy. **Vitimologia**. O papel da vítima na gênese do delito. 2. ed. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Tradução: Cintia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

MURICY, Marília. **Senso comum e direito**. São Paulo: Atlas, 2015.

NEUMANN, Elías. **Victimología**. El rol de la víctima em los delitos convencionales y no convencionales. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989.

NOGUEIRA, Sandro D'Amato. **Vitimologia**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 39. ed. v. 1. São Paulo: Riedel, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____. Renúncia a direitos fundamentais. In: _____. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. **Vítimas e criminosos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. **Delitos cualificados por el resultado y causalidade**. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2007.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PIEIDADE JUNIOR, Heitor. **Vitimologia**: evolução no tempo e espaço. Rio de Janeiro: Frei Bastos, 1993.

PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido na teoria do delito**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PORTUGAL, Daniela Carvalho. O direito penal dos mil perdões: sobre os limites da exclusão da tipicidade penal pela via da ampliação do âmbito de responsabilidade da vítima. 2014. 143 f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Curso de direito penal brasileiro**. Parte geral. Art. 1º a 120. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____; CARVALHO, Érika Mendes de. **Teorias da imputação objetiva do resultado**: uma aproximação crítica a seus fundamentos. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PRIETO, Angel Fernando Pantaleón. **Causalidad e imputación objetiva**: criterios de imputación. Centenario del Código Civil (1889-1989). v. 2. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces: Madrid, 1990.

PRITTWITZ, Cornelius. La resurrección de la víctima en la teoría penal. In: SCHÜNEMANN, Bernd; ALBRECHT, Peter-Alexis; PRITTWITZ, Cornelius. (Org.). **La víctima en el sistema penal**. Dogmática, proceso e política criminal. Traducción: Prof. Dr. Luís Miguel Reyna Alfaro. Lima: Editorial Grijley, 2006.

PUPPE, Ingeborg. **La imputacion objetiva**: presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales. Espanha: Editorial Comares S.L., 2016.

RAWLS, John. **História da filosofia moral**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RAZ, Joseph. **A moralidade da liberdade**. São Paulo: Campus Jurídico, 2011.

ROXIN, Claus. A Teoria da Imputação Objetiva. Tradução: Luís Greco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 38, São Paulo, abril- junho, 2002.

_____. **Derecho Penal**. Parte general. Fundamentos. La estructura dela teoria del delito. Tradução: Diego-Manuel Luzon Peña. 2. ed. Madri: Civitas, 1997.

_____. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução: Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el processo penal**. Espanha: Tirant lo Branch, 2000.

_____. **La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida**: sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en Derecho Penal. **Indiret**, n 1, 2013, p. 08. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/958.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2017.

_____. **La teoria del delito em la discusion actual**. Tradução: Manuel A. Abanto Vásquez. Editora Juridica Grijley, 2006.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade (s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**. Conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SARTRE, Jean-Paul. **Being and Nothingness**. Tradução: Hazel Barnes. New York: Washington Square Press, 1992.

SCHRAMM, Fermin Roland. A autonomia difícil. **Bioética**, Brasília, v. 6, n. 1, p. 27-37, 1998.

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.

_____. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciência jurídico-penal alemana. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, t. XLIX, fasc. I, 1996.

_____. Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal. In: SCHÜNEMANN, Bernd; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Coord.). **El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales: estudios en honor de Claus Roxin en 50º aniversario**. Madrid: Tecnos, 1991. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2136846>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

_____. **La función de la delimitación de injusto y culpabilidad**. Fundamentos de um sistema europeo del Derecho Penal. Libro-homenaje a Claus Roxin. Barcelona: Bosch, 1995.

_____. Sistema del derecho penal y victimodogmática. In: RIPOLLÉS, José Luis Díez (ed.) **La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir**. Espanha: Tecnos, 2002.

_____. Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión em Alemania. **Revista del Poder Judicial**, n. 51, 1998.

_____. Teoria de la imputación objetiva. Traducción: Mariana Sacher de Köser. **Revista de política criminal e ciências penais**. n. I, especial. Mexico, 1999.

SEN, Amartya. **The idea of justice**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2009.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximacion al derecho penal contemporâneo**. 2. ed. Buenos Aires: BdeF, 2010.

_____. La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría del delito: observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la "víctimo-dogmática". **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo v. 34, p. 163-194, 2001.

_____. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales. Madrid: Civitas, 1999.

_____. La víctima en el futuro de la dogmática. In: BERISTAIN, Antonio; DE LA CUESTA, José Luis (ed.). **Victimología**. San Sebastián: Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, 1990.

_____. La víctima-dogmática en el derecho extranjero. In: BERISTAIN, Antonio; DE LA CUESTA, José Luis (ed.). **Victimología**. San Sebastián: Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, 1990. Disponible en: <http://www.ehu.es/documents/1736829/2030810/11+-+Victimodogmatica.pdf>. Acceso en: 3 abr. 2017.

_____. **Perspectivas sobre la política criminal moderna**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998.

_____. Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites. In: ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el proceso penal**. España: Tirant lo Branch, 2000.

SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de Direito Penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1932.

SOLER, Sebastián. **Derecho Penal Argentino**. Actualizador GUILLERMO, J. Fierro. 10. ed. Buenos Aires: TEA, 1992.

SOLOVE, Daniel J. **Understanding privacy**. Massachusetts: Harvard University, 2008.

STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal (parte general)**. El hecho punible. Traducción: Gladys Romero. Madrid: Edersa, 1982.

_____. El problema de la 'naturaleza de las cosas' en la teoría jurídica. Traducción: José Cerezo Mir. **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid**, vol. VIII, n. 19, 1964.

_____. Heteropuesta en peligro consentida em conductas imprudentes. **Indret**, n. 4, 2013, p. 05 et seq. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/957.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

TAMARIT SUMALLA, Josep M. **La víctima em el derecho penal**. De la víctimodogmática a uma dogmática de la víctima. Pamplona: Aranzadi Editorial, 1988.

TAVARES, Juarez Estevam Xavier. O consentimento do ofendido no direito penal. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, v. 12, n. 0, 1969. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/7163/5114>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

_____. **Teoria do Injusto Penal**. 3. ed. ver. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Ilicitude penal e causas de sua exclusão**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

UNIÃO EUROPEIA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Christine Goodwin v. The United Kingdom (U. K.)**. 2002. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/journals/international-legal-materials/article/european-court-of-human-rights-echr-case-of-christine-goodwin-v-the-united-kingdom-uk/5A4406B29D836D3893700ED67C4C7DE1>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

VIANA, Eduardo. **Criminologia**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán (parte general)**. Tradução espanhola de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Péres. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1976.

_____. **Introducción a la filosofía del derecho**: derecho natural y justicia material. 2. ed. Traducción: Felipe Gonzalez Vicen. Madrid, Aguilar, 1977.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El funcionalismo sistémico y sus perspectivas jurídico-penales. In: UNIVERSIDAD de Santiago de Compostela. Seminario de Derecho Penal., Agustín Fernández Albor e Universidad de Santiago de Compostela. Instituto de Criminología. *Estudios Penales En Memoria Del Profesor Agustín Fernández-Albor*. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, Servicio de Publicacións e Intercambio Científico, 1989.

_____. **Teoría del Delito**. Buenos Aires, Ediar, 1973.