

QUANDO NADA OCORRE: A VALORAÇÃO JURÍDICO-PENAL DA CONDUTA A PARTIR DA HETEROCOLOCAÇÃO EM RISCO CONSENTIDA

WHEN NOTHING HAPPENS: THE CRIMINAL-LEGAL ASSESSMENT OF CONDUCT BASED ON CONSENTED HETERO-PLACEMENT AT RISK

CUANDO NO OCURRE NADA: LA VALORACIÓN JURÍDICO-PENAL DE LA CONDUCTA A PARTIR DE LA HETEROCOLOCAÇÃO EN RIESGO CONSENTIDA

Maria Auxiliadora Minahim¹

Yasmin dos Santos Ferreira²

RESUMO: O poder punitivo estatal encontra barreiras para intervenção diante da esfera de autodeterminação do sujeito que decide livremente se expor a perigo. Nesse contexto, o presente estudo analisa os limites dogmáticos da heterocolocação em risco consentida em situações em que o executor da ação ultrapassa o âmbito do consentimento do titular do bem jurídico e como isso pode influenciar a valoração jurídico-penal da conduta, mesmo sem a ocorrência de resultado e sem a configuração de tentativa punível nos termos clássicos. A partir do método hipotético-indutivo, discute-se quando o risco passa a ser objetivamente relevante diante das fronteiras do consentimento. Em diálogo com a teoria da imputação objetiva e com a distinção entre desvalor da conduta e desvalor do resultado, propõe-se critérios funcionais para a delimitação do início da execução nos casos em que “nada ocorre”. Conclui-se que a heterocolocação consentida, quando rompe com os marcos da previsibilidade e da autonomia, pode configurar o início da tentativa punível, ainda que o resultado não se concretize.

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade Federal da Bahia (1971), mestrado em Direito Penal pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (1979), doutorado em Direito Penal pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (1990) e doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2005). Professora Titular no Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Vice-Presidente da Academia de Letras Jurídicas da Bahia (2025-2026).

² Mestranda em Direito Penal pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialização em Direito Penal e Criminologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Pesquisadora em Modelos Teóricos de Delito (GTed - UFBA). Assessora Jurídica no Ministério Público do Estado da Bahia (MPBA).

PALAVRAS-CHAVE: heterocolocação em risco consentida; início da execução; desvalor da conduta; imputação objetiva.

ABSTRACT/RESUMEN/outro: The punitive power of the state encounters barriers to intervention in the sphere of self-determination of individuals who freely decide to expose themselves to danger. In this context, this study analyzes the dogmatic limits of consented hetero-placement at risk in situations where the perpetrator of the action exceeds the scope of the consent of the holder of the legal right and how this can influence the legal-criminal assessment of the conduct, even without the occurrence of a result and without the configuration of a punishable attempt in the classical terms. Using the hypothetical-inductive method, we discuss when risk becomes objectively relevant in relation to the boundaries of consent. In dialogue with the theory of objective imputation and the distinction between the devaluation of conduct and the devaluation of the result, we propose functional criteria for delimiting the beginning of execution in cases where “nothing happens.” It is concluded that consented hetero-placement, when it breaks with the boundaries of predictability and autonomy, may constitute the beginning of a punishable attempt, even if the result does not materialize.

KEYWORDS: consensual hetero-placement at risk; commencement of enforcement; devaluation of conduct; objective imputation.

RESUMEN: El poder punitivo del Estado encuentra barreras para intervenir en la esfera de la autodeterminación del sujeto que decide libremente exponerse al peligro. En este contexto, el presente estudio analiza los límites dogmáticos de la heterocolocación en riesgo consentida en situaciones en las que el ejecutor de la acción excede el ámbito del consentimiento del titular del bien jurídico y cómo esto puede influir en la valoración jurídico-penal de la conducta, incluso sin que se produzca un resultado y sin que se configure una tentativa punible en los términos clásicos. A partir del método hipotético-inductivo, se discute cuándo el riesgo pasa a ser objetivamente relevante frente a los límites del consentimiento. En diálogo con la teoría de la imputación objetiva y con la distinción entre desvalorización de la conducta y desvalorización del resultado, se proponen criterios funcionales para delimitar el inicio de la ejecución en los casos en que «no ocurre nada». Se concluye que la heterocolocación consentida, cuando rompe con los límites de la previsibilidad y la autonomía, puede configurar el inicio de la tentativa punible, aunque el resultado no se materialice.

