

O consentimento do ofendido e a autocolocação da vítima em risco: distinções e aplicação

The offended consent and the victim's self-placement under risk: distinctions and application

THALITA DA SILVA COELHO

Bacharel em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestranda em Direito Público pelo programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito. e-mail: thalitacoelho@globo.com.
Artigo escrito sob orientação do Prof. Dr. Leonardo Isaac Yarochevsky.

Resumo: No presente artigo buscou-se estabelecer a distinção entre o consentimento do ofendido e da autocolocação da vítima em risco, bem como delimitar os requisitos de aplicação dos citados institutos, mediante pesquisa doutrinária. Por meio dos estudos realizados, concluiu-se que não se pode conceber que o ofendido exerça sempre um papel estático diante do crime, pois muitas vezes seu comportamento contribui de modo determinante para a prática delituosa. A doutrina penal informou que o consentimento do ofendido pode atuar como causa de exclusão da tipicidade ou causa suprallegal de exclusão da ilicitude. Mostrou, ainda, que o assentimento afastará a tipicidade quando este constituir elemento essencial do tipo ou quando a norma incriminadora pressuponha o dissenso da vítima. Lado outro, indicou que o consentimento funcionará como causa de justificação quando o interesse envolvido e preponderantemente privado, podendo a vítima sobrepor a sua vontade em atingir o bem jurídico ao desvalor da ação e do resultado. Verificou-se que a ação a próprio risco ocorre quando a própria vítima quem, por livre e espontânea vontade, se coloca em situação de risco e por isso, os sujeitos ativos do delito não têm contra si a imputação dos ilícitos. Por derradeiro, constatou-se que, a despeito das críticas, a perspectiva para os institutos estudados são positivas, merecendo adesão e regulamentação pelo ordenamento jurídico pátrio, adequando-o à atual conjuntura.

Palavras-chave: Consentimento do ofendido; imputação objetiva; autocolocação em risco; ilicitude; tipicidade.

Abstract: This paper aimed to distinguish the consent of the offended from the victims' self-placement under risk and to define the requirements for implementing these institutes through doctrinaire research. Throughout the studies we have concluded that it is not conceivable that the offended always plays a static role in the crime, because many times his behavior contributes in a crucial manner to the criminal act. Criminal scholars reported that the consent of the offended can act as an exclusion cause of the illegality, or as a supra-legal exclusionary clause for the *tatbestand*. It has also shown that the consent takes away the typical character when it constitutes an essential element of the *tatbestand*, or when the offending act demands the dissent of the victim. On the other hand, it indicates that the consent will work as a

justification clause when the interests involved are prevalingly particular, having the victim the capacity to overlay his will of offending the protected right. It concludes that the action on its own risk takes place when the victim jeopardizes himself, and therefore the active agent cannot be held responsible for the fact. In the end, it was found that despite the criticism, the outlook for the institutes are positive, deserving proper appropriation and regulation by our legal system, adapting it to the current conjuncture.

Keywords: consent of the offended; charging objective; self-placement under risk; illegality. *Tatbestand*.

1. Introdução

O Direito Penal tem como finalidade última a proteção dos bens jurídicos essenciais aos indivíduos e à coletividade e, para tanto, realiza a previsão de condutas delituosas e a sanção correspondente. No entanto, tornou-se uma constante o enfrentamento de uma série de dilemas relativos aos critérios empregados na tipificação das condutas que serão admitidas como penalmente relevantes. Isso ocorre em virtude das novas ideias e concepções apresentadas pelos aplicadores e estudiosos do direito.

Cumprе salientar que a teoria jurídica do delito, aceita como um sistema conceitual, é composta pela tipicidade, ilicitude (ou antijuridicidade) e culpabilidade, tendo por escopo, estabelecer critérios genéricos indicadores da punibilidade de um injusto penal.

Os mencionados componentes, fundamentais para a aplicação da lei ao caso concreto, estruturam-se a partir de teorias submetidas à evolução e aprimoramento, que atuam sob um aspecto do delito.

Observa-se que a simples subsunção de uma ação ou omissão ao tipo penal não se mostra como atividade adequada, eficaz e segura para exercer a pretensão punitiva estatal; mesmo porque, a complexidade das relações humanas atuais não nos permitiria fazer uma simples análise de causa – e causador – e efeito. Destarte, além do exame dos elementos normativos, objetivos e subjetivos do tipo, relevante destrinchar outros caracteres, como as causas de justificação, ou exclusão de culpabilidade, por exemplo.

Das considerações acima advém a relevância do tema pesquisado, uma vez que o papel da vítima em face do crime tem assumido novos contextos, trazendo à tona a contribuição desta para a ocorrência do crime, bem como sua interação com o agente, ensejando o abandono da concepção inocente *versus* culpado.

Neste diapasão, a moderna vitimodogmática surge como um postulado em busca de uma punição mais justa do autor, quando a própria vítima não agiu com o cuidado necessário para proteger o bem jurídico exclusivamente pessoal, ponderando o seu comportamento na prática delituosa e na fixação da pena do agente, ora isentando-o da reprimenda, ora atenuando a mesma.

A partir desse entendimento, incontestemente a importância dos institutos do consentimento do ofendido e da autocolocação da vítima em risco, cada vez mais utilizados como fundamento de decisões judiciais.

O consentimento do ofendido, muito embora desprovido de previsão legal, age como causa de justificação suprallegal ou de exclusão da tipicidade dependendo do caso, conforme veremos adiante. A aplicação de tal instituto é uma amostra de que os Tribunais Pátrios já estão atentos à influência da vítima no cometimento do ilícito.

Em suma, o consentimento do ofendido consiste na aquiescência do titular do bem jurídico que dele pode dispor e, a despeito de não estar explícito no Código Penal Brasileiro, é instituto de extrema relevância para a ciência penal, considerando o condão de transformar condutas juridicamente relevantes em atos comuns.

Na seara das teorias criadas para determinar as condutas tidas como típicas, aparece a Teoria da Imputação Objetiva, que acrescentou critérios objetivos empregados para se imputar um resultado a alguém. Grosso modo, a teoria defende que somente é admissível a imputação objetiva do fato se o resultado tiver sido causado pelo risco não permitido criado pelo autor, estruturando-se basicamente sobre o conceito de risco permitido. Logo, sendo o risco permitido, não há que se falar em tipicidade.

Dentre os critérios de imputação objetiva está a autocolocação em risco, situação em que é a própria vítima quem se coloca, por livre e espontânea vontade, em situação de risco e por isso, os sujeitos ativos do delito não têm contra si a imputação dos ilícitos (ou, quando muito, têm sua responsabilidade diminuída).

Fato é que os dois institutos, aparentemente semelhantes, têm distinções fundamentais, tanto na conceituação, quanto na aplicação, as quais serão objeto do presente trabalho, focando sempre no papel de vítima em face do crime.

Feitas as breves considerações acima, urge destacar que o presente trabalho objetiva, a partir de análise e confronto da doutrina existente, estabelecer as distinções entre os dois institutos, assim como delinear as situações em que cada um deve ser aplicado.

