



Consentimento com a conduta perigosa: uma análise sobre os critérios de interpretação dos casos de heterocolocação em perigo consentida

Consenting to dangerous conduct: an analysis on criteria for interpreting cases of consented endangerment of others

Rodrigo Amaral 

Lívia Cardoso Louzada 

Resumo: O presente trabalho tem como escopo avaliar o melhor caminho para a definição de critérios de interpretação dos casos de heterocolocação em perigo consentida. Para isso, analisa-se criticamente as teorias: que equiparam heterocolocação em perigo consentida e participação em autocolocação em perigo responsável; que, reconhecendo a diferença entre ambas, tentam fixar critérios para a heterocolocação em perigo consentida a partir de uma tentativa de equipará-la normativamente com a autocolocação em perigo; que defendem que a heterocolocação em perigo consentida não é nada mais do que uma forma de consentimento. Por fim, delinea-se um ponto de partida para a adequada interpretação da figura como consentimento com a conduta perigosa.

Palavras-chave: heterocolocação em perigo consentida; autocolocação em perigo; consentimento; autonomia individual; princípio da autorresponsabilidade.

Abstract: The present paper aims to assess the best way to define criteria for the interpretation of cases of consented endangerment of others. To this end, we first analyze the hypothesis of total equivalence between consented endangerment of others and participation in responsible self-endangerment. Then, we verify the possibility of interpreting consented endangerment of others from an attempt to equate it normatively with self-endangerment. It also analyzes the position of those who maintain that consented endangerment of others is nothing more than a form of consent. Finally, a starting point is outlined for the proper interpretation of the figure as consent to a dangerous conduct.

Keywords: consented endangerment of others; self-endangerment; consent; individual autonomy; principle of self-responsibility.

Sumário: Introdução; 1 Equiparação entre heterocolocação em perigo consentida e autocolocação em perigo?; 2 Aproximação normativa entre heterocolocação em perigo consentida e participação em autocolocação em perigo?; 3 Heterocolocação em perigo como simples forma de consentimento?; 4 Lineamentos para um adequado tratamento da heterocolocação em perigo consentida; Considerações finais; Referências.

Introdução

Quando um indivíduo pratica uma ação perigosa para os bens de um terceiro que, com isso, assim consente e, dessa ação, decorre um resultado previsto em um tipo penal destinado a tutelar o direito individual do ofendido, estamos diante de um caso de heterocolocação em perigo consentida. São exemplos do cotidiano: operações médicas, relações sexuais com risco de transmissão de doenças, direção perigosa de veículo automotor (seja, por exemplo, por excesso de velocidade ou consumo prévio de bebida alcoólica), etc.

Para essa constelação de casos, há, na doutrina, muitas proposições diferentes, sem um consenso aparente à vista. O presente trabalho não tem a ousada – ou, até mesmo, imprudente, pelo limitado espaço disponível – pretensão de dar um ponto final à questão, mas delinear um norte para um adequado e futuro estabelecimento de critérios idôneos a resolver os problemas sobre o tema.

Para isso, analisaremos criticamente as teorias (1) que equiparam totalmente a heterocolocação em perigo consentida com a figura da participação em autocolocação em perigo responsável; (2) que, reconhecendo a diferença entre as figuras citadas, buscam a adoção de critérios da primeira com vistas a equipará-la normativamente à segunda; (3) que utilizam os critérios da dogmática do consentimento com o resultado para os casos de heterocolocação em perigo consentida. Ao fim, (4) exporemos a nossa posição, com a análise sobre critérios que podem ser adequadamente utilizados na heterocolocação em perigo consentida.

1 Equiparação entre heterocolocação em perigo consentida e autocolocação em perigo?

Há na doutrina vozes que defendem uma equiparação entre as figuras da auto e heterocolocação em perigo. Segundo vemos, duas são as principais linhas argumentativas empregadas para isso: uma fenomenológica, outra normativa.

O primeiro grupo de argumentos foca na dificuldade (ou suposta impossibilidade) de diferenciar as figuras em questão¹. Normalmente, faz-se menção,

1 Nesse sentido, CANCIO MELIÁ, *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*, p. 114-115. Entre nós, KASECKER, *RBCCrim* 180, p. 38-39.

principalmente, aos casos de contágio de doença pela via sexual, em que o indivíduo lesado também participa ativamente do empreendimento perigoso, ficando a situação, *a priori*, em uma zona cinzenta de determinação. Pontua-se, inclusive, que o famigerado critério do controle sobre a fonte de perigo²⁻³ aqui falharia, pois, no exemplo citado, é difícil determinar quem tinha ou não o domínio sobre o perigo⁴.

Todavia, o principal argumento reside no plano normativo: o princípio da autorresponsabilidade. Aduz-se que, como o fundamento tanto da auto quanto da heterocolocação em perigo reside na autodeterminação da pessoa posta em perigo, não haveria razões para uma distinção normativa das figuras⁵. Tentar fazer uma distinção entre auto e heterocolocação estaria equivocado por ignorar que o autogoverno pode ser exercido de diferentes formas, até mesmo combinando-se com uma contribuição de terceiro⁶. Em outras palavras, se o ofendido tem ou não controle imediato do perigo, seria algo irrelevante na medida em que o autor, no mínimo, atue no interesse da vítima⁷. Há, ainda, aqueles que defendem a não punição em um princípio vitimodogmático⁸.

As duas principais críticas à total equiparação das figuras são conhecidas e têm em Roxin⁹ a sua principal voz. Aduz-se que, a uma, quem se expõe a uma heterocolocação em perigo não tem o mesmo poder de precisão na avaliação do risco que alguém que coloca a si mesmo em perigo, sabedor da extensão das próprias capacidades¹⁰; a duas, quem se expõe a uma heterocolocação em perigo tem um menor poder de evitação do comportamento perigoso perpetrado por

2 Segundo esse critério, a diferença entre auto e heterocolocação em perigo reside em quem possui o domínio sobre a fonte do perigo. Quando o domínio está com o próprio ofendido, trata-se de uma autocolocação em perigo; quando esse domínio é do terceiro, há uma heterocolocação em perigo consentida. Nesse sentido, por todos, cf. GRÜNEWALD, GA 159, p. 364-376, especialmente p. 365-371.

3 O BGH (*Bundesgerichtshof*, o tribunal alemão equiparável ao STJ brasileiro) parece ter adotado essa concepção no denominado *caso do teste de aceleração*. Em um primeiro momento, o julgado fala em utilizar os critérios objetivos utilizados para aferir o domínio do fato nessa distinção. Posteriormente, fala-se em “domínio da colocação em perigo”. Cf. BGHSt 53 (2009), p. 53 e ss. O uso da figura do domínio do fato dos delitos dolosos para uma tal diferenciação já está amplamente criticado na doutrina. Por todos, cf. a síntese da crítica em KASECKER, *ob. cit.* (nota 1), p. 22-23 (nota de rodapé 9).

4 Nesse sentido, MURMANN, FS-Puppe, p. 775.

5 KASECKER, *ob. cit.* (nota 1), p. 39.

6 TIMPE, JR 2014, p. 59.

7 Nesses termos, KASECKER, *ob. cit.* (nota 1), p. 39.

8 Por todos, cf. KASECKER, *ob. cit.* (nota 1), p. 40.

9 Ele o faz nos já citados trabalhos: ROXIN, *Novos estudos de direito penal*, p. 132-135; ROXIN, *ADPCP* 71, p. 54, 55-58.

10 ROXIN, *Novos estudos de direito penal*, p. 133.

outrem do que teria se agisse por si mesmo¹¹. Para deixar clara essa distinção, há quem faça um paralelo com os delitos dolosos: há diferenças fenomenológicas e normativas claras e incontestáveis, por exemplo, entre auxiliar alguém em um suicídio e praticar um homicídio consentido¹². Há também quem diga que a diferença reside no fato de que, na autocolocação em perigo, não há nenhuma invasão na esfera jurídica alheia, o que torna o fato sempre um irrelevante penal; o injusto é sempre um fato interpessoal, o que somente se verifica na heterocolocação em perigo consentida¹³.