PALABRAS CLAVE: heterocolocación en riesgo consentida; inicio de la ejecución; desvalorización de la conducta; imputación objetiva.

1. Introdução

A ordenação liberal da vida comunitária contemporânea é fortemente afetada pela valorização da autonomia individual, e pela restrição do poder punitivo do Estado em situações nas quais é possível sua livre disposição pelo titular do bem jurídico. São diversas as construções que forçam o recuo do direito penal diante do comportamento do titular do bem, limitando ou eximindo a responsabilidade do autor da conduta. Dentre estas estão o consentimento do ofendido, a auto e a heterocolocação em risco consentida, os casos de abandono de bem jurídico, a autorresponsabilidade da vítima e a vitimadogmática. Inúmeras questões surgem a partir dessas considerações para fixar com segurança o espaço da livre decisão do portador concreto do bem, incluindo a discussão sobre o interesse comunitário na sua preservação, já que o poder de disposição não deve atentar contra a vontade objetiva comum.

Esse trabalho tem, como ponto central, a análise da heterocolocação em risco consentida, nas situações em que o bem jurídico carece de idoneidade para ser objeto de um delito, uma vez que seu titular deseja usufruir da situação de risco a que se submete, embora com a perspectiva de que não sobrevirão danos. A construção merece o estabelecimento de consensos sobre certos aspectos, e, dentre estes, sobre a resposta penal que deve ser dada ao executor da ação que extrapola o âmbito do consentimento do terceiro sem que disto resulte qualquer dano materialmente sensível ao titular do bem.

A questão fulcral não é apenas a de questionar-se o desvalor da ação, independentemente do resultado, porque tal desvalor pode estar presente até mesmo na criação de um risco que integre o injusto penal. Assim, ainda que um resultado de dano não se concretize, a conduta pode criar um risco que ultrapasse os limites normativos e sociais.

O presente artigo concretiza as reflexões a partir da seguinte pergunta: qual solução que o Direito Penal deve adotar diante de condutas arriscadas, inicialmente consentidas e das quais não resultem dano? Busca-se examinar, mais precisamente se, quando o risco criado ultrapassa os limites do consentimento, ele se torna objetivamente imputável ao agente, ainda que nada ocorra.

Dentre os casos limítrofes, destaca-se aquele em que o sujeito, com o consentimento da vítima, a submete a uma situação perigosa que extrapola os limites

inicialmente acordados. Tais contextos, desafiam as categorias tradicionais da tipicidade penal: o risco foi assumido pela vítima, mas em determinado momento seu alcance pode ter sido extrapolado e o agente embora, talvez, não quisesse o resultado, aceitasse sua possibilidade.

Para enfrentar o desafio que envolve a análise sobre a possibilidade de imputação penal nos contextos de risco consentido, este trabalho se estrutura em quatro partes, nas quais se pretende: (i) expor os fundamentos da heterocolocação em risco à luz da teoria da imputação objetiva; (ii) discutir a relação entre a anuência da vítima e os limites da tipicidade penal; (iii) examinar os fatores de transição entre risco permitido e o risco proibido; e (iv) agrupar os critérios norteadores

2. Casos-base hipotéticos: os rituais de imersão

Imagine-se as seguintes situações hipotéticas: (A) um grupo de artistas realiza uma performance baseada em rituais simbólicos de submersão controlada. A prática, comumente filmada e divulgada como intervenção artística, consiste em prender a respiração por longos períodos em uma piscina, sob orientação mútua e consensual. Durante uma das sessões, um dos participantes segura outra pessoa submersa por mais tempo do que o previamente combinado, causando-lhe falta de ar. A vítima não sofre qualquer dano físico, recusa atendimento médico e não manifesta vontade de representar contra o autor. Contudo, o Ministério Público, com base nas imagens e depoimentos, oferece denúncia por tentativa de homicídio.

(B) Durante um curso de formação de bombeiros, os alunos participam de um exercício consentido de submersão em tanque, com fogo controlado na superfície. Ao final, o instrutor prolonga intencionalmente o tempo de imersão além do combinado, afirmando em tom de brincadeira que “só saem quando desmaiarem”. Contudo, mesmo excedendo o tempo regulamentar para o treinamento, os alunos são retirados antes de qualquer dano. Um deles representa criminalmente, e o instrutor é denunciado por tentativa de lesão corporal dolosa.