2. Consentimento do ofendido

2.1. Desenvolvimento da teoria do consentimento

Segundo Juarez Tavares (1969), a primeira aparição do consentimento, termo que vem do latim (*consentire*), encontra-se na antiga expressão *volenti non fit injuria*, compreendida como a possibilidade do consentimento da vítima excluir a injúria, sendo esta admitida como a lesão intencional em seu corpo, sua honra e sua situação jurídica; entretanto, o velho aforismo atuava de forma muito limitada.

Inicialmente, o instituto incidia apenas sobre os delitos de natureza privada, eis que sendo o direito penal calcado em normas públicas, entendia-se inadmissível que a vontade de um particular prevalecesse sobre os anseios do Estado. Somente no início do século passado, o mesmo ganhou maior relevância jurídica, com a ascensão de uma nova realidade social, permeada por relações humanas cada vez mais complexas. Logo, era necessária e, ainda é, a regulamentação do consentimento por um princípio geral.

Conforme assinala Pierangeli (2001), o penalista germânico Feuerbach inaugurou a discussão, partindo da ideia de que o consentimento se trata de uma permissão,

que terá validade conforme a natureza do direito atingida pela ação e da capacidade de disposição do bem jurídico. A mencionada teoria foi alvo de críticas, pois o consentimento não teria o condão de excluir a antijuridicidade, considerando que a conduta consentida não poderia violar o direito positivo, tampouco o direito subjetivo do ofendido.

A Teoria do Negócio Jurídico criada por Zitelmann e aprimorada por Frank defende que o consentimento deve ser vislumbrado sob o aspecto negocial e visa fundamentar a sua eficácia como causa de exclusão da ilicitude. Considerando a natureza do consentimento do ofendido, qual seja, de negócio jurídico, e que os princípios norteadores do negócio oferecem espaço para que os indivíduos estabeleçam seus próprios fundamentos jurídicos, razoável e justificada a possibilidade de disponibilidade de um bem jurídico penalmente tutelado. Pierangeli (2001) explica que as ações consentidas, que observassem os dispositivos civis, teriam a antijuridicidade excluída.

Frank, que inicialmente acompanhava o entendimento de Zitelmann, acrescentou que os pressupostos do direito civil somente seriam aplicados ao âmbito penal, caso o objeto do delito envolvesse interesses igualmente civilísticos. Logo, quando o objeto atingisse interesses atinentes à coletividade, seria imperioso que se buscassem outros critérios, advindos do direito público.

Conforme assinala Pierangeli (2001), a Teoria do Negócio Jurídico angariou severas críticas, inclusive por Frank, pois, muito embora tenha sua base sustentada pelo próprio direito positivo, o consentimento não tem natureza negocial. A vontade negocial é dirigida à concretização de um interesse que, ao contrário do consentimento, não vai de encontro ao ordenamento jurídico.

Congratulada principalmente por Bierling, a Teoria da Ação Jurídica, mais recente que as duas anteriores, desenvolve-se a partir da relação entre o bem jurídico e seu titular, de tal modo que, se este atribui relevância ao bem e age como tal, consequentemente, a sua aquiescência tornará a conduta lícita. Em síntese, se o titular permite a perda, renúncia ou perigo de lesão, o que não significa que tenha renunciado à tutela jurídica, o bem deixa de ser juridicamente tutelado.

Mezger caminha próximo à Teoria da Ação Jurídica; no entanto, defende que se o titular consente na perda, renúncia ou perigo de lesão, é porque retirou do bem a importância que lhe era dada, e, por conseguinte, a sua posição de juridicamente tutelado. Igualmente, o germânico Welzel adota a Teoria da Ação Jurídica, todavia, sob o aspecto do direito consuetudinário e, portanto, assevera que o consentimento deve ser, além de sério, consoante aos bons costumes.

Conforme acima exposto, observa-se que desde à época de sua concepção até a atualidade, os estudiosos não chegaram a um consenso acerca do instituto do consentimento do ofendido, permanecendo como questão controvertida.

O ordenamento jurídico pátrio não contém previsão expressa a respeito do consentimento, em que pese ter sido a matéria alvo de discussão pela Comissão Revisora do Código de 1940, que, contudo, optou por excluir a disposição constante do projeto Alcântara Machado, entendendo ser evidentemente supérfluo.

Apesar dessa ausência de menção legal ser percebida em diversas legislações, o Código Italiano de 1930¹ tratou amplamente do tema, em seu artigo 50, o qual dispõe que “[...] não é punível quem ofende ou põe em perigo um direito, com o consentimento da pessoa que dele pode validamente dispor”.

2.2. Disponibilidade do bem jurídico penalmente tutelado

Imprescindível ao desenvolvimento do presente trabalho realizar algumas considerações acerca do conceito de bem jurídico penal, bem como da sua disponibilidade.

Prado (2005, p. 274), fornece o seguinte conceito de bem jurídico penal:

[...] O bem jurídico vem a ser um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial à coexistência e o desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido.

Pierangeli (2001) entende por bem jurídico penal aquele cuja lesão ou ameaça é cominada uma sanção. A relevância do bem está conexas a uma situação social, concreta ou abstrata, relacionada às pessoas, coisas, condição pessoal, dentre outras. O próprio agrupamento realizado pela sistemática legislativa na Parte Especial do Código delimita as condutas que atingirão o bem jurídico penalmente tutelado.

Não há que se confundir o bem jurídico e o objeto da conduta, muito embora os dois elementos, às vezes, convergir-se-ão para o mesmo ponto. Conforme Prado (2005, p. 274) o objeto da ação nada mais é que o “[...] objeto real atingido diretamente pelo atuar do agente e pode ser corpóreo ou incorpóreo”.

Admitido o consentimento como a renúncia ao bem jurídico, inolvidável a necessidade de delinear as características que farão com que o mesmo seja, ou não, disponível. Nesse ponto, os estudiosos se deparam com um novo problema, que até o presente momento não obteve solução satisfatória.

Dois são os critérios empregados na definição acerca da disponibilidade dos bens jurídicos.

O primeiro, conforme Pierangeli (2001), prevalente na doutrina, trata-se da teoria concebida na Alemanha, denominada balanceamento de interesses ou equivalência dos interesses, na qual o interesse privado lesado que não contenha relevância estatal poderá ser passível de disposição. Todavia, o citado critério é duramente criticado, pois pressupõe que haja um conflito de interesses entre vários titulares, a despeito do bem jurídico ser uno. Ademais, há evidência que, havendo pluralidade na titularidade do bem jurídico, somente mediante o consentimento de todos eles poder-se-á cogitar a disponibilidade.

¹ O mencionado artigo do Código Italiano de 1930 foi retirado da Obra de Aníbal Bruno, constante na referência, a qual faz menção expressa ao dispositivo legal em questão.

O segundo critério, determinado por uma corrente doutrinária ítalo-alemã, opera a distinção entre bens disponíveis e indisponíveis a partir da sua utilidade social. Assim, indica Pierangeli (2001, p. 119) que havendo uma “[...] imediata utilidade social e o Estado reconhece ao particular a exclusividade do uso e gozo, este é disponível, e contrariamente, quando a utilidade social se manifesta de imediato, o bem é indisponível”.