Em escrito posterior, Roxin faz outras considerações. Afirma que há casos em que o indivíduo que é posto em perigo sofre algum tipo de pressão por parte daquele que o coloca em perigo. Nesses casos, haveria uma maior responsabilidade daquele que expõe o outro a perigo, o que reclamaria um tratamento diferenciado em relação à autocolocação em perigo¹⁴.

Essas críticas possuem parcial razão. Por um lado, de fato, o déficit de conhecimento e de poder de evitação do ofendido na heterocolocação em perigo suscita algumas dúvidas que não estão presentes em uma contribuição à autocolocação em perigo responsável. Nos casos de heterocolocação, sempre será necessário questionar se o meio perigoso escolhido pelo autor está de acordo com aquilo que o ofendido consentiu; já, na autocolocação, como é o próprio ofendido que elege o meio, essa pergunta simplesmente não teria razão para ser posta. Acreditamos que esse tenro aspecto já é suficiente para afastar uma automática equiparação normativa entre as figuras, por mais que elas se baseiem no mesmo princípio reitor: a autonomia do ofendido como titular de seus direitos individuais.

Por outro lado, a assertiva acerca da maior responsabilidade do indivíduo que pressiona outrem a aceitar o empreendimento perigoso não é suficiente para fundamentar realmente a diferença entre auto e heterocolocação em perigo consentida. Isso porque é possível haver diferentes níveis de pressão impostos pelo terceiro também nos casos de autocolocação em perigo. Pressões desde o tipo “Você realmente não usará a droga? Que medroso! Vá, use”, até algo do tipo “Se você não usar essa droga, eu irei fazer x contra você”.

11 ROXIN, *Novos estudos de direito penal*, p. 134.

12 Nesse sentido, GIMBERNAT ORDEIG, *Revista de Derecho Penal y Criminología* [2ª época] nº extraordinário 2, p. 76.

13 GRÜNEWALD, *GA* 159, p. 364-365.

14 ROXIN, *ADPCP* 71, p. 56-57.

De todo modo, as diferenças fenomenológicas, apesar de serem, de fato, um tanto quanto duvidosas em alguns casos, são aferíveis e suscitam diversos critérios de subsunção entre as duas figuras. Cremos que os casos em que realmente pairam dúvidas sobre essa diferença são perfeitamente discerníveis. O principal deles até hoje mencionado, o de transmissão de doença venérea, é identificável como heterocolocação em perigo consentida ao se pensar que se, por um lado, o ofendido *prima facie* parece ter o mesmo poder de evitação que o ofensor, este último é, por outro, o detentor da fonte do perigo. Em outras palavras, o perigo, nesse caso, parte do portador da doença venérea e não daquele que é colocado em perigo, o que fundamenta o tratamento do caso como heterocolocação em perigo consentida. Por essas razões, uma diferenciação entre as figuras impõe-se também normativamente.

2 Aproximação normativa entre heterocolocação em perigo consentida e participação em autocolocação em perigo?

Há, também, aqueles que, negando que haja *a priori* uma automática equiparação de qualquer natureza entre auto e heterocolocação em perigo, busquem critérios para aproximar a última da primeira. Talvez o mais famoso entre nós, brasileiros, seja o caso de Roxin, que busca, no seu critério da *responsabilidade equivalente* – isto é, mesma (ou maior) responsabilidade pela ação conjunta por parte do ofendido em relação a quem pratica a ação perigosa –, o centro de gravidade dessa equiparação. Esse critério, todavia, foi objeto de mudanças por seu artífice ao longo do tempo.

Em um primeiro momento, defendia-se que a exclusão do tipo objetivo só poderia ocorrer quando estivessem presentes na heterocolocação em perigo “todos os aspectos relevantes a uma autocolocação em perigo”¹⁵. Para isso, Roxin propunha que o lesado, além de conhecer o risco e anuir com a conduta perigosa, tenha a mesma ou maior responsabilidade pela ação conjunta que tem aquele que o coloca em perigo¹⁶. E quando há essa mesma responsabilidade? O autor defendia que ela estaria presente quando o ofendido assume o risco por decisão própria e livre, sem ter sido pressionado por terceiros¹⁷.

15 ROXIN, *Novos estudos de direito penal*, p. 144.

16 ROXIN, *Novos estudos de direito penal*, p. 144.

17 ROXIN, *Novos estudos de direito penal*, p. 144.

Posteriormente, Roxin¹⁸ passa a exigir mais para a concretização dessa responsabilidade equivalente. O autor passa a defender que ela acontece em duas situações: (i) quando a colocação em perigo resulta da iniciativa de quem é submetido ao perigo, apesar das objeções de quem pratica a ação perigosa; (ii) quando há uma conformação equivalente e conjunta da colocação em perigo por parte dos envolvidos¹⁹. Dessa forma, Roxin aparenta demandar que o sujeito exposto ao perigo não somente consinta com o risco estando livre de pressão externa, mas que ele tenha algum papel na decisão pela realização conjunta da empreitada perigosa. O autor deriva essa ideia de uma analogia às figuras da autoria mediata (i) e da coautoria (ii) nos delitos dolosos²⁰.

Essa proposição, entretanto, não pode ficar livre de críticas, que serão de duas ordens. A primeira, mais geral, refere-se à própria ideia de buscar critérios que equiparem a auto e a heterocolocação em perigo. A segunda diz respeito ao específico critério da responsabilidade equivalente.

Primeiramente, chama a atenção a aparente ausência de fundamentos idôneos para buscar em uma comparação com a autocolocação em perigo os critérios para afastar a punibilidade da heterocolocação em perigo consentida. Não é nada evidente que a heterocolocação em perigo consentida deva ter seus critérios definidos a partir de uma busca pela aproximação normativa à figura da participação em autocolocação em perigo responsável.

E essa falta de razões para tanto, a nosso ver, é a origem do problema do critério da responsabilidade equivalente pelo fato. Das diferenças entre auto e heterocolocação em perigo, decorreu, por parte de Roxin, a conclusão de que a responsabilidade do ofendido em uma autocolocação em perigo seria *a priori* superior à que ele possuiria se consentisse com a ação perigosa de outrem. Desse modo, a ideia de responsabilidade equivalente serviria para afirmar que, quando esta estiver presente, a heterocolocação em perigo pode ser equiparada a uma autocolocação em perigo e ficar, assim, impune.

Entretanto, se o fundamento normativo para ambas as figuras é a autonomia do titular do direito individual em questão, qual seria o papel da ideia de “responsabilidade equivalente”? Essa responsabilidade, nos termos exigidos pelo autor, corresponde a uma tentativa de compensar os déficits de conhecimento e o poder

18 Cf. ROXIN, *ADPCP* 71, p. 60-65.

19 ROXIN, *ADPCP* 71, p. 60-64.

20 Expressamente posto em ROXIN, *ADPCP* 71, p. 64.

de evitação do resultado, descritos antes, por parte de quem consente com o perigo. Mas ainda permanece nebuloso em que medida a ideia de responsabilidade equivalente, nas duas versões supraexpostas, serviria para resguardar a escolha esclarecida pelo titular do direito. Normativamente, o que importa é se, em última instância, o indivíduo posto em perigo está sendo tratado como um fim em si mesmo, uma pessoa autônoma, verdadeiro titular dos próprios direitos.

A busca por equiparar as duas figuras aparentemente ainda não levou o debate a lugar algum. A seguir (item 3), o leitor poderá conferir que Roxin critica as diferentes soluções do consentimento por conferirem critérios diversos entre si. Mas, ao apontar a desordem alheia, o autor ignora aquela presente no próprio pensamento; afinal, ele mesmo já mudou os critérios para a definição de responsabilidade equivalente. A mudança de critérios, em si, não seria nenhum problema; toda teoria, como empreendimento humano que é, está suscetível a alterações. Todavia, é necessário esclarecer se o critério foi alterado, porque, após um minucioso exame, constatou-se seguramente a necessidade dessa alteração ou se isso ocorreu porque não há clareza nos seus fundamentos em primeiro lugar.