Os casos delineados acima levantam as seguintes perguntas: houve uma conduta típica? Exceder o tempo acordado e manter alguém submerso fora dos parâmetros previamente estabelecidos é suficiente para atribuir algum crime e sua respectiva sanção ao autor da ação mesmo que a ausência de lesão sugira a

inexistência de vítima? Considerando que a exigência de racionalidade no exercício do poder punitivo ocupa um papel de relevo no âmbito de incidência do Direito Penal, dever-se-ia falar, no caso, em fase punível do crime?

A heterocolocação em risco é uma construção vinculada à teoria da imputação objetiva e um de seus produtos mais refinados em termos dogmáticos. Decorre da necessidade de corrigir a insuficiência da teoria da equivalência das condições para atribuição de um resultado como próprio de alguém, com base apenas no nexo causal, evitando que qualquer causação se torne objetivamente típica. A teoria da imputação objetiva introduz um filtro jurídico no exame da causalidade que permite a atribuição do resultado à ação do autor. Conforme Viana e Marteleto (2025), trata-se de critério jurídico-normativo que complementa a causalidade natural e pode ser conceituada como a criação ou o incremento de um risco proibido relevante para o direito penal. A imputação do resultado exige, mais ainda, que o risco decorrente da violação da norma de cuidado represente, efetivamente, um perigo que, no curso causal da conduta arriscada, determine ou concretize uma lesão ao bem jurídico penalmente protegido ou que aumente o perigo a níveis intoleráveis (Costa, 2016).

A estrutura de imputação objetiva, conforme delineada por parte da doutrina, opera em duas etapas analíticas distintas, mas complementares (Costa, 2016). A primeira refere-se à criação de um risco proibido, a qual se sucede com a violação de um dever objetivo de cuidado. Nesse momento, identifica-se o desvalor da ação. Uma vez superada essa análise, passa-se à segunda fase de imputação, voltada à verificação do desvalor do resultado, isto é, identificar se o risco criado se materializou. A imputação do resultado exige que o risco decorrente da violação da norma de cuidado represente, efetivamente, um perigo que, no curso causal da conduta arriscada, determine ou concretize uma lesão ao bem jurídico penalmente protegido ou que aumente o perigo a níveis intoleráveis (Costa, 2016).

Ambas as etapas evidenciam os desafios da heterocolocação em risco em contextos nos quais não há manifestação expressa do titular do bem jurídico, como ocorre em atividades regulamentadas por normas objetivas de segurança (Costa, 2016). A ausência de manifestação individualizada de vontade faz emergir a necessidade de que se proceda à normativização do comportamento objetivo do titular do bem jurídico na ação perigosa, substituindo o consentimento por padrões legais de proteção (Costa, 2016). Nessas hipóteses, não há propriamente uma autocolocação em risco, ainda que haja voluntariedade geral em participar da atividade, – conforme

se demonstrará nas linhas a seguir – e, nesse sentido, conforme adverte Roxin (2018), a heterocolocação em risco consentida apenas será impunível se puder ser equiparada, sob critérios objetivos, a uma autocolocação em risco válida, excluindo-se as condutas que ultrapassem os limites do risco juridicamente permitido.

Importa registrar, desde logo, que a ausência de lesão não é decisiva, no plano dogmático, para a impunidade da conduta já que seu desvalor decorre da reprovação normativa do comportamento do agente, independentemente de um resultado lesivo. Assim, mesmo que “nada ocorra” em termos de dano material, a conduta pode ser punida se ultrapassar os limites socialmente aceitáveis de risco ou revelar um juízo de reprovabilidade autônomo. O exemplo mais evidente do desvalor da conduta ocorre em certos casos de tentativa nas quais o Direito Penal pode intervir quando a ação ingressa no núcleo do tipo penal e cria um risco juridicamente desaprovado, mesmo sem concretizar um resultado lesivo (Roxin, 1997).