Tentou-se, ainda, delinear um critério embasado no direito processual, servindo-se das ações penais para estabelecer a seguinte lógica: sendo a ação penal incondicionada, o bem fatalmente será indisponível; o raciocínio contrário era utilizado no que tange às ações penais privadas.

Porém, patente a falha do referido critério, eis que a imposição da norma no sentido de que a ação se dê mediante querela não aponta certamente a indisponibilidade do bem, mas a preocupação do Estado em resguardar o ofendido de eventuais prejuízos causados pela publicidade do processo.

Destarte, diante das dificuldades em se criar um critério seguro e objetivo a respeito da disponibilidade do bem jurídico penal, recomenda Pierangeli (2001) que, para se estabelecer os limites do consentimento do ofendido, é preciso que se faça a conjugação de três aspectos, sendo eles: a análise de todos os princípios norteadores do Direito; a apreciação de todas as fontes (mediatas e imediatas); e o juízo adotado pelo legislador para a fixação da natureza da ação penal.

Ensina Tavares (1969) que em um primeiro momento, imperativo determinar se o bem é coletivo ou individual. Se coletivo, intolerável a sua disponibilidade, uma vez ligado a valores indispensáveis à manutenção da ordem pública e social. Caso contrário, ou seja, se for o bem individual, deve-se verificar se o titular do bem pode dele livremente dispor, o que será estabelecido pela consciência jurídica da época, bem como por todo conjuntos das disposições legais.

Por todo o exposto, razoável admitir que o bem jurídico penal disponível será aquele obrigatoriamente individual, cujo titular possa livremente renunciar à tutela estatal.

2.3. Conceito e função

Já fora mencionado que o direito pátrio não elencou o consentimento do ofendido nas causas de justificação constantes no artigo 23 do Código Penal vigente. Talvez, a omissão se justifique pelo alcance do instituto em testilha, que ora atuará como causa de atipicidade, ora como causa de justificação.

A expressão aquiescência, no sentido de concordância, foi eleita pela doutrina moderna para se referir tanto ao acordo, quanto ao consentimento. O primeiro terá o condão de excluir a tipicidade, enquanto o segundo será eficaz como excludente de ilicitude.

Acerca do consentimento (acordo), assinala Bruno (1959, p. 19) que é preciso “[...] separar dos casos de justificação dois grupos de fatos”.

Bruno (1959, p. 19) ensina que alguns tipos penais apresentam em sua estrutura, como elemento negativo, expresso ou tácito, o não consentimento do titular do bem jurídico, de modo que, se este consentir excluída estará a tipicidade. Isso ocorre, por

exemplo, no delito de furto, em que se encontra implícito que a subtração da coisa alheia móvel deve ser praticada em contrariedade à vontade da vítima, pois, se assim não for, a conduta não englobará os elementos do tipo, tratando-se de mera retirada assentida, incapaz de lesar ou expor o bem jurídico a perigo. Igual exemplo, o crime de invasão de domicílio e de violação de correspondência.

Por outro lado, o consentimento do titular do bem pode integrar o tipo penal, e, portanto, aquele que consente concorrerá para a prática delituosa. É o caso do crime de aborto com o consentimento da gestante, no qual o “[...] dissenso, então, passa a se constituir um elemento essencial do tipo” (PIERANGELI, 2001, p. 98).

Em suma, no consentimento do ofendido (acordo) como causa de atipicidade, o dissenso do titular do bem jurídico funciona como elemento do tipo.

O consentimento do ofendido operar-se-á como causa supralegal de justificação quando o titular do bem disponível “[...] permitir a outrem praticar em relação ao bem uma ação que sem esse consentimento teria o caráter de fato punível” (BRUNO, 1959, p. 20). Para Prado (2005, p. 415), o consentimento do ofendido

[...] exclui a ilicitude nos casos em que o titular do bem jurídico protegido e disponível assente de forma livre. Como justificante, o consentimento do ofendido, elemento extrínseco ao tipo, implica renúncia de tutela de bem jurídico disponível, avalizada pelo Direito positivo (*volenti non fit injuria*).

O fundamento da causa justificante em análise situa-se, quase que por unanimidade, no campo dos princípios gerais, cujo princípio da ponderação de valores se nos apresenta mais adequado.

Antes de adentrarmos no mencionado princípio, vale tecer breves comentários no que tange aos posicionamentos divergentes. Para alguns, o princípio da ausência de interesse legitima o consentimento do ofendido, defendendo que não havendo interesse, ou, ainda, existindo interesse maior, desaparece o injusto. Para outros, como Sauer, deve ser aplicado o princípio do interesse preponderante, no qual a conduta típica será lícita quando à custa de um bem de menor valor, preserva-se outro de maior relevância.

Chegamos, então, à teoria da ponderação de valores. Afirma Tavares (1969) que a norma jurídica tem como objetivo a proteção do bem jurídico, que é realizada por meio de comandos permissivos e proibitivos, entretanto, havendo a renúncia da proteção jurídica, ocorre a preponderância da vontade, em detrimento do desvalor da ação e do resultado.

Após todas as distinções acima, cogente o exame dos requisitos objetivos e subjetivos de validade do consentimento, o que faremos a seguir.

2.4. Requisitos do consentimento

2.4.1. Requisitos subjetivos

Os requisitos subjetivos do consentimento do ofendido são aqueles relacionados à pessoa que aquiesce, que, por sua vez, pode ser tanto a pessoa natural, quanto a pessoa jurídica, desde que titulares do bem penalmente tutelado.

A titularidade do bem jurídico e a personalidade civil são adquiridas pela pessoa física concomitantemente, no momento do nascimento; no entanto, para que os atos desta sejam juridicamente válidos, imperioso a plena capacidade, nos termos do art. 82 do Código Civil Brasileiro.

Lembra Pierangeli (2001) que havendo mais de um titular do bem, é imprescindível o consentimento de todos eles, sob pena de restar prejudicada a aplicação do instituto em comento.

No que tange à pessoa jurídica, seja ela pública ou privada, o consentimento será exercido por meio de seu representante legal, nos limites de seus poderes, sendo importante ressaltar que é inaceitável o consentimento nos delitos de natureza exclusivamente pessoal, conforme posiciona Pierangeli (2001).

A idade mínima do consenciente é uma questão controversa em nosso ordenamento jurídico, sendo alvo de discussão, haja vista a ausência de determinação expressa na legislação vigente. Buscando suprir a mencionada lacuna, os doutrinadores, em sua maioria, chegaram ao consenso de que “[...] o critério a ser seguido só pode ser o da idade estabelecida para a imputabilidade, ou seja, 18 anos” (PIERANGELI, 2001, p. 138).

Por razões lógicas, tendo o Código Penal determinado a idade na qual o indivíduo adquire a capacidade penal, sendo esta comum a todos, não se poderia cogitar que a validade do consentimento se orientasse por outra idade, senão 18 anos.