Em suma, exigir que o indivíduo faça uma escolha espontânea, sem nenhum tipo de “pressão”, ou, em um segundo momento, não só que essa escolha seja livre de pressão, mas que o indivíduo faça parte do planejamento da ação perigosa, é ignorar a natureza humana: pessoas pensam, deliberam, convencem e são convencidas. Em outras palavras, não parece que alguém deixe de ser autorresponsável ou autônomo somente porque não planejou aquilo com o que consentiu. E, se não é esse o caso, o critério proposto não se refere ao fundamento normativo da figura e, assim, invade o âmbito de escolha do titular do bem jurídico. Quando o legislador deseja expressamente invadir esse âmbito de escolha do cidadão, isso já é controverso²¹; quando se tenta fazê-lo sem expressa previsão legal, parece-nos constituir uma restrição a direitos individuais à margem da legalidade.

Por outro lado, se a pressão em questão alcançar o nível da coação física ou moral, haverá, aqui, não um respeito à autonomia do titular do direito, mas uma violação direta a esta. Nesse caso, quando isso estiver presente, será um fator para a afirmação da punibilidade do agente, mas isso ocorre independentemente de qualquer noção de responsabilidade equivalente. Aqui, simplesmente, o titular do direito não pôde exercê-lo de forma plena e responsável. A ideia de

21 Defendendo a ilegitimidade da incriminação contida no art. 122 do CP (TOURINHO/SOTERO/LOUZADA, *Revista do Direito Público* 16, p. 207-226).

responsabilidade equivalente, nos termos do critério escrutinado, possui um nível de imprecisão que contribui para os problemas expostos *supra*. Ademais, não fica de nenhuma forma evidente que as exigências da responsabilidade equivalente sejam de fato idôneas para uma equiparação com a autocolocação em perigo.

Concluimos, portanto, que as restrições ao consentimento contidas na ideia de responsabilidade equivalente não podem ser recepcionadas como um critério adequado para os casos de heterocolocação em perigo consentida. E mais: não há razões que indiquem que os critérios desenvolvidos para a heterocolocação em perigo devam necessariamente buscar uma aproximação à figura da participação em uma autocolocação em perigo responsável.

3 Heterocolocação em perigo como simples forma de consentimento?

“Tudo isso leva a uma conclusão: a heterocolocação em perigo consentida deveria ser eliminada do catálogo de grupos de casos especiais”²². Com essas palavras, Stratenwerth conclui seu estudo defendendo que não haveria razões para considerar a heterocolocação em perigo consentida como um grupo de casos que mereça um tratamento especial, devendo-se utilizar, nesses casos, as regras do consentimento²³.

Murmann²⁴ chega a afirmar, inclusive, que essa constelação de casos deve ser tratada no nível da antijuridicidade, não da tipicidade, por ser caso de consentimento do ofendido. Aduz o autor que a heterocolocação em perigo consentida nada mais é do que um caso de possível consentimento (*möglicher Einwilligung*)²⁵

22 Tradução livre de STRATENWERTH, *InDre Penal* 1/2013, p. 9.

23 Aparentemente, entretanto, o próprio autor descarta ao menos um critério. No mesmo trabalho, ele que a incriminação, na Alemanha, das condutas dolosas de homicídio a pedido e lesões corporais consentidas que violem a cláusula dos bons costumes não podem ser estendidos aos casos de heterocolocação em perigo consentida (STRATENWERTH, *InDre Penal* 1/2013, p. 5-6). O autor chega a sacramentar, parafraseando Puppe, que “o ordenamento jurídico não dá ao indivíduo (sem dúvida) a liberdade para, dolosamente, se deixar matar por outro. Mas sim a liberdade de comportar-se de forma perigosa, incluindo os perigos para a vida” (em tradução livre, STRATENWERTH, *InDre Penal* 1/2013, p. 8). Desse modo, ao menos no que tange à ideia de disponibilidade, parece o autor não utilizar exatamente os critérios do consentimento válido *in totum*.

24 “A tipicidade de injusto independente da vontade da vítima é válida da mesma forma para os delitos negligentes correspondentes: a colocação em perigo do corpo e da vida de outrem desconsiderando os cuidados fundamentalmente exigidos – isto é, independentemente da vontade da vítima – constitui o injusto típico da lesão corporal ou homicídio culposos.” (Tradução livre de: “*Die vom Opferwillen unabhängige Unrechtstypizität gilt für die entsprechenden Fahrlässigkeitsdelikte gleichermaßen: Die Gefährdung von Leib und Leben anderer unter Außerachtlassung der grundsätzlich – d.h. unabhängig vom Opferwillen – gebotenen Sorgfalt stellt das typische Unrecht der fahrlässigen Körperverletzung bzw. der fahrlässigen Tötung dar.*”) (MURMANN, FS-Puppe, p. 774)

25 MURMANN, FS-Puppe, p. 777.

e que o consentimento é uma figura que transforma uma relação jurídica na qual, em outras condições, o comportamento estaria proibido, convertendo-o em permitido²⁶. Assim, o consentimento não se limitaria a somente afastar o injusto penal, mas fundamentaria a legalidade da conduta do agente²⁷.

Roxin²⁸ aponta três objeções principais à solução do consentimento. A primeira delas é que o autor considera que, nos casos de heterocolocação em perigo, inexistem razões para tratar o dolo voltado ao dano a si mesmo diferentemente do dolo voltado à lesão de terceiros, o que significa dizer que não há que se falar, em uma conduta culposa, que o ofendido tenha consentido dolosamente com a lesão a si mesmo²⁹. Dessa forma, para ele, o consentimento nada mais seria do que o ato de disposição de um bem disponível, não sendo possível se falar de disposição do próprio bem jurídico nos casos em que o sujeito exposto ao perigo parte do pressuposto de que o resultado lesivo não ocorrerá³⁰. Por fim, não seria possível afirmar que o consentimento excluiria o desvalor da ação perigosa perpetrada pelo autor, visto que a norma de conduta, sendo estabelecida pelo legislador, dirigir-se-ia a todos igualmente, não estando a sua validade à disposição do titular do bem jurídico, que até poderia dispor de seu bem, mas jamais anular a vigência da norma de conduta³¹.

Roxin³² ainda aduz questões adicionais: (i) ao contra-argumento que seria distante da realidade afirmar que aquele que consente com a ação perigosa não contava com o resultado, afirma que esse seria justamente o cerne da distinção entre dolo eventual e culpa consciente e que distante da realidade seria justamente sustentar que a pessoa exposta ao perigo contaria com o resultado lesivo da ação perigosa, e não que tudo acabaria bem³³; (ii) a solução do consentimento, por ter que lidar com a questão sobre a transposição ou não dos §§ 216 e 228

26 MURMANN, *FS-Puppe*, p. 777-778.

27 MURMANN, *FS-Puppe*, p. 777.

28 ROXIN, *Novos estudos de direito penal*, p. 138 e ss.

29 ROXIN, *Novos estudos de direito penal*, p. 139.

30 ROXIN, *Novos estudos de direito penal*, p. 140. Entre nós, concordando com essa assertiva: KASECKER, *ob. cit.* (nota 1), p. 37-38.

31 ROXIN, *Novos estudos de direito penal*, p. 140-141.

32 ROXIN, *Novos estudos de direito penal*, p. 141 e ss.

33 ROXIN, *Novos estudos de direito penal*, p. 141: “Quem coloca um bem jurídico alheio em perigo age, caso algum dano ocorra, igualmente apenas de forma culposa se tiver confiado em um final feliz. E quem realiza uma perigosa excursão na montanha, ainda assim, não conta com a própria morte. Distante da realidade não é a confiança de que a excursão na montanha acabará bem, mas sim contar com a própria morte”.

do StGB³⁴ (*Strafgesetzbuch*, o Código Penal alemão) à lesão corporal e ao homicídio culposos, ensejou posições tão distintas sobre quais riscos são passíveis de consentimento que deveria ser negada por tamanha imprecisão³⁵; (iii) os demais pressupostos sobre a validade do consentimento também possuem opiniões divergentes, algumas delas até mesmo utilizando critérios alheios à dogmática do consentimento, de modo que seria preferível trabalhar com a heterocolocação em perigo consentida no âmbito da imputação ao tipo, e não como uma questão de consentimento³⁶.