Desta forma, não se deve deixar de considerar que a violação da vontade possa constituir um tipo penal por si mesmo, uma vez que o acordo versava sobre um determinado período de imersão, estendido arbitrariamente pelo agente. É preciso lembrar, também, que a conduta já foi de tal forma valorizada pela doutrina penal que foi julgada como sendo o núcleo do injusto para o qual se voltava a proibição. Como resultados não podem ser proibidos, e ser objeto de comando normativo, afirmava-se que sua produção ocupava um papel secundário na teoria do delito. Concluía-se, então, que, ao direito, importava proibir ações que pudessem causar um resultado indesejado, seja porque estão diretamente dirigidas a esse fim, seja porque oferecem perigo para vida humana (Roxin, 1997). O desvalor do resultado, no Direito Penal, seria a materialização de um risco criado pela conduta do agente, resultando em uma lesão ao bem jurídico protegido, avaliado com base no impacto concreto da ação sobre o objeto jurídico. O desvalor da conduta concentra a reprovabilidade do comportamento independentemente do resultado.

3. Heterocolocação em risco consentida: conceitos e limites

Os casos apresentados convocam uma análise da heterocolocação em risco, construção que, embora apresente semelhanças com o consentimento, não deve com este ser confundida. Diversas razões apontam para a distinção, assim, a primeira diz

respeito ao âmbito de imputação ao tipo objetivo, enquanto o consentimento, situa-se ora na tipicidade, ora na ilicitude, dependendo da construção do tipo penal. Ademais, para alguns autores, no primeiro caso, permanece o desvalor da ação, além de somar como elemento indispensável a crença sincera que o bem que se expõe a perigo não será danificado. No consentimento, ocorre a renúncia do bem e, para alguns autores (Ostendorf, 1982 apud Roxin, 2013), fica eliminado o desvalor da ação. Ademais, ensina Roxin (2013), não se cuida no consentimento de colocação em perigo de um bem, mas de ato de livre disposição do mesmo pelo titular. Ressalta-se na caracterização das duas figuras, o fato de que, no consentimento, o resultado é consequência da vontade do titular, o que não ocorre na heterocolocação. Nesta, o que o agente deseja é a ação perigosa, mas com a firme convicção de que não sobrevirá qualquer dano aos interesses do participante da ação arriscada.

Roxin (2018) pontua que, se os limites à esfera da disposição do bem jurídico individual são ultrapassados, a anuência do titular não terá eficácia de exclusão do tipo penal, tampouco servirá como causa de justificação. Nos casos de heterocolocação em risco, da mesma forma, a validade de disposição do bem não se esgota na mera autorização concedida pela vítima. A justificação da conduta deve levar em conta o contexto concreto em que o assentimento é prestado, sendo este determinante para aferir se houve ou não defraudação de expectativas normativas socialmente compartilhadas (Costa, 2016). Assim, a análise do risco consentido exige não apenas o exame de manifestação individual de vontade, mas sobretudo uma leitura integrada das condições fáticas e normativas que informam o comportamento do agente no ambiente em que o risco é produzido.

Os casos (A) e (B) tratam de hipóteses em que a ingerência corporal de um sujeito sobre o terceiro poderia resultar em dano ou lesão, configurando interesses contrários ao bem-estar do indivíduo, decorrendo de tal contexto o desvalor do resultado (Roxin, 2018). Isto ocorre porque são situações em que, a partir de determinado ponto (que é o que se busca delimitar), a vítima perdeu sua capacidade de continuar consentindo. Em outros termos, de permitir o excesso de risco imposto. Em contrapartida, aponta Cancio Meliá que “devem ser excluídas do âmbito do punível todas as condutas diante das quais a vítima pode se proteger sozinha” (2010, p. 8).

No que tangencia essa conduta excessiva, é importante a reflexão se, à luz de uma sensibilidade moral média, os limites da reprovabilidade foram ou não excedidos (Roxin; Greco, 2024). Nessa linha, Lucas Costa (2016) critica duramente os critérios tradicionais que condicionam a exclusão da ilicitude à identificação de um suposto “desejo de ser lesado” por parte da vítima. Para o autor, é “insustentável a manutenção de um método que busca perquirir, como forma de justificar a ação proibida ou limitar o âmbito de proibição, o significado ontológico da vontade do titular do bem em ser lesionado quando este, apenas, assentiu num risco” (Costa, 2016 p. 116). A distinção é relevante: aquele que consente em se submeter a uma situação arriscada, como participar de rituais ou de treinamentos militares intensivos, não está autorizando a produção de um resultado lesivo, mas tão somente aquiescendo em expor-se a uma conduta perigosa, sobre a qual não possui controle do desdobramento (Costa, 2016).