2.4.2. Requisitos objetivos

Além das condições atinentes ao agente que consente, a validade de sua aquiescência depende, ainda, de aspectos objetivos. Segundo Alessandra Greco (2004, p. 101), “[...] o consentimento para ser válido deverá ser claro, sério, livre e determinado, identificando de forma inequívoca uma manifestação de vontade por parte do titular do bem jurídico”.

A referida manifestação poderá ser realizada de modo expresso ou tácito; no entanto, conforme frisa Pierangeli (2001), a simples inércia da vítima não pode ser admitida como consentimento.

Para Pierangeli (2001) é imprescindível que o consentimento, ainda que tácito, seja reconhecível, isto é, o agente deve ter completa ciência de que está atuando sob o assentimento do titular do bem jurídico.

O consentimento independe de forma determinada, podendo ser externado mediante comunicação oral direta ou indireta, escrita ou mesmo por gestos. No que tange ao tempo da manifestação, não há acordo na doutrina. Alguns autores, como Grispiigni,

defendem que se os atos de execução foram iniciados, o consentimento não terá o condão de justificar a ação, devendo o agente responder pela tentativa.

Admitindo-se a teoria da renúncia da tutela jurídica, conclui Pierangeli (2001, p. 157) que

o consentimento será válido e apto a produção de seu efeito justificante todas as vezes que preceder a realização do evento. Daí, em razão da ação estar ainda em curso e o evento não se verificou, ficam justificados pelo consentimento todos os idôneos que se desenvolveram antes do cumprimento do consentimento.

Vale mencionar, que decorridos todos os atos de execução, o consentimento não acarretará efeito no sentido de excluir a antijuridicidade, mesmo porque, se assim fosse, estaria mitigado o critério do reconhecimento do consentimento.

Considerando que o consentimento não obriga o titular do bem jurídico, até o momento em que o agente executa ação autorizada, poderá o mesmo ser revogado, não obstante a sua motivação. Se a revogação se dá anteriormente à ocorrência do evento, os atos já praticados restarão justificados, enquanto os seguintes, persistindo o agente, serão a ele imputados. Logicamente, a revogação depois de ocorrido o evento, não terá eficácia.

Por fim, reforça Pierangeli (2001) que, em geral, a revogação deve ser feita da mesma maneira pela qual foi dado o consentimento.

2.4.3. Elementos acidentais

Aos requisitos subjetivos e objetivos devem ser somados os elementos acidentais, que não consistem em pressupostos fundamentais à validade e eficácia do consentimento e se manifestam por meio da condição, termo e modo.

São as denominadas cláusulas acessórias, isto é, “[...] tudo o que os participantes de uma relação jurídica convencionam, em especial ou diversamente das disposições supletivas da lei” (PIERANGELI, 2001, p. 159).

Pierangeli (2001) observa, ainda, que os elementos acidentais somente irão incidir no exame do consentimento quando o agente tenha ciência dos mesmos, anteriormente ao fato ou, ao menos, durante sua execução.

A condição é qualquer evento futuro e incerto ao qual se subordina o resultado, podendo ser resolutiva ou suspensiva.

Será resolutiva quando o implemento da condição tornará o ato sem efeito, voltando-se, dentro do possível, ao *status quo antem*. Assim, no contexto em estudo, “[...] se se trata de consentimento submetido a uma condição resolutiva, essa anuência terá validade e eficácia quando a condição vier a se realizar” (PIERANGELI, 2001, p. 160).

Na condição suspensiva, por outro lado, a eficácia do ato estará atrelada à realização do fato futuro e incerto. No entanto, tal modalidade não se aplica ao consentimento, pois “[...] mesmo na eventualidade de uma realização posterior da condição suspen-

siva, esta não produz qualquer efeito para a exclusão da antijuridicidade, já que o fato foi cumprido antes da realização da condição” (PIERANGELI, 2001, p. 160).

O termo é elemento accidental que se destina à fixação de um prazo, que determina a extensão cronológica da eficácia do ato consentido, isto é, a partir de quando ou até quando o agente possui a aquiescência do ofendido.

Por derradeiro, temos o modo pelo qual a conduta assentida deva ser praticada pelo agente, sendo este fixado pelo consenciente.

3. Considerações sobre da teoria da imputação objetiva

3.1. Breves apontamentos acerca do funcionalismo

Para abordar o critérios da autocolocação da vítima em risco faz-se mister tecer alguns comentários sobre o sistema funcionalista, base da imputação objetiva, a qual prevê o mencionado critério.

Insta ressaltar que, inicialmente, a teoria do delito era regida pelo sistema naturalista, no qual, segundo Luís Greco (2000), são adotados aspectos formais sem qualquer observância mínima ao conteúdo.

A fim de superar as ásperas críticas ao sistema naturalista, emergiu o sistema neokantiano, que preconizava a construção de conceitos por meio do plano teleológico.

Chega-se, então, na década de 30, ao sistema finalista, adotado pelo ordenamento penal vigente, fundado principalmente por Welzel, o qual estabelece que o homem só age finalisticamente, guiado pela vontade humana, alicerçando o sistema primordialmente no conceito de ação. Assim, o sistema finalista proporcionou intensa mudança, retirando o dolo da culpabilidade e colocando-o na tipicidade.

Todavia, para os funcionalistas, o sistema finalista, com ânsia de superar o neokantismo, acabou esbarrando novamente no naturalismo, mostrando-se, assim, inadequado.

Conforme assevera Luís Greco (2000, p. 123):

[...] Se o neokantismo pôde ser criticado por seu excessivo normativismo, o finalismo, que de início tentou superá-lo, negando a separação entre ser e dever ser (o dualismo metodológico), depois voltou a ela, e pior: pondo a tônica do ser. No esforço de polemizar com o neokantismo, acabou o finalismo voltando à falácia naturalista, pensando que o conhecimento da estrutura pré-jurídica já resolvia por si só o problema jurídico.

Portanto, o sistema funcionalista, para Luís Greco (2000), aparece como resposta às lacunas até então não preenchidas pelos demais sistemas.

A primeira teoria puramente funcional adveio das ideias de Niklas Luhmann e tem cunho sociológico, centrado no conceito de expectativa, “[...] que orienta o agir e o interagir dos homens em sociedade, reduzindo a complexidade tornando a vida mais previsível e menos segura” (GRECO, 2000. p.123).

Em apertada síntese, Luhmann sustenta que o direito, em virtude de sua função, não pode estar incomunicável com o sistema social, sendo imprescindível, inclusive, como fundamento de sanção. Nesta esteira de entendimento, a norma jurídica irá exercer um papel essencialmente funcional, consistindo em proporcionar estabilidade ao sistema social, por meio da codificação das expectativas exigidas socialmente.

O sistema social estabelece o modelo de conduta padrão, fornecendo aos homens as expectativas que podem ter diante de um semelhante². A partir dessa concepção, iniciou-se a construção do funcionalismo no direito penal, mormente por dois renomados doutrinadores, quais sejam, Claus Roxin e Günther Jakobs.

Roxin (2002a) atribui ao direito penal nuance teleológica e funcional, de modo a atender à finalidade das normas jurídicas, por meio da função social da mesma, afastando o sistema finalista. O funcionalismo de Roxin é caracterizado pela ascensão da política-crimal, e sua integração junto ao ordenamento.