Ao primeiro dos argumentos principais – sobre a inexistência de razões para tratamento do dolo voltado ao dano a si mesmo diferentemente do dolo voltado à lesão de terceiros –, pode-se responder que essa questão é simplesmente irrelevante para o tema. Isso porque, em primeiro lugar, uma vez estabelecido que o caso é de heterocolocação em perigo consentida, o elemento subjetivo não se refere ao sujeito posto em perigo, mas àquele que realiza a ação perigosa. Desse modo, por exemplo, se um indivíduo entra voluntariamente em um automóvel que será conduzido por uma pessoa embriagada, é o motorista que realiza a conduta que será objeto do exame sobre se seu comportamento violou um dever de cuidado ou não, e não o passageiro. Esse passageiro poderia, inclusive, estar em uma situação de “dolo” quanto ao resultado (pense-se que ele tenha pensado: “A vida não vale ser vivida, tomara que esse bêbado acabe com a minha!”). Se, nesse exemplo, o motorista não realiza dolosamente o resultado lesivo, não se está diante de um caso “clássico” de consentimento do ofendido, mas daquilo que denominamos heterocolocação em perigo consentida. Em suma: não há que se falar de dolo ou imprudência, no seu sentido jurídico-penal, por parte do ofendido.

Entendemos, por outro lado, que o segundo dos principais argumentos está parcialmente correto. De fato, os casos de heterocolocação em perigo consentida, em regra, não correspondem exatamente aos casos clássicos de consentimento do ofendido. Nos casos que denominamos consentimento do ofendido, não basta somente que este esteja de acordo com o resultado, mas também que a conduta perpetrada pelo agente seja dolosamente direcionada ao resultado. Conforme já dito antes, seria possível imaginar em uma hipótese em que o indivíduo colocado em perigo desejava que o resultado ocorresse, mas que a conduta perigosa

34 Em resumidas linhas, esses são os dispositivos que tipificam o homicídio a pedido da vítima e as lesões corporais consentidas que violem os bons costumes.

35 ROXIN, *Novos estudos de direito penal*, p. 142.

36 ROXIN, *Novos estudos de direito penal*, p. 143-144.

do agente não estivesse dolosamente direcionada à ocorrência desse resultado. Assim, o máximo que se pode dizer é que, provavelmente, na maioria dos casos em que a práxis judicial já se deparou, o indivíduo posto em perigo partia do pressuposto que o resultado lesivo não ocorreria. Porém, uma coisa parece segura: fenomenologicamente, o que está convencionado denominar de consentimento do ofendido não se confunde com o que se chama de heterocolocação em perigo consentida. No primeiro, o ofendido consente com uma ação direcionada à lesão de seu bem; no segundo, o ofendido está de acordo com uma ação que gera *ex ante* um perigo ao seu bem, cujo resultado ainda é incerto.

Já o terceiro dos argumentos principais merece uma atenção mais detida. Recapitulando: o argumento seria que o consentimento não teria o condão de afastar o desvalor da conduta, pois o indivíduo ofendido ou posto em perigo não tem o poder de alterar o conteúdo da norma de comportamento. Aduz o autor que, por exemplo, quando alguém, conhecendo os riscos, aceita a carona de um indivíduo sem condições de conduzir um automóvel por estar embriagado, essa anuência não altera o desvalor da ação consistente em dirigir embriagado³⁷. Esse argumento, além de ser circular, está em desacordo com as ideias de direitos subjetivos a e autonomia do indivíduo.

Constitui uma *petitio principii* porque pressupõe o acerto da própria posição. A lei não afirma taxativamente quais condutas são violadoras de um dever de cuidado ou não, ficando isso, quase sempre, a cargo da hermenêutica do seu intérprete. E, naturalmente, como é sabido, uma conduta constituir um ilícito extrapenal nem sempre levará à conclusão que constitua também um injusto penal, nem mesmo que haja desvalor da conduta a nível de tipicidade³⁸. Afirmar que o consentimento não teria o poder de alterar o conteúdo da norma de comportamento pressupõe, portanto, o acerto da própria proposição – a de que ele não faria parte do exame do desvalor da conduta. Em suma, ter-se-ia que elucidar *como* uma norma de comportamento que tutele um bem jurídico individual pode proibir uma conduta mesmo que ela esteja de acordo com a vontade de seu titular. Ademais, afirmar que essa proibição estaria fora do alcance do tipo não equivaleria a afirmar que a norma de comportamento contida no tipo não proíbe a conduta em questão?

Quanto ao exemplo dado pelo autor, decerto o consentimento do ofendido não afasta o desvalor jurídico-penal autônomo de dirigir embriagado. Mas isso

37 ROXIN, *Novos estudos de direito penal*, p. 140.

38 Cf., por todos, GRECO, *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, p. 59.

porque há um delito específico para a conduta em questão – no caso brasileiro, o art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB)³⁹ –, que possui um desvalor distinto daquele contido nas proibições de matar ou lesionar culposamente. Essas últimas possuem como referência bens jurídicos individuais, enquanto o art. 306 do CTB possui uma referência mais difusa e seu desvalor reside no perigo que a conduta representa a todos os indivíduos que o motorista poderá afetar com a sua ação perigosa. Em outras palavras, parece evidente que a norma de comportamento referente ao art. 306 do CTB não estará afetada pelo consentimento de um único indivíduo; em relação ao resultado que afete o bem jurídico de seu titular, por outro lado, sustentar que a norma de comportamento ainda estaria violada a despeito do seu consentimento exigiria uma argumentação adicional que não se pode verificar no texto do autor.

As questões adicionais suscitadas por Roxin também merecem análises pormenorizadas. O argumento sobre a questão da distinção entre dolo eventual e culpa consciente, a uma, constitui outra petição de princípio, pois o autor presume a sua própria concepção sobre o que é doloso⁴⁰ para articular o argumento, e, a duas, é de certa maneira irrelevante, pois, conforme dito, se o indivíduo posto em perigo desejava ou não o resultado não é requisito suficiente para a configuração da heterocolocação em perigo consentida.

Sobre os dois pontos acerca da falta de consenso sobre os critérios da aplicação das categorias do consentimento, isso não significa necessariamente a sua total inutilidade. Algo não está necessariamente errado por carecer de consenso, assim como o contrário também ocorre: o consenso em si não é, necessariamente, o elemento que vai indicar o acerto de uma proposição. Exemplo absurdo que ajuda a visualizar a questão: $1 + 1 = 2$, não importando se um determinado grupo de pessoas entrou em um consenso que $1 + 1 = 3$ ⁴¹. O consenso, no máximo, vai indicar que os acordantes agirão conforme acordaram. Outro exemplo: não é porque um determinado grupo de pessoas entrou em um consenso que a pena de

39 Que dispõe, *in verbis*: “Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: Penas – detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor”.

40 O debate acerca do conteúdo do dolo já é, a esta altura, razoavelmente conhecido pelo público brasileiro. Desse modo, remetemo-nos, sobre a questão, ao trabalho que, a nosso ver, é o que de forma mais completa elucida o estado da arte: VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*. Ademais, cf. AMARAL, *Jota* (23 fev. 2021), para verificar como a questão do dolo, ao contrário do que alguns defendem, não está definida pelo Código Penal brasileiro.

41 Não ignoramos que verdades matemáticas possuem natureza diversa das proposições jurídicas. O exemplo só possui o condão de demonstrar como consenso e verdade (ou acerto, se se preferir um termo menos categórico) não são indissociáveis.

morte está justificada e deva ser adotada que isso de fato está correto. Ademais, o debate em si sobre a heterocolocação em perigo carece de algum nível de consenso, havendo, conforme visto até aqui, várias soluções diversas na doutrina. Seria isso uma razão para abandonar a figura?