No exame dos casos propostos, impõe-se delimitar quando, efetivamente, se instaura a exposição ao risco juridicamente relevante. No caso A, que trata de rituais simbólicos de submersão prolongada em piscina, seria possível afirmar que o risco se concretiza no instante em que se prende a respiração? Ou apenas quando se prolonga a imersão para além do ponto de retorno seguro? Já no caso B, relativo ao treinamento de bombeiros, o risco emerge desde o momento da entrada no tanque com fogo na superfície? Ou apenas quando os instrutores extrapolam o tempo previamente acordado e insistem na permanência dos alunos com base em provocações abusivas?

Autores consideram que, em casos como os ora apresentados, é importante a apreciação da capacidade de autodeterminação do sujeito e, sobretudo a consideração que “o efeito protetivo da norma encontra seu limite na autorresponsabilidade da vítima” (Siqueira; Selva, 2021, p. 50). Avalia-se, portanto, o nível de conhecimento da vítima sobre o risco ao qual se expõe, diante do caso concreto, bastando que este seja suficiente para configurar uma decisão livre (requisito 1) e a determinação da sua responsabilidade na tomada de decisão de se expor ao referido perigo (requisito 2).

As reflexões de Roxin (2018), que sustentam a exclusão da tipicidade nos casos em que a heterocolocação se equipara à autocolocação em risco, são objeto de crítica por desconSIDERAR a exigência de preservação do conhecimento objetivo e atualizado sobre o risco ao longo do desenvolvimento da conduta perigosa,

especialmente em contextos em que o titular do bem jurídico não tem controle pleno sobre os desdobramentos da situação (Costa, 2016).

4. Teorias da tentativa como parâmetros para compreensão do comportamento típico

De acordo com o art. 14, II, do Código Penal brasileiro, a tentativa ocorre quando o agente inicia os atos de execução e, por circunstâncias alheias à sua vontade, o crime não se consuma. A dificuldade está em definir o que constitui o “início da execução”. Ainda que tecnicamente os casos narrados não se tratem de tentativa punível (ao menos à luz do ordenamento brasileiro), revelam condutas que rompem com a esfera de preparação e ingressam na fase executória, sendo essa passagem fundamental para delimitar o momento em que o Direito Penal pode (ou deve) intervir, especialmente quando há risco objetivo ao bem jurídico.

A delimitação entre atos preparatórios e executórios constitui um desafio na teoria do crime tentado. Pode-se, portanto, partir de uma premissa, como a ponderação feita por Campana (2023) sobre não haver distinção entre o crime tentado e o consumado quanto à norma de comportamento violada, a qual é essencialmente a mesma. Assim, pontua o autor que “essa norma de comportamento deve ser sempre analisada no momento em que o agente está atuando e, principalmente, deve ser composta tanto por elementos objetivos de risco de ocorrência do resultado quanto de elementos subjetivos de conhecimento deste risco” (Campana, 2023, p. 75-76). Maria Fernanda Palma (2006), por outro lado, levanta o questionamento acerca da razão de punir o agente que tenta o crime, sem que haja resultado algum.

Três grandes grupos teóricos tentaram enfrentar essa questão: a teoria subjetiva (foca na intenção do agente), a objetiva (exige proximidade com o núcleo do tipo penal) e a objetivo-subjetiva (sintetiza elementos de ambas), sendo esta última a mais adotada na doutrina brasileira e europeia contemporânea. São dignos de breves apontamentos tais grupos, tendo em vista que o cerne do presente artigo empreende esforços para traçar melhores definições do momento em que o risco, inicialmente permitido, passa a ingressar na esfera jurídica da vítima de modo que seja considerada eventual imputação penal.

4.1 Teorias Objetivas

Originadas nos idos do século XIX, momento do apogeu do liberalismo penal, as teorias objetivas sustentam que o início da tentativa está conectado com o começo da realização da ação típica e fundamentam a imposição da sanção no perigo concreto ao bem jurídico protegido (Mir Puig, 2015). A periculosidade é valorada conforme a proximidade objetiva/imediata da lesão ao bem jurídico. A adoção desta teoria traz como consequências político-criminais, segundo Mir Puig (2015), a) a impunidade dos atos preparatórios, uma vez que estes estariam demasiadamente distantes de lesionar o bem jurídico; b) necessidade de imposição de sanção mais branda em comparação com o delito consumado, em virtude de se tratar de exposição objetivamente menos grave do bem jurídico; e c) a impunidade da tentativa absolutamente inidônea, por não resultar objetivamente perigosa.