Jakobs, acostado às ideias de Luhmann, elabora o sistema funcionalista sob o argumento de que o direito, como conjunto de regras implementado no sistema social, tem uma função precípua de, por meio da pena, reafirmar a validade das normas, bem como ratificar as expectativas dos homens que compõem a sociedade em que vige a legislação violada.

O funcionalismo exige uma nova conceituação dos elementos que integram a teoria do delito, adaptando-os a essa visão do direito penal, na qual o mesmo cumpre uma função no sistema social. Dentre os elementos, encontra-se a teoria da imputação objetiva, que reformula o tipo objetivo, compondo a dogmática da parte geral reconstruída sob o enfoque funcionalista.

3.2. Evolução e conceito da teoria da imputação objetiva

Diante da necessidade da criação de novas proposições, que amparassem o funcionalismo, foi retomada por Claus Roxin a teoria criada por Karl Larenz em 1927, denominada imputação objetiva.

Segundo Alessandra Greco (2004, p. 74):

Essa teoria encontra raízes na filosofia de Hegel, no século XIX. O objetivo do conceito de ação para Hegel e desenvolvido pela escola hegeliana era imputar ao sujeito, entre as multiplicidades de cursos causais, somente aquele que pode ser considerado como obra sua. Neste sentido, imputação significava atribuir um fato ao sujeito através de critérios objetivos.

Karl Larenz, na verdade, criou a imputação objetiva com vistas à aplicá-la na esfera cível, delimitando os fatos próprios e os acontecimentos acidentais, para determinar

² “[...] O direito penal é orientado, político-criminalmente, pela consideração de suas consequências. Posteriormente, Jakobs estabeleceu as bases de um direito penal funcional, no qual sua missão fica restrita à estabilização das expectativas que se podem aceitar para o convívio social” (ROCHA, 2002, p. 24).

se um acontecimento é ou não obra de determinado sujeito. Seu juízo, portanto, será teleológico, “dada a capacidade da vontade humana de estabelecer e realizar fins e dirigir o curso causal a uma meta determinada, a vontade domina o que acontece na natureza e o converte em fato próprio” (GRECO, 2004, p. 76).

Em 1930, Richard Honing transferiu as ideias de Larenz para o âmbito penal, com o escopo de elaborar critérios utilizados para imputar à alguém determinados resultados. Roxin, então, desenvolve a teoria, acrescentando à mesma critérios objetivos, norteadores da tarefa árdua de imputação de um resultado lesivo a um indivíduo. Segundo Claus Roxin (2002a), de modo simplificado, a teoria da imputação objetiva diz que

[...] um resultado causado pelo agente só deve ser imputado como sua obra e preenche o tipo objetivo unicamente quando o comportamento do autor cria um risco não permitido para o objeto da ação, quando o risco se realiza no resultado concreto, e este resultado se encontra dentro do alcance do tipo.

A mais patente modificação apresentada pela teoria da imputação objetiva se relaciona à relação de causalidade. Até então, a causalidade era explicada por meio da teoria da equivalência dos antecedentes, atribuída a Julius Glaser e desenvolvida por Maximilian von Buri.

A distinta teoria, também conhecida como *conditio sine qua non*, foi acolhida pelo atual Código Penal, em seu artigo 13. Em síntese, ela estabelece que, mediante a aplicação do método indutivo hipotético de eliminação, segundo o qual “[...] eliminando-se mentalmente a ação indaga-se sobre a produção do resultado, da forma como ocorreu” (ROCHA, 2002, p. 47), verifica-se se sem ela o resultado não teria se implementado.

Assim, haverá nexos causal sempre que uma ação ou omissão concorrer para a concretização do resultado. Observa-se, portanto, tratar-se de uma causalidade restritamente material.

A teoria da imputação objetiva inovou ao somar à causalidade física a causalidade jurídica, ou seja, não há que se falar em negativa da teoria da equivalência dos antecedentes, mas um aperfeiçoamento desta.

Vale reiterar que a imputação objetiva consiste na “[...] atribuição normativa da produção de determinado resultado a um indivíduo, de modo a viabilizar sua responsabilização” (ROCHA, 2002, p. 43).

Segundo a teoria, a imputação decorre de um nexo material entre ação e resultado; no entanto, em algumas hipóteses (como nos crimes omissivos impróprios), nas quais não se vislumbra a causalidade física, a vinculação será estabelecida pela norma jurídica. É o que explica Rocha (2002, p. 43):

[...] Não existindo relação de causalidade física, é a norma jurídica que estabelece a vinculação entre a inatividade e o resultado indesejado. Daí falar-se em causalidade normativa, criação especulativa exclusiva do direito penal. Na verdade, o resultado é produzi-

do pelas forças que o determinam, e não pela ausência de impedimento. A omissão não contribui para a produção do resultado, e o processo causal que produz é estranho ao omitente, o qual apenas não interrompe o desenvolvimento das forças que causam o resultado com a ação esperada. Causar o resultado não é a mesma coisa que não o impedir.

A causalidade sob o ponto de vista da imputação objetiva e segundo os preceitos de Claus Roxin, é alicerçada na política criminal, assim, a causalidade deve orientar-se não por dados ontológicos, mas pelos fins do direito penal.

Destarte, na imputação objetiva a relação de causalidade é calcada entre o nexo entre a conduta criadora de relevante risco proibido e o resultado jurídico, a chamada causalidade normativa.

3.3. Critérios objetivos norteadores

Fora mencionado que a teoria da imputação objetiva visa alcançar um “método” de imputação eficiente, ensejando consequências justas e adequadas. Para tanto, foram desenvolvidos por Roxin critérios norteadores, os quais serão objetos de estudo do presente tópico.

3.3.1. Criação de um risco permitido, princípio da confiança e risco proibido

Considerando a finalidade do direito penal, a saber, a proteção de bens jurídicos, conclui-se que apenas as ações perigosas serão alvos de proibição, sob pena de se limitar à liberdade dos indivíduos sem parâmetro de proporcionalidade. Todavia, nem todas as ações perigosas serão proibidas.

O risco criado será proibido ou não, de acordo com “[...] uma ponderação entre o interesse de proteção de bens jurídicos, que tende a proibir toda ação perigosa, e o interesse geral de liberdade [...]” (GRECO, 2005, p. 38).

Vale mencionar que a avaliação do risco criado toma como critério geral objetivo o homem prudente e não o homem médio. Assim, afasta-se a exigência de que alguém seja obrigado a um dever de cuidado além de suas forças. Nas palavras de Greco (2005, p. 26), “[...] uma ação será perigosa ou criadora de risco se o juiz, levando em conta os fatos conhecidos por um homem prudente no momento da prática da ação, diria que esta gera uma possibilidade real de lesão a determinado bem jurídico”.

O chamado risco tolerado consiste naquele inerente à sociedade contemporânea, indispensável ao progresso e à relação interpessoal, sendo que as condutas assim entendidas serão penalmente irrelevantes. Exemplo claro ocorre no trânsito; indubitável que o motorista, ao conduzir um veículo, está a todo tempo se submetendo aos riscos atinentes à atividade; no entanto, tal risco é socialmente aceito, pois proporciona um benefício à generalidade.