Como conclusão acerca da questão, entendemos que, fenomenologicamente, a heterocolocação em perigo consentida é, de fato, uma categoria autônoma. Não é um caso específico de autocolocação em perigo, assim como não constitui um consentimento com o resultado ocorrido. A heterocolocação em perigo nada mais é do que um consentimento com a conduta perigosa⁴², que é uma figura autônoma e deve ser analisada conforme a sua natureza e os valores jurídicos pertinentes a um ordenamento jurídico que tem como alicerce a dignidade humana e disso emana o respeito à autonomia do indivíduo sobre os seus bens jurídicos.

4 Lineamentos para um adequado tratamento da heterocolocação em perigo consentida

Assumindo como válidas as premissas estabelecidas no tópico anterior, a heterocolocação em perigo consentida caracteriza-se como consentimento com a conduta perigosa de um terceiro, razão pela qual os critérios para definir a sua punibilidade devem ser pensados a partir dessa concepção. Não sendo caso de consentimento direto com a lesão do bem jurídico, decerto haverá diferenças fundamentais de critérios entre ambas as figuras.

Por outro lado, por haver uma certa semelhança entre as duas constelações de casos em questão, um bom ponto de partida é discernir quais critérios que a dogmática tradicional do consentimento pode nos fornecer para a adequada resolução dos casos de heterocolocação em perigo consentida⁴³. É o que passamos a fazer agora.

O consentimento do ofendido, compreendido majoritariamente como causa supralegal de justificação⁴⁴, tem sua validade condicionada à observância de

42 MURMANN, *FS-Puppe*, p. 777, conforme já dito antes, fala em consentimento potencial (*möglicher Einwilligung*). Entretanto, ele considera, ao contrário de nós, que a figura afasta somente a antijuridicidade, não a tipicidade.

43 Nessa análise, em razão do curto espaço, serão considerados unicamente os requisitos do consentimento real, isto é, não serão abordados os aspectos que envolvem o consentimento hipotético ou presumido. Sobre o tema nos casos de intervenções médicas: SIQUEIRA, *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*, p. 191.

44 No Brasil, cf. PRADO, *Curso de direito penal brasileiro* v. 1, p. 455; PIERANGELI, *O consentimento do ofendido de teoria do delito*, p. 91; HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal* I, II, p. 269. De outro modo, uma segunda corrente entende o consentimento como causa de exclusão da tipicidade. Nesse sentido, cf. ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT*, § 13, nm. 12; CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal PG*, p. 261; LEQUES, *O consentimento do ofendido como excludente do tipo no direito penal brasileiro*, p. 65; SIQUEIRA, *op. cit.* (nota 43), p. 191.

limites objetivos e subjetivos. De acordo com Hilgendorf, sua estrutura de verificação pode ser resumida nos seguintes elementos: (i) capacidade de consentir; (ii) ausência de vícios de consentimento/vontade; (iii) declaração de consentimento anterior ao fato; (iv) disponibilidade e poder de disposição do bem jurídico; (v) ausência de violação dos bons costumes nos delitos de lesão corporal; (vi) elemento subjetivo de justificação⁴⁵.

Agregando essas considerações, a questão que se coloca é saber quais desses elementos são aptos aos casos em que o titular do bem jurídico consente não com a lesão em si, mas com a exposição do bem a uma situação perigosa conduzida por um terceiro. Para cumprir tal objetivo, passa-se à análise de cada um dos elementos citados.

4.1 Capacidade para consentir

Sendo o consentimento um ato de renúncia aos bens jurídicos individuais derivados da liberdade e autonomia de seu titular, o primeiro critério – entendido como competência-base para o seu exercício⁴⁶ – é a capacidade para consentir. Dito de outro modo, trata-se da capacidade geral de compreender, analisar e julgar o significado e o alcance da renúncia ao seu direito⁴⁷.

Não há consenso a respeito dos pressupostos da capacidade para consentir, embora a posição majoritária tenha adotado o critério etário da maioria⁴⁸. É dizer, entende-se, em regra, que somente maiores de dezoito anos podem consentir legitimamente com a ofensa de seus bens jurídicos, por possuírem a necessária maturidade moral e mental para tanto⁴⁹. Definir os pressupostos de aferição da capacidade para consentir não corresponde, contudo, aos objetivos deste es-

45 HILGENDORF/VALERIUS, *Direito penal* PG, p. 156. Entre os lusófonos, adotam critérios similares, por exemplo, FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal* PG I, p. 479-481; FRAGOSO, *Lições de direito penal* PG, p. 200; GUEIROS/JAPIASSÚ, *Direito penal*, p. 193, ao passo que Siqueira defende a não aplicação do critério da indisponibilidade dos bens jurídicos, bem como a ilegitimidade da cláusula dos bons costumes, entendendo que somente a existência de limites objetivos à liberdade de disposição do bem pode invalidar a sua decisão (SIQUEIRA, *ob. cit.* (nota 43), p. 219).

46 Siqueira aduz que “a capacidade para consentir se refere à competência para usufruir dos próprios bens jurídicos e exercer o direito à autodeterminação, e, com isso, de ser sujeito passivo de um ato praticado por terceiro, em consonância com a sua vontade” (SIQUEIRA, *ob. cit.* (nota 43), p. 230).

47 HILGENDORF/VALERIUS, *Direito penal* PG, p. 156.

48 Siqueira e Kasecker, no entanto, defendem que a capacidade de entendimento e de decisão de um indivíduo condiciona-se a um grau mínimo de autonomia, avaliado por meio de elementos de caráter volitivo, cognitivo e situacional. Segundo as autoras, é o grau de maturidade fática do paciente o critério apto a definir a sua capacidade para consentir (SIQUEIRA/KASECKER, *Jota* (10 jun. 2019); KASECKER, *Direito penal da medicina*, p. 86).

49 HILGENDORF/VALERIUS, *Direito penal* PG, p. 157.

tudo. Interessa-nos especificamente examinar a adequação desse elemento aos casos de heterocolocação.

Como é de se antever, a capacidade, assim como na hipótese de consentimento com a lesão, é também pressuposto de validade do consentimento com a conduta perigosa. Em que pese exista grande controvérsia na doutrina no que concerne aos critérios da heterocolocação em perigo consentida, a capacidade daquele que consente com a ação não abarca os campos de discussão. Isso porque, em ambos os cenários, a decisão em relação ao próprio bem jurídico – seja ela de lesioná-lo ou de colocá-lo em perigo – trata-se de um exercício da autonomia individual do seu titular, cujo principal critério de validade é, justamente, a “capacidade de entendimento e de decisão”⁵⁰.

4.2 Ausência de vícios de consentimento/vontade

Para ser efetivo, o consentimento precisa ser livre de vícios de vontade⁵¹. Em outras palavras, implica dizer que a decisão não pode advir de ameaça ou coação, vez que precisa ser fruto de uma decisão livre e autônoma do titular do bem jurídico lesionado⁵². Além disso, é necessário que a decisão seja suficientemente informada, isto é, que o sujeito conheça as possíveis consequências essenciais de sua decisão, em especial pois, na situação em que o indivíduo desconheça os efeitos certos ou possíveis de sua conduta, não há como afirmar que há exercício de sua autonomia⁵³.

E aqui, novamente, sem nenhum esforço argumentativo, é possível concluir que o critério da ausência de vícios de vontade também deve ser aplicado aos casos de heterocolocação em perigo consentida. Sendo o consentimento com a conduta perigosa também um exercício de autonomia do sujeito, é certo que a observância de défices dessa autonomia prejudicará a sua efetividade – assim como na hipótese de um consentimento com a lesão.

50 SIQUEIRA, *ob. cit.* (nota 43), p. 227.

51 HILGENDORF/VALERIUS, *Direito penal* PG, p. 59.

52 SANTIN, *Dever de esclarecimento médico no direito penal*, p. 49; MINAHIM, *Autonomia e frustração da tutela penal*, p. 40.