Exsurge, então, a teoria da colocação em perigo, que se trata de uma teoria material bem compatível com o Código Penal brasileiro, embora não esteja livre de objeções. Segundo Eduardo Viana, sua fórmula consiste no seguinte enunciado: “Há início da execução quando o autor começa a colocar o bem jurídico em perigo; se, por outro lado, ainda não há perigo, então o ato é meramente preparatório” (Viana, 2020, p. 84). Apesar de se inclinar à mencionada teoria, o próprio autor a confronta com a pergunta mais intuitiva possível: e quando podemos considerar que o bem jurídico está em perigo? A determinação dessa zona de perigo é pauta de discussão doutrinária.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), ancorado na doutrina, vem adotando a teoria objetivo-formal para separação entre atos preparatórios e atos de execução exigindo-se para a configuração da tentativa que haja início da prática do núcleo do tipo penal. Todavia, também não escapa à limitação do que seja esse “início da prática do núcleo do tipo penal”. A elementar objetiva que está relacionada com o início da execução é apenas, e tão somente, o termo o verbo “tentar” e, a partir dessa elementar, não é possível concluir que só está iniciada a execução quando iniciar a execução do núcleo do tipo (Viana, 2020). A objeção dogmática recai sobre a circularidade da fórmula. Ressalta Eduardo Viana (2020) que o posicionamento objetivista, do ponto de vista político-criminal, leva à maximização da segurança

jurídica colocando em jogo a proteção do bem jurídico, considerando que volta o olhar para o último ato de execução como se fosse o primeiro.

4.2 Teorias subjetivas

De maneira oposta às objetivas, o fundamento da punibilidade da tentativa, conforme as teorias subjetivas, reside na periculosidade do autor externalizada pelo elemento subjetivo da conduta, isto é, na decisão de praticar o tipo penal (Rönnau, 2023). Por consectário lógico, os ordenamentos aderentes a esta teoria são necessariamente compatíveis com a punição das tentativas inidôneas.

Apesar da suposta adoção do STJ à teoria objetivo-formal, por vezes, a teoria individual-objetiva costuma ser implicitamente utilizada como fundamento da *ratio decidendi* de alguns julgados deste mesmo STJ, do Superior Tribunal Federal (STF) e de alguns tribunais brasileiros, sob o que Rönnau (2023) chama de “critérios cambiantes”. A fórmula é a seguinte: “a tentativa começa no comportamento com o qual o autor inicia imediatamente, de acordo com o seu plano de realização do delito, a concretização do tipo”. Há a condução de um dado objetivo a uma representação subjetiva. O autor precisa representar a realização do tipo conforme o seu plano (Viana, 2020).

Segundo Mir Puig (2015), estas teorias ampliam demasiadamente a esfera da punibilidade dos atos executórios, pois por considerarem a manifestação da vontade contrária ao direito por parte do autor desde os primeiros atos. Com efeito, se o fundamento da punição está assentado na representação do autor, a ausência de resultado não implica em menor desvalor da conduta, ou seja, a pena da tentativa teria que se igualar à do delito consumado.

4.3 Teorias mistas/dualistas

São grupos teóricos que vinculam a razão de punir a tentativa a ambos aspectos, objetivos e subjetivos (Rönnau, 2023). De acordo com os critérios das teorias mistas, o início da execução ocorre quando a conduta, sob a ótica de um observador racional, representa ingresso inequívoco no tipo penal, ainda que o resultado não se produza.

Dentre elas, a de maior relevo doutrinário é a teoria da impressão (Rönnau, 2023). Embora tenham como torque a vontade delitiva, não ignoram critérios objetivos, como aqueles ligados à prevenção geral (Rönnau, 2023), a saber, o sentimento de segurança jurídica da coletividade (Mir Puig, 2015). Parecem bons caminhos, entretanto, há alguns objetos de atenção. Condicionar a punibilidade da tentativa aos impactos da conduta, deságua em possíveis arbitrariedades inerentes ao subjetivismo do terceiro julgador (ainda que a coletividade) e na imprevisibilidade da pena.