Jakobs (2000, p. 38) manifesta que “[...] numa sociedade de liberdades só se pode gerar a permissão de um risco se o benefício da respectiva atividade tiver uma fundamentação plausível para quem suportará os custos”.

A averiguação da permissibilidade de um risco é aferida a partir do princípio da confiança², segundo o qual, “[...] uma vida ordenada em sociedade só é possível se o indivíduo, em princípio, puder confiar em que as pessoas com quem interage não cometerão delitos dolosos” (ROXIN, 2002a, p. 14).

Ainda, sobre o risco permitido, sustenta Claus Roxin (2002a, p. 17):

Sempre que, em virtude de sua preponderante utilidade social, ações perigosas forem permitidas pelo legislador – em certos casos a condição de que se respeitem determinados preceitos de segurança – e, mesmo assim, ocorra um resultado de dano, esta causalção não deve ser imputada ao tipo objetivo.

O contrário pode ser dito do risco proibido, que é rechaçado pela sociedade, e irá gerar consequências no mundo penal.

Greco (2005) ensina que o risco juridicamente desaprovado se submete a três critérios, quais sejam: a violação de normas de segurança, a infringência ao princípio da confiança e comportamento contrário ao padrão dos homens prudentes.

As normas de segurança, jurídicas ou não, estabelecem regras que visam indicar as condutas perigosas ou a maneira correta de agir. Isso ocorre, por exemplo, no Código de Trânsito Brasileiro. Ou seja:

Se por outro lado, o risco permitido for ultrapassado, através, por exemplo, de desrespeito às normas de segurança, a causalção de um resultado de lesões corporais decorrente desta violação representará uma ação de lesões corporais, que será punível a título de dolo ou culpa, a depender da disposição psíquica de seu responsável (ROXIN, 2002, p. 17).

Destarte, o resultado lesivo será imputado ao agente tão-somente quando estabelecer uma situação que ultrapasse o limite do risco permitido.

3.3.2. *Diminuição do risco*

Haverá diminuição do risco quando o agente não criou o perigo e tentou diminuí-lo, muito embora tenha dado causa a um resultado danoso. Quando se implementar o referido critério norteador, o resultado não será imputado ao agente, tendo em vista que o mesmo evitou um dano maior ao bem jurídico.

A avaliação do risco deve ser realizada em um momento *ex ante*, pois, só assim, constata-se que a vítima está próxima de ter um bem jurídico lesionado. A diminuição

² “[...] importante observar que o princípio comporta, reconhecidamente, exceções ou restrições: ninguém pode confiar em quem não é digno de confiança, como uma criança ou um doente mental (não se pode dirigir despreocupadamente, se se vê que há crianças jogando futebol na rua); da mesma forma a confiança será injustificada se há indícios concretos no sentido de que o comportamento antijurídico de terceiro será praticado [...]” (GRECO, 2005, p. 55).

do risco, conforme assevera Claus Roxin (2002a), reduz a probabilidade de uma lesão e, por isso, não pode ser admitida como ação típica. Aconselhável lembrar que a substituição de um risco pode vir a configurar caso de estado de necessidade e não de diminuição do risco.

3.3.3. *Âmbito de proteção da norma*

Para a imputação de um resultado a alguém, necessário nexos direto entre o risco criado e o resultado produzido. Assim, “[...] quando a extensão punitiva do tipo incriminador não abrange o gênero de risco criado pelo agente ao bem jurídico e nem o resultado ou as circunstâncias dele advindas, não há imputação objetiva” (GRECO, 2004, p. 148).

Prado (2005) ensina que somente os danos diretos são abraçados pela esfera de proteção da norma. Isto é, ao autor não serão imputados danos secundários, indiretos, ou que não estejam abrangidos pelo injusto penal. Exemplo da incidência do critério do âmbito de proteção da norma seria a mãe de uma vítima de homicídio, que ao saber do falecimento, sofre um infarto e morre. Por certo, o homicida não irá responder pela segunda morte, uma vez que se encontra fora da esfera de proteção do tipo penal em questão.

3.3.4. *Proibição de regresso*

O critério de proibição de regresso ocorre, segundo Alessandra Greco (2004, p. 147), “[...] quando um comportamento anterior considerado inócuo não pode ser considerado co-autoria ou participação em conduta futura proibida”. Esse critério não tem aceitação unânime entre os autores, justificada pela confusão que o mesmo provoca na doutrina.

Para fins do presente estudo, admitir-se-á que a proibição de regresso como critério de exclusão da imputação, em virtude de uma contribuição não dolosa para atuação dolosa posterior, conforme menciona Luís Greco (2005).

3.3.5. *Cursos causais hipotéticos*

Os cursos causais hipotéticos consistem em situações nas quais não obstante a conduta diversa do agente, ainda assim, o resultado se implementaria.

Há divergência na doutrina quanto à eficácia deste critério para excluir a imputação. Luís Greco sustenta que “[...] o direito não nega proteção a um bem apenas pelo fato de que este bem já esteja em perigo” (2005, p. 80). Lado outro, há quem defenda que a imputação restará excluída se a houver a modificação da causalidade, sem que haja mudança na amplitude do risco³.

³ Como exemplo, temos o “[...] trem descontrolado que se encontra em rota de colisão com uma pedra gigantesca, que é desviado para o trilho paralelo, o qual também está bloqueado pela mesma pedra” (GRECO, 2005, p. 81).

3.3.6. A autocolocação da vítima em risco

A autocolocação da vítima em risco, também denominada como ação a próprio risco, integrante do cerne do presente estudo, merece ser melhor detalhada em capítulo à parte, o que faremos a seguir.

4. Autocolocação da vítima em risco

4.1. Origem

Fora visto no capítulo anterior que, Claus Roxin, a partir da teoria criada por Karl Larenz e Richard Honing, desenvolveu critérios de imputação objetiva. Dentre os quais, está elencada a autocolocação da vítima em risco, alvo de estudo do presente capítulo.

No introito deste trabalho fora mencionado que hoje a vítima não pode ser entendida exclusivamente como a pessoa sobre a qual recaem as consequências da ação criminosa, permanecendo inerte face ao agente. Restou observado que o ofendido interatua com o sujeito ativo, contribuindo para sua conduta e, algumas vezes, colocando a si próprio em uma situação de risco que, conseqüentemente, acarretará o resultado lesivo. Acrescenta Alessandra Greco (2004, p. 111) que

deve-se abandonar de vez o conceito estático de vítima, como sendo o sujeito passivo do delito. A vítima interage com o criminoso e com o meio, e devemos, para tingir uma visão completa dos fatos, estudar seu comportamento. Deste raciocínio surge uma concepção mais moderna de direito penal, em que não há espaço para as interpretações mais tradicionais e ultrapassadas.

Em virtude dessa interação, imperioso e interessante o exame da autocolocação da vítima em risco. O aludido critério surgiu por meio de uma construção jurisprudencial alemã, com o escopo de ser aplicado em três situações específicas, sendo elas: morte de viciado por Aids contraída por meio do compartilhamento de agulha, na participação em suicídio e na transmissão de Aids por meio de relação sexual quando o parceiro consente na relação, mesmo ciente dos riscos.