53 BEAUCHAMP/CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, p.104. Em razão disso, Hilgendorf e Valerius apontam que, para a corrente majoritária, o consentimento adquirido por meio de fraude será inválido na hipótese em que implique em vícios de vontade significativos, enquanto, para uma segunda posição, somente quando a fraude implicar em uma “falsa representação sobre o tipo, a gravidade e os riscos da intervenção autorizada no bem jurídico objetivo da disposição” (HILGENDORF/VALERIUS, *Direito penal* PG, p. 160).

Desse modo, a heterocolocação só será apta a afastar a imputação quando a decisão do sujeito que consente com a ação perigosa for tomada livremente e na medida dos riscos conhecidos e aceitos por ele. O problema relativo à extensão dos riscos conhecidos por aquele que consente, no entanto, não será objeto deste estudo, sendo suficiente no momento indicar que ausência de vícios de consentimento é também critério adequado aos casos de heterocolocação.

4.3 Declaração de consentimento anterior ao fato

A anterioridade do consentimento, conforme o nome indica, exige que este seja obtido em momento anterior à intervenção realizada contra os bens jurídicos daquele que consentiu, pois “o consentimento somente possui validade para o futuro”⁵⁴. Para além disso, o consentimento deve também manter-se durante toda a execução⁵⁵, vez que poderá ser revogado a qualquer tempo, com exceção dos casos de impossibilidade de interrupção imediata da conduta⁵⁶.

Com efeito, se a responsabilidade penal se constitui no momento do fato, é de se perguntar: a posterior tomada de declaração tem o condão de afastar a imputação do fato retroativamente nos casos de heterocolocação em perigo consentida? A resposta, como possivelmente já percebido pelo leitor, é um sonoro não (!). Assim como nos casos de consentimento com a lesão em si, aqui também será necessário que a anuência à ação perigosa seja fornecida em momento anterior ao fato, sendo, portanto, um critério também aplicado às situações em exame.

4.4 Disponibilidade e poder de disposição do bem jurídico

De acordo com a posição tradicional e majoritária, a validade do consentimento com a lesão de um bem jurídico pressupõe a disponibilidade geral do referido bem⁵⁷. Nesse sentido, assim afirmava Hungria⁵⁸: “Só se pode falar, do ponto de vista penal, em bem ou interesse jurídico renunciável ou disponível, a exclusivo arbítrio do seu titular, nos restritos casos em que a própria lei penal, explícita ou implicitamente, o reconheça”. É nesse sentido que a grande maioria

54 SIQUEIRA, *ob. cit.* (nota 43), p. 226.

55 HILGENDORF/VALERIUS, *Direito penal* PG, p. 161.

56 Nesse sentido, Pierangeli entende pela atipicidade das condutas anteriores à revogação e pela punibilidade dos atos posteriores (PIERANGELI, *ob. cit.* (nota 44), p. 158).

57 Nessa linha, HILGENDORF/VALERIUS, *Direito penal* PG, p. 157. No Brasil, cf. MINAHIM, *Revista de Ciências Jurídicas* 6, p. 226; MARTINELLI, *Paternalismo jurídico-penal*, p. 211-212; PRADO/CARVALHO/CARVALHO, *Curso de direito penal brasileiro*, p. 337; LEQUES, *op. cit.* (nota 44), p. 33.

58 HUNGRIA, *ob. cit.* (nota 44), p. 269.

dos autores brasileiros defende, por exemplo, a ideia da absoluta intangibilidade da vida. Ademais, o poder de disposição pertence ao titular do bem jurídico lesionado.

Antes de proceder ao exame de adequação desse requisito aos casos de heterocolocação, convém mencionar que rechaçamos como um todo a ideia de indisponibilidade dos bens jurídicos. A despeito de ter conquistado a predileção da maioria da doutrina, o referido critério enfrenta sérios problemas. Passamos, então, a indicar, brevemente, as razões pelas quais acreditamos que a crítica merece ser acolhida.

Conforme já pontuado no decorrer deste estudo (item 1), tanto o consentimento quanto a heterocolocação em perigo consentida têm como fundamento a autonomia do ofendido como titular de seus direitos individuais. A ideia aqui é que pessoas autorresponsáveis exercem as categorias dos direitos subjetivos de forma plena, de modo que não é possível verificar uma conduta injusta quando o próprio titular do direito consente com a conduta arriscada empreendida pelo autor (*volenti non fit iniuria*).

Para um ato ser considerado injusto, ele deve ser contrário a um dever de natureza jurídica⁵⁹, o que pressupõe uma violação no âmbito da convivência entre indivíduos. O ponto fundamental é que, nos tipos penais que tutelam bens individuais, esse ato injusto deve ser a invasão imprópria na esfera de liberdade do titular do direito ao bem em questão⁶⁰. Assim, quando o titular do direito afetado está de acordo com a conduta do autor do fato, fica difícil conceber a existência de uma ação penalmente injusta⁶¹, sendo impossível falar em indisponibilidade do bem jurídico como forma de invalidar uma decisão autônoma do sujeito.

Para além de estar em desacordo com as ideias de direitos subjetivos, o critério da indisponibilidade dos bens jurídicos também viola frontalmente a auto-

59 “Justo ou injusto (*rectum aut minus rectum*) em geral é um ato enquanto é conforme ou contrário ao dever (*factum licitum aut illicitum*), seja de que espécie for o próprio dever, segundo seu conteúdo ou sua origem. Um ato contrário ao dever se chama transgressão (*reatus*).” (grifado no original) (KANT, *Princípios metafísicos da doutrina do direito*, p. 26)

60 Essa é a ideia fundamental por trás da concepção da ciência penal pós-Iluminismo, que se inicia com a concepção de dano social de Beccaria, passa pela noção de delito como lesão a direito de Feuerbach, até chegar às doutrinas modernas da lesão a bens jurídicos ou à reformulação da concepção da proteção de direitos subjetivos e que influencia também a concepção anglo-saxã de *harm to others*, que se inicia com John Stuart Mill. Sobre isso, cf. SCHÜNEMANN, *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*, p. 92-98.

61 Isso porque, se a invasão à esfera jurídica está autorizada por seu titular, não é possível verificar uma violação ao seu direito. Cf. RENZIKOWSKI, *Direito penal e teoria das normas*, p. 35.

nomia⁶² do titular do bem jurídico lesionado – ou exposto a perigo. A autonomia é o limite normativo da disponibilidade dos bens jurídicos, é dizer, “uma carta de prevalência que pode ser oposta pelo indivíduo ao Estado diante de tentativas de imposição de metas sociais ou dos valores da maioria”⁶³.

Portanto, todos os bens jurídicos individuais possuem uma dimensão de autonomia e vinculam-se, mesmo que indiretamente, ao exercício da liberalidade individual⁶⁴. A autonomia – que no modelo jurídico-constitucional vigente ampara-se nos princípios fundamentais de liberdade, dignidade humana e pluralidade (art. 5º, *caput* e art. 1º, III e V, ambos da CRFB/1988) – é aqui compreendida como o direito de ponderação dos próprios bens jurídicos, de viver conforme as próprias regras e valores pessoais⁶⁵, o que engloba também o direito à autodeterminação.

Sob essa lógica, parece pouco sustentável a defesa do argumento da indisponibilidade sem infringir o direito à autonomia, pois limitar a liberdade de destinação de bens jurídicos individuais em razão de valores externos é, na verdade, negar a autonomia do indivíduo ou, simplesmente, transformá-la em heteronomia⁶⁶. Entendemos, portanto, que não há espaço no direito penal para normas enraizadas em um paternalismo duro, isto é, que visam a garantir uma noção de “bem-estar” do indivíduo que despreze a sua autonomia⁶⁷.

No entanto, ainda que se entenda pela aplicabilidade do critério da indisponibilidade dos bens jurídicos nos casos de consentimento, ele não poderá ser trasladado para a heterocolocação em perigo consentido. Nesta, como já demonstrado (item 3), não é possível falar em consentimento do ofendido propriamente dito, na medida em que, nesses casos, a vítima não consente necessariamente com o resultado lesivo, mas somente com o perigo. Não se trata,

62 Um leitor mais atento já percebeu que não se pode falar em direitos subjetivos sem autonomia individual, pois ninguém exerce as categorias dos direitos subjetivos sem possuir a autonomia necessária para tanto.