Já apontava Rafael Alcácer Guirao, em formulação não esgotada no campo dogmático, no sentido da observância da superação ou não do risco permitido como critério de aferição do crime tentado. Pontua o autor que “nos casos em que o risco permitido não foi superado, não poderá imputar o resultado nem poderá ser imputada a ação também como tentativa. Por outro lado, alguns autores se manifestaram sobre o escasso rigor terminológico de suas afirmações, considerando tendem a confundir o que é o juízo de imputação e o juízo - posterior - de avaliação da conduta” (Guirao, 1944, p. 476).

Aplicando as ponderações acima aos casos examinados, e, admitindo-se que o comportamento, para além daquilo que fora acordado, se insira naqueles reprovados pela lei, torna-se alvo de determinação a definição do momento em que o agente ingressa na fase alheia ao consentimento, o que constitui uma questão controversa na dogmática penal contemporânea, sobretudo porque tais condutas são extremamente passíveis de interpretações ambíguas. Há algumas possibilidades a serem consideradas. (I) Se a imersão ainda está dentro dos limites inicialmente consentidos, não há início da tentativa, ainda que na esfera psíquica do executor ele tivesse a intenção de produzir algum resultado lesivo; (II) se, ao contrário, a ação de prolongamento da imersão se revela idônea a produzir lesão materialmente sensível ao bem jurídico (vida ou integridade física), ocorre a tentativa punível, cujo marco é a transposição da fronteira entre o risco permitido e o proibido; (III) Por outro lado, se o prolongamento da imersão for objetivamente inapto a causar um dano, nesse caso, trata-se de situação de atipicidade da conduta por ausência de perigo concreto.

A ausência de lesão não é decisiva, no plano dogmático, para a impunidade da conduta já que seu desvalor decorre da reprovação ao comportamento do agente, independentemente de um resultado lesivo. Assim, mesmo que “nada ocorra” em

termos de dano material, a conduta pode ser punida se ultrapassar os limites socialmente aceitáveis de risco ou revelar um juízo de reprovabilidade autônomo. O exemplo mais evidente do desvalor da conduta ocorre em certos casos de tentativa, nas quais o Direito Penal pode intervir quando a ação cria um risco juridicamente desaprovado, mesmo sem concretizar um resultado lesivo. Nesse sentido, Lucas Gabriel Santos Costa (2016) realça a determinação dos limites a partir das normas de regulamentação da atividade arriscada.

Com efeito, a violação da vontade pode constituir um tipo penal por si só, uma vez que o acordo entre os sujeitos pressupunha um determinado período de imersão, o qual foi estendido arbitrariamente pelo agente. É preciso lembrar que a conduta já foi prioritariamente valorizada pela doutrina penal, conforme já referido e que, ao direito importava proibir ações que pudessem causar um resultado indesejado, seja porque estas são diretamente dirigidas a esse fim, seja porque oferecem perigo para vida humana.

O desvalor do resultado, no Direito Penal, seria a materialização de um risco criado pela conduta do agente, resultando em uma lesão ao bem jurídico protegido, avaliado com base no impacto concreto da ação sobre o objeto jurídico. O desvalor da conduta concentra a reprovabilidade do comportamento independentemente do resultado. O instituto da tentativa, por exemplo, revela que o Direito Penal não se contenta em punir apenas os resultados, mas também certas condutas que, por si mesmas, são socialmente perigosas. Isso remete ao debate clássico entre desvalor da conduta e desvalor do resultado e à busca de uma racionalidade jurídico-penal que conduza a critérios mais sólidos da intervenção penal.

5. Quando nada ocorre: desvalor da conduta *versus* desvalor do resultado

Stephan Doering Darcie (2020) desenvolve uma concepção interessante acerca do desvalor da conduta, deslocando o debate da mera constatação empírica de elementos típicos para um plano valorativo mais sofisticado. A autora propõe uma visão multidimensional, diferentemente da abordagem finalista tradicional, a qual compreendia o desvalor da conduta como o simples somatório de elementos objetivos e subjetivos ligados ao comportamento (Darcie, 2020). Reconhece nessa categoria não apenas componentes ontológicos – como o tipo de ação, sua forma de execução

e o estado mental do agente –, mas também uma dimensão normativa, baseada em juízos de valor que envolvem interpretação, comparação e atribuição. Essa leitura reforça a ideia de que a intervenção penal, mesmo diante da ausência de resultado, pode ser justificada quando o comportamento ultrapassa os limites socialmente aceitáveis de risco e revela, em si mesmo, um juízo de reprovabilidade normativo autônomo.