Assinala Alessandra Greco (2004) que a finalidade da autocolocação da vítima em risco é a adequada imputação do resultado ao agente, por meio da retirada de sobrecarga na culpabilidade do autor, tendo em vista que a conduta do ofendido igualmente forneceu elementos para a produção do resultado.

Em 1983 o Supremo Tribunal da Alemanha deu o primeiro crédito ao critério, aplicando-o ao caso de um usuário que veio a falecer após o consumo em conjunto de substância entorpecente⁴. A ementa da decisão assim dizia:

⁴ O *leading case* da jurisprudência alemã foi o famoso caso da seringa de heroína: a vítima, conhecida socialmente como viciado, não conseguia comprar seringas em farmácia alguma. Ela

Autocolocações em perigo queridas e realizadas de modo auto-responsável não estarão abrangidas no tipo de um delito de lesões corporais ou homicídio, ainda que o risco a que a vítima conscientemente se expôs se realiza. Quem apenas prova, possibilita, ou facilita uma tal autocolocação em perigo não é punível por delito de lesões corporais ou homicídio (GRECO, 2005, p. 64).

No entanto, tal julgado foi extremamente criticado por alguns estudiosos, uma vez que, o comportamento do drogado sobrevivente não se amolda a nenhum tipo objetivo, estando ausente, ainda, o dolo ou a culpa.

Aliás, há quem afirme que a autocolocação não merece guarida, devendo ser privilegiada a aplicação de institutos mais tradicionais, que não gerem tanta polêmica e confusão ao raciocínio jurídico. Todavia, com a ascensão da teoria da imputação objetiva, a tendência é que seus critérios sejam cada vez mais admitidos, o que nos parece um grande avanço para o Direito Penal.

O princípio da subsidiariedade preceitua que o direito penal só deveria incidir sobre situações cujo titular do bem jurídico, efetivamente, não disponha de meios para protegê-lo. É nesse princípio que se assenta a autocolocação da vítima em risco.

No entanto, é preciso compreender que não se pode cobrar do titular que viva em função do bem jurídico, “colocando-o em uma cúpula”, e, por isso, há que se determinar um padrão das medidas protetoras exigíveis. Em escólios sobre o assunto, melhor sintetiza Alessandra Greco (2004, p. 115):

Pode-se dizer que, em resumo, o núcleo central do princípio de subsidiariedade viria a depender da determinação das possibilidades individuais de proteção. Evidentemente, esta tarefa apresenta uma série de dificuldades, porque não se pode estar em constante alerta e construindo, sem trégua, um muro protetor ao redor do bem jurídico. Em consequência, o primeiro passo a ser dado é a determinação do tipo e da quantidade de perigo diante da qual deve reagir o titular do bem jurídico. E quanto ao perigo, deve se distinguir o perigo geral das intensidades de perigo para determinados bens jurídicos. Destas últimas (intensidades de perigo para determinados bens jurídicos) dependerá a criação de novos tipos de ataque para o bem jurídico que, ademais, tendem a desenvolver-se se forma muito mais rápida que a reação por parte do legislador para cobrir essas novas vias de proteção.

Relevante destacar que o ordenamento jurídico brasileiro não tem disposição expressa acerca do comportamento da vítima, ressalvado o art. 59 do Código Penal, que, no entanto, refere-se somente a uma circunstância judicial incidente na fixação da pena privativa de liberdade.

recorre, portanto, ao autor, o qual compra as seringas. Os dois se injetam da droga, adormecem, e depois só o autor acorda, a vítima não (GRECO, 2005, p. 63).

4.2. Conceito e critérios de aplicação

Como já adiantado, a autocolocação da vítima em risco é um desdobramento da teoria da imputação objetiva, criada pela jurisprudência alemã, que busca uma imputação adequada do resultado ao agente.

Luís Greco (2005, p. 62) afirma que “[...] hoje costuma-se admitir que quem se limita a participar de um comportamento perigoso realizado pela própria vítima não pode ser punido caso as coisas de fato acabem mal”.

Certamente, a aplicação deste critério não se opera de modo aleatório, sendo imprescindível que todos os elementos estejam presentes. Segundo Alessandra Greco (2004, p. 104), “[...] a autocolocação da vítima em risco exige que ela atue voluntariamente e de forma arriscada livremente, e para que se faça uso dela é necessário que se faça uma análise em conjunto com os demais elementos da imputação objetiva”.

Além do comportamento livre e consciente da vítima, é preciso que o mesmo seja determinante para a consecução de um resultado lesivo que, em princípio, não foi desejado por nenhuma das partes. Cumpre asseverar que a autocolocação se justifica pelo consenso entre autor e vítima na criação do risco.

Apenas aos bens jurídicos individuais aplica-se a autocolocação em risco, pois, conforme já explicado no tópico 2.2 do presente trabalho, os bens atinentes aos interesses difusos não comportam margem de disponibilidade.

Ademais, a vítima deve ser imputável, isto é, precisa ter atingido a maioridade penal, bem como estar em pleno gozo de suas faculdades mentais. Logo, estará apta a dispor livremente de seus bens jurídicos e se colocar em uma situação de risco.

Luís Greco (2005) acrescenta, ainda, que não haverá exclusão da responsabilidade do agente, caso o mesmo tenha conhecimentos superiores aos da vítima acerca do risco a que almeja. Destarte, quando a própria vítima se coloca em uma situação de risco por ela criada, gerando um resultado, que poderia ser evitado por meio de sua omissão, não há que se falar em imputação a um terceiro, posto que o ofendido concorreu de forma consistente para a produção do resultado.

4.3. Efeitos da aplicação da autocolocação da vítima em risco

A aplicação da autocolocação da vítima em risco também se mostra como tema controverso, ainda em discussão pela doutrina.

Autores renomados como Jakobs e Hassemer sustentam que o comportamento da vítima deva ser analisado na fixação da pena, não sendo causa, jamais, de exclusão do tipo. Alessandra Greco (2004), seguindo o posicionamento de Schünemann – o qual defende que dependendo da contribuição dada pelo ofendido ao delito, o agente ficará isento de pena – acrescenta que a autocolocação da vítima em risco, ora excluirá a tipicidade, ora atenuará a pena do autor do crime.

Assim, nos é permitido concluir que, sendo a autocolocação da vítima em risco um novo critério norteador da teoria da imputação objetiva, nos casos em que os requisitos do instituto em comento forem plenamente preenchidos, teremos a exclusão da

imputação do resultado ao agente, assumindo o fato a condição de penalmente irrelevante.

De outro giro, quando o comportamento do ofendido não for capaz de excluir a imputação do resultado ao agente, deve ao menos ser considerado quando da aplicação da pena, atenuando-a.

Cumprir lembrar que a retirada da sobrecarga do agente não pode acarretar o deslocamento da responsabilização para a vítima.