63 SIQUEIRA, *ob. cit.* (nota 43), p. 89.

64 A autora propõe uma releitura do conteúdo dos bens jurídicos individuais, incluindo, para além do próprio bem, a autonomia do seu titular (SIQUEIRA, *ob. cit.* (nota 43), p. 225).

65 Nas palavras de Greco e Siqueira, é o “direito de viver segundo a própria concepção de vida boa” (GRECO/SIQUEIRA, *LH-Costa Andrade 1*, p. 649).

66 Para Greco e Siqueira, no Estado liberal, a autonomia deve ser entendida como um “meta-valor”, não sendo possível ponderá-la ou submetê-la a instrumentalizações, pois o direito penal só está autorizado a proibir condutas que lesem ou exponham a perigo o bem jurídico do afetado contra a sua vontade, sob pena de atuar de forma arbitrária e invasiva na individualidade e na liberdade dos beneficiários (GRECO/SIQUEIRA, *LH-Costa Andrade 1*, p. 652).

67 O paternalismo jurídico-penal somente estará justificado em sua modalidade leve, ou seja, diante da observância de déficits de autonomia do ofendido.

portanto, de disposição direta da vida, isto é, o consentimento não é direcionado ao resultado, mas à conduta perigosa.

É próprio do direito subjetivo à própria vida, se não dispor completamente dela no sentido de consentimento direto com o resultado morte, ao menos poder colocá-la em perigo, visando aos benefícios inerentes à atividade perigosa⁶⁸. Dessa forma, pode-se defender que a indisponibilidade da vida só pode, no máximo, afetar o poder de disposição direto sobre ela, isto é, o manifesto e intencional menoscabo da vida, e não a mera assunção de um risco que tem como objetivo não o resultado morte, mas os ganhos inerentes à conduta arriscada.

4.5 Ausência de violação dos bons costumes

A cláusula dos bons costumes, que supostamente deve orientar a limitação do alcance e da eficácia do consentimento da vítima em heterolesões, é prevista de forma expressa pela lei alemã no § 228 do StGB. No Brasil, parte da doutrina recorre ao art. 13 do Código Civil, segundo o qual “salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”. Tal dispositivo serve como base para sustentar a ideia da doutrina tradicional de que a integridade física seria um bem jurídico indisponível ou, ao menos, parcialmente indisponível⁶⁹.

Para a correta compreensão desse requisito, a pergunta a ser enfrentada deve ser formulada nos seguintes termos: Qual o conteúdo da cláusula dos bons costumes? Muitos autores chegam a questionar a constitucionalidade de uma cláusula tão ampla e, por outro lado, outros buscam desenvolver critérios para conferir o seu conteúdo. Nesse limite, cumpre indicar, brevemente, algumas das principais correntes que visam a satisfazer o aludido feito.

Para os adeptos da teoria da gravidade da lesão, a intensidade da lesão ao bem jurídico em conjunto com a perigosidade da conduta praticada seriam as chaves para identificar o limite da afetação aos bons costumes⁷⁰. Em sentido próximo, parte da doutrina defende a vinculação da cláusula à irreversibilidade e à gravida-

68 Trata-se, segundo Renzikowski, da *função de gozo* do direito subjetivo, que significa que o titular do direito pode dispor livremente do objeto de seu direito. “O direito subjetivo pode ser entendido como uma dupla finalidade: como faculdade de dispor de um determinado objeto (função de gozo) e como faculdade correspondente de excluir intervenções não autorizadas na própria esfera de domínio (função de exclusão)” (RENZIKOWSKI, *ob. cit.* (nota 61), p. 59).

69 SIQUEIRA, *ob. cit.* (nota 43), p. 398.

70 Consequentemente, práticas como tatuagens e alterações estéticas estariam isentas de qualquer sanção, enquanto uma lesão corporal grave consentida seria criminalizada (*Ibidem*, p. 400).

de da lesão⁷¹. Em alternativa, Roxin e Greco⁷² estruturam o conteúdo da cláusula dos bons costumes a partir da ideia de que serão punidas (i) lesões que criam um perigo concreto para a vida e que não se destinam à sua preservação e (ii) lesões corporais graves e irreversíveis, desassociadas de uma “razão compreensível”.

Existem outras teorias que buscam estabelecer o conteúdo da cláusula dos bons costumes por meio dos mais variados argumentos: a existência de um déficit de autonomia; a existência de uma cláusula de ponderação entre as vantagens e desvantagens da conduta; a afetação do interesse coletivo. Na prática, é possível resumir todas as teorias na vinculação do conteúdo dos bons costumes à gravidade da lesão em conjunto com algum critério adicional⁷³.

Isso posto, passamos à análise de aplicação da cláusula dos bons costumes aos casos de heterocolocação em perigo consentida. Aqui, novamente, reconhecemos a ilegitimidade da referida cláusula nos casos de consentimento do ofendido e, conseqüentemente, também nos casos de heterocolocação em perigo. Em maior ou menor medida, “nenhuma das interpretações dos bons costumes desenvolvidas pela doutrina consegue chegar a um critério homogêneo e determinado, capaz de solucionar todos os problemas que surgem na prática”⁷⁴. A maior parte dos argumentos utilizados reside na gravidade ou na irreversibilidade da lesão; no entanto, assim não se solucionam todos os problemas, pois existem situações em que lesões graves e irreversíveis são consideradas legítimas, a exemplo das cirurgias de redesignação sexual.

Em relação às correntes que defendem uma perspectiva coletivista, visando a transformar a cláusula dos bons costumes em uma ponderação, podem ser aplicadas integralmente as críticas realizadas ao critério da indisponibilidade dos bens jurídicos. É dizer, a cláusula dos bons costumes carece de legitimidade quando confrontada com a ideia de direitos subjetivos e autonomia individual. Acrescido a isso, conforme assevera Schünemann, as limitações da disposição dos bens jurídicos de sujeitos autônomos por meio do direito penal são “disfuncionais, sob a perspectiva da idoneidade ou adequação, e errôneas, por violarem a liberdade de ação do titular do bem jurídico”⁷⁵. A liberdade individual, portanto, só pode ser limitada pela tutela penal na medida em que aquela invada a liberdade de

71 FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal* PG I, p. 482.

72 ROXIN/GRECO, *Strafrecht* AT I, §13, nm. 42.

73 SIQUEIRA, *ob. cit.* (nota 43), p. 406.

74 SIQUEIRA, *ob. cit.* (nota 43), p. 407.

75 SCHÜNEMANN, *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*, p. 86.

terceiros ou, ainda, nos casos de paternalismo leve ou moderado, isto é, em que haja déficits de autonomia do afetado.

Ao fim e ao cabo, ainda que seja possível sustentar a legitimidade da aludida cláusula, entendemos, ao menos preliminarmente, que ela também não se aplicará aos casos de heterocolocação em perigo consentida. Reitera-se: não se trata de consentimento com a lesão em si – razão pela qual não há disposição direta do bem jurídico –, mas sim um consentimento com a conduta perigosa, visando aos benefícios inerentes à atividade perigosa.

4.6 Elemento subjetivo de justificação

Por fim, considerando que a posição majoritária entende o consentimento do ofendido como causa de justificação, exige-se a presença do elemento subjetivo de justificação para a aferição do consentimento⁷⁶. Faz-se necessário, portanto, que o autor conheça e realize a conduta em razão do consentimento fornecido. Um leitor atento já percebeu que a nossa posição é no sentido de inserir a heterocolocação em perigo no juízo de tipicidade, de modo que, a uma primeira vista, esse critério pode parecer inadequado.

Entretanto, ao nosso ver, esse elemento pode ser adaptado ao juízo de tipicidade⁷⁷, sendo sua aplicabilidade condicionada à posição sistemática da heterocolocação em perigo consentida no exame do tipo. Se considerarmos que a referida figura jurídica se insere no campo do desvalor da ação, cuja análise é realizada sob uma perspectiva *ex ante*, será possível sustentar a adoção desse critério. É dizer, será preciso analisar se o autor tinha ciência do consentimento da “vítima”, bem como se ele atuou com base nele⁷⁸, justamente porque o risco juridicamente desaprovado deve ser avaliado no momento da realização da conduta, levando em conta os conhecimentos do autor⁷⁹. De outro modo, para aqueles que defendem a inserção da heterocolocação no desvalor do resultado, será mais difícil sustentar a aplicabilidade desse requisito, tendo em vista que a avaliação dar-se-á analisando-se todos os dados disponíveis *ex post*.

76 HILGENDORF/VALERIUS, *Direito penal* PG, p. 163.

77 Com isso, por óbvio, esse critério deixaria de ser aplicado sob a rubrica “elemento subjetivo de justificação”, podendo ser aplicado como algo do tipo “conhecimento sobre o consentimento do ofendido”.

78 Restará ainda o desafio de indicar qual tipo de consentimento precisa ser conhecido pelo agente, é dizer, se é necessário um consentimento expresso ou se o tácito é suficiente para afastar a imputação. A título de exemplo, pode-se imaginar a situação em que X inicia uma disputa de racha com outro motorista e Y, que estava no banco do carona, não se opõe. Questiona-se: O consentimento com a ação perigosa é válido nessa situação?

79 Sobre a perspectiva *ex ante* e os conhecimentos do autor no desvalor da conduta, cf. AMARAL, *RICP* 5, p. 57-85.

Considerações finais

A título de considerações finais, podemos fazer o seguinte panorama das reflexões contidas neste artigo:

1. Fenomenologicamente, as figuras da auto e heterocolocação em perigo são distintas e essas diferenças exigem critérios diferenciados de interpretação para ambas as figuras;
2. Não há razões para desenvolver critérios de interpretação à heterocolocação em perigo com vistas a tentar equipará-la normativamente a uma autocolocação em perigo;
3. A heterocolocação em perigo consentida, apesar das semelhanças, não é uma forma de consentimento do ofendido, pois o consentimento não é direcionado ao resultado lesivo;
4. O melhor ponto de partida para o desenvolvimento de critérios de imputação dos casos de heterocolocação em perigo é verificar quais critérios da dogmática do consentimento são aqui aplicáveis, tendo em vista que a figura nada mais é do que uma hipótese e consentimento com a conduta perigosa.

Referências

AMARAL, Rodrigo José dos Santos. Sobre a compatibilidade de uma teoria cognitiva do dolo com o Código Penal. *Jota*, São Paulo, [n.p.], 23 fev. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/codigo-penal-criminal-23022021>. Acesso em: 8 dez. 2022.

AMARAL, Rodrigo José dos Santos. Somente se proíbem condutas humanas: um estudo sobre a perspectiva *ex ante* e a imputação no direito penal. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 57-85, 2020. DOI: 10.46274/1809-192XRICP2020v5p57-85.

BEAUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James. *Principles of Biomedical Ethics*. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

CANCIO MELIÁ, Manuel. La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima (“imputación a la víctima”). In: CANCIO MELIÁ, Manuel; FERRANTE, Marcelo; SANCINETTI, Marcelo. *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1998. p. 75-140.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. Coimbra/São Paulo: Coimbra/Revista dos Tribunais, t. I, 2007.



FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: a nova parte geral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida. *Revista de Derecho Penal y Criminología* [2ª época], Madrid, nº extraordinário 2, p. 75-100, 2004.

GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GRECO, Luís; SIQUEIRA, Flávia. Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no direito penal médico. In: COSTA, José de Faria (org.). *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Manuel da Costa Andrade*. Coimbra: Studia Iuridica, v. I, 2017. p. 643-669.

GRÜNEWALD, Anette. Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung. *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, Heidelberg, v. 159, n. 6, p. 364-376, 2012.

GUEIROS, Artur; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo. *Direito penal: volume único*. São Paulo: Atlas, 2018.

HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. *Direito penal: parte geral*. Tradução: Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, t. II, 1958.

KANT, Immanuel. *Princípios metafísicos da doutrina do direito*. Tradução: Joãozinho Beckenkamp. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

KASECKER, Izabele. A responsabilidade penal do médico por omissão diante da recusa de tratamento pelo paciente menor de idade ou por seu representante legal. In: ESTELLITA, Heloisa; SIQUEIRA, Flávia. *Direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 79-99.

KASECKER, Izabele. Autonomia e autorresponsabilidade da vítima nos delitos culposos: uma análise sobre a autocolocação em perigo e a heterocolocação em perigo consentida. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 29, v. 180, p. 19-47, 2021.

LEQUES, Rossana Brum. *O consentimento do ofendido como excludente do tipo no direito penal brasileiro*. São Paulo: LiberArs, 2016.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal: limites na intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais*. São Paulo: LiberArs, 2015.

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

MINAHIM, Maria Auxiliadora. O consentimento do ofendido em face de bens jurídicos indisponíveis. *Revista de Ciências Jurídicas*, v. 6, n. 1, p. 217-235, 2008.

MURMANN, Uwe. Zur Einwilligungslösung bei der einverständlichen Fremdgefährdung. In: PAEFFGEN, Hans-Ullrich (Hrsg.). *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion*: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker & Humblot, 2011. p. 786-809.

PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido de teoria do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2012.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RENZIKOWSKI, Joachim. Teoria das normas e dogmática jurídico-penal. Tradução: Alair Leite. In: RENZIKOWSKI, Joachim. *Direito penal e teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 21-55.

ROXIN, Claus. La heteropuesta en peligro consentida: una discusión sin final? *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 71, p. 53-73, 2018.

ROXIN, Claus. Sobre a discussão acerca da heterocolocação em perigo consentida. Trad. Augusto Assis. In: ROXIN, Claus. *Novos estudos de direito penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 129-151.

ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 5. Auflage. München: C.H. Beck, v. I, 2020.

SANTIN, Janice. *Dever de esclarecimento médico no direito penal: a concretização do consentimento com base na autonomia do paciente*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

SANTOS, Juares Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014.

SCHÜNEMANN, Bernd. A crítica ao paternalismo jurídico-penal: um trabalho de Sísifo? Tradução: Luís Greco. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 91-111.

SCHÜNEMANN, Bernd. O Direito Penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos: sobre os limites invioláveis do Direito Penal em um Estado de Direito liberal. Tradução:



Luís Greco. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 69-90.

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

SIQUEIRA, Flávia; KASECKER, Izabele. Recusa de transfusão de sangue em pacientes menores de idade: os limites do consentimento por representação. *Jota*, São Paulo, [n.p.], 10 jun. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/recusa-de-transfusao-de-sangue-em-pacientes-menores-de-idade-10062019>. Acesso em: 8 dez. 2022.

STRATENWERTH, Günter. Heteropuesta en peligro consentida en conductas imprudentes. Tradução: Albert Estrada i Cuadras. *InDret Penal*, Barcelona, n. 1, p. 1-11, 2013. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/uploads/2013/01/Stratenwerth.pdf>. Acesso em: 8 dez. 2022.

TIMPE, Gerhard. Eigenverantwortliche Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung. *Juristische Rundschau*, Berlin, n. 2, p. 52-63, 2014.

TOURINHO, Luciano de Oliveira Souza; SOTERO, Ana Paula Silva; LOUZADA, Lívia Cardoso. A (in)constitucionalidade e a (i)legitimidade do artigo 122: implicações dogmáticas da autonomia no direito penal. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 16, n. 3, p. 207-226, 2021.

VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

Conflito de interesses

Os autores declaram a ausência de conflito de interesses na produção do presente trabalho.

Sobre os autores:

Rodrigo Amaral | E-mail: rodrigoamaral2209@gmail.com

Mestre e doutorando em Direito (UERJ). Advogado.

Lívia Cardoso Louzada | E-mail: czlivia@outlook.com

Graduada e mestranda em Direito (UFBA).

Recebimento: 15.11.2022

Aprovação: 21.12.2022