5. Distinções

O objetivo precípua do presente trabalho é diferenciar os institutos do consentimento do ofendido e da autocolocação da vítima em risco; o que faremos a seguir. Com base na pesquisa bibliográfica e na leitura dos capítulos acima, é possível vislumbrar a influência da vitimodogmática em ambos os institutos. Isto é, têm como cerne a contribuição da vítima para o crime, através de seu comportamento.

Em poucas e simples palavras, define-se o consentimento do ofendido como “[...] a autorização da vítima para que o agente cometa o crime” (GRECO, 2004, p. 163).

Já a ação a próprio risco se nos apresenta como instituto mais recente, permeado por aspectos complexos e ainda pouco delimitados. Não poderia ser diferente, tendo em vista a sua origem na teoria da imputação objetiva, igualmente polêmica.

Como conceito de autocolocação da vítima em risco, temos que se trata de um critério objetivo acrescido à teoria da imputação objetiva, criado pela jurisprudência alemã.

Segundo o mencionado critério, o mesmo operar-se-á quando a vítima “[...] se coloca espontaneamente em uma situação de risco” (GRECO, 2004, p. 171), ou seja, a vítima concorre efetivamente para a conduta delituosa. Destarte, a partir do significado dos institutos, já são ventiladas algumas distinções.

Enquanto na ação a próprio risco a vítima se coloca em perigo mediante suas próprias ações, inclusive organizando a empreitada, no consentimento do ofendido este apenas permite que o agente pratique os atos de execução. Observa-se nitidamente diferentes níveis de participação da vítima.

Ademais, no consentimento há a certeza da produção de um resultado lesivo ao bem jurídico, pois é este resultado o que está autorizado pelo ofendido. Na autocolocação em risco, a anuência se refere apenas à produção de uma situação de risco para o bem jurídico, crendo a vítima em um desenlace feliz⁵.

⁵ [...] Confusão já começa a ser feita também no Brasil, entre imputação objetiva e consentimento do ofendido, porque ganha cada vez mais espaço na doutrina moderna a idéia de que o consentimento tem por objeto não apenas a ação perigosa, como também o resultado de dano, de modo que se a vítima aceita que outra pessoa participe de uma conduta perigosa, isso não significa que ela tenha consentido no resultado, na lesão (GRECO, 2005, p. 66).

O consentimento do ofendido e a autocolocação da vítima em risco

Para Alessandra Greco (2004), o núcleo de diferenciação entre os dois institutos encontra-se, conforme já demonstrado, exatamente no nível de vontade da vítima, dirigida ao resultado.

O consentimento do ofendido tem delineado os requisitos para sua válida incidência, dividindo-se em objetivos e subjetivos. É imperioso que o bem jurídico seja disponível, que o consenciente seja pessoa maior de 18 (dezoito) anos, em pleno gozo de suas faculdades mentais, e, por fim, que o assentimento não contenha nenhum vício.

Por sua vez, quando o próprio titular do bem jurídico o coloca em situação de risco, não deverá ser acionado o direito penal, desde que a vítima seja maior de 18 (dezoito) anos, em pleno uso de sua capacidade mental, que aja voluntariamente, consciente dos prováveis riscos a que exporá o bem, devendo seu comportamento ser livre e determinante para a concretização do resultado lesivo, não querido por nenhum dos envolvidos.

O grau de envolvimento do titular do bem jurídico é decisivo na seleção do instituto a ser aplicado. Pondera-se, ainda, que a aplicação de um ou de outro, poderá ensejar efeitos coincidentes ou distintos. Logo, despontando o consentimento do ofendido, o caso concreto irá conduzir para a exclusão da tipicidade ou para a exclusão da ilicitude. Prevalendo a autocolocação da vítima em risco, poderá se cogitar a exclusão da tipicidade ou a atenuação da pena do autor do delito, dependendo do evento.

6. Considerações finais

Após o estudo realizado, mister se faz tecer alguns comentários finais, que, além de selar o conteúdo abordado, apontará para um ponto de vista genérico em relação aos institutos abordados, bem como, seus reflexos na atual conjuntura penal.

Os sérios problemas da criminalidade indicam que o sistema penal vigente não se mostra eficiente na proteção dos bens jurídicos. Por outro lado, não nos é mais permitido ignorar a presença da vítima na dinâmica do crime.

Para superar esse déficit, alguns estudiosos defendem que o caminho adequado a ser percorrido é o da superação do finalismo, desvencilhando o direito penal do sistema fechado, no qual para cada fato há uma norma, com possíveis adaptações realizadas pela jurisprudência.

Nesse sentido, emerge o funcionalismo, apresentando-nos a teoria da imputação objetiva, como uma nova forma de se atribuir o fato a alguém, mediante critérios objetivos, analisados anteriormente aos elementos do crime (tipicidade, ilicitude, culpabilidade), com a evidência de que a inserção da autocolocação da vítima em risco no ordenamento penal brasileiro necessita da adoção *a priori* da imputação objetiva.

Alessandra Greco (2004) afirma que a autocolocação da vítima em risco deva ser admitida como um instituto autônomo, assim como é feito com o consentimento do ofendido, muito embora o mesmo não esteja positivado.

Adotando-se a imputação objetiva alcança-se solução para muitas questões divergentes, pois, segundo a teoria, todos os bens são disponíveis, podendo a vítima abrir mão da proteção jurídica conferida pelo Estado.

É preciso, ainda, que o consentimento do ofendido seja normatizado, a fim de que sua aplicação se dê de maneira mais frequente, e, que os doutrinadores dediquem mais tempo ao seu estudo e aprimoramento, pois, reiterar-se, a vítima muitas vezes contribui para a ocorrência do fato criminoso, não podendo ser desconsiderado o seu comportamento.

Essas mudanças no sistema penal ensejariam o fim do paternalismo demasiado em relação aos bens jurídicos, que, em algumas situações, foram lesados pela própria vítima, ou com o consentimento da mesma, demonstrando verdadeira afronta ao princípio da subsidiariedade.

Vale lembrar que, salvo o consentimento do ofendido, os demais institutos abrangidos no presente trabalho são recentes, e, certamente ainda serão alvos de intensas discussões, e mais, de modificações, com o escopo de se atingir o melhor sistema possível, atendendo as necessidades da sociedade contemporânea.

Referências

BRASIL. *Código Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 985p. (Legislação brasileira)

BRUNO, Aníbal Bruno. *Direito Penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 189p.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito: em comemoração aos trinta anos de Política criminal e sistema jurídico-penal de Roxin, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 32, out./dez. 2000.

GRECO, Luís. *Um panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. 173p.

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 94p.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: parte geral: arts. 1.º a 120 do CP*. 23 ed. rev. atual. até 31 de dezembro de 2005. São Paulo: Atlas, 2006. 483p.

PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido: na teoria do delito*. 3 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 284p.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: volume 1: parte geral: arts. 1.º a 120*. 5 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 859p.

ROCHA, Fernando Antônio N. Galvão da. *Imputação objetiva*. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. 112p.

O consentimento do ofendido e a autocolocação da vítima em risco

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002a. 383p.

ROXIN, Claus. A Teoria da Imputação Objetiva, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 38, jul.-set. 2002b.

TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *O consentimento do ofendido no direito penal*. Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, n. 12, vol. 12, 1969.