Tal construção se mostra especialmente relevante para a problemática do início da tentativa punível nos casos de heterocolocação em risco, pois permite sustentar a punição mesmo quando não há resultado lesivo, desde que o comportamento revele um desvalor suficiente para ser considerado parte da execução do delito.

O que a teoria da imputação objetiva fornece são ferramentas para a análise racional do risco. Com efeito, a conduta só pode ser imputada penalmente se criar um risco juridicamente desaprovado e esse risco se concretizar (nos crimes consumados) ou se tornar iminente (nos crimes tentados). Nesse giro, a análise da heterocolocação em risco consentida exige especial atenção ao modo como se estrutura a autonomia do titular do bem jurídico no curso da ação perigosa. As conclusões propostas por Lucas Costa (2016) reafirmam essa centralidade ao sustentar que a validade do consentimento não se exaure no momento inicial da colocação em risco, mas deve se manter ao longo de toda a cadeia causal, por meio da preservação do potencial de conhecimento da progressão do risco e da liberdade de evitação do resultado.

Assim, para que o assentimento seja válido a ponto de excluir a tipicidade da conduta perigosa, exige-se que o titular conheça todas as circunstâncias relevantes do risco, assumindo, assim, grau de responsabilidade equivalente ao dos demais intervenientes da ação arriscada. Esse consentimento, no entanto, não se exaure no instante inicial da colocação em perigo. Ao contrário, demanda-se que o potencial de conhecimento sobre a progressão do risco e a possibilidade de evasão do resultado indesejado permaneçam íntegros ao longo de todo o curso causal. Trata-se de uma exigência aferida a partir de uma prognose póstuma objetiva, voltada a verificar se o agente exposto à situação perigosa manteve, durante toda a dinâmica da conduta, capacidade efetiva de reagir autonomamente de forma socialmente relevante, revelando autorresponsabilidade concreta.

Assim, no caso da heterocolocação em risco consentida, o marco do início da tentativa poderia ser estabelecido quando: (i) o agente excede o limite do

consentimento válido; (ii) o risco deixa de ser abstrato e passa a ser concreto e iminente; (iii) a conduta está funcionalmente conectada ao tipo penal (ex: matar alguém, ofender a integridade física, etc.).

6. Considerações finais

O ingresso no âmbito de uma ação penalmente relevante e passível de punição, nos termos do ordenamento jurídico brasileiro e da doutrina penal contemporânea, pode existir mesmo quando “nada ocorre”, desde que a conduta ultrapasse os limites do risco permitido e, também, do consentimento legítimo.

No caso da heterocolocação em risco consentida, é preciso cautela para não legitimar, sob o manto da autonomia privada, comportamentos que, na prática, equivalem a ataques ao bem jurídico protegido. A análise proposta ao longo deste artigo buscou investigar os limites da criação de um risco juridicamente desaprovado, a partir de situações de heterocolocação em risco consentida, com especial atenção aos casos em que o risco criado não chega a produzir resultado lesivo, embora ultrapasse a esfera do consentimento do titular do bem jurídico, a partir de casos hipotéticos. Examinou-se a tensão entre o desvalor da conduta e o desvalor do resultado, bem como os critérios normativos que delimitam a configuração da tentativa de um delito.

Observou-se que, em ações arriscadas realizadas com o assentimento da vítima, o consentimento não é um elemento absoluto, sendo necessário considerar (i) o contexto, (ii) a manutenção do consentimento durante todo o curso causal e (iii) a possibilidade real de evitação do risco causado ao bem jurídico por parte do seu titular. Nesse sentido, a imputação penal, ademais, depende menos da ocorrência de um resultado lesivo e mais da superação de limites normativos previamente fixados pelo ordenamento, como a defraudação de expectativas normativas e a ruptura do espaço de autorresponsabilidade atribuído à vítima.

Nesse cenário, é fundamental incorporar uma abordagem que reconheça o valor normativo do comportamento e a sua inserção em um contexto de risco socialmente regulado. A heterocolocação consentida, quando rompe com os marcos da previsibilidade e da autonomia, pode configurar o início da tentativa punível, ainda que o resultado não se concretize, pois, o risco já se tornou objetivamente relevante para o bem jurídico.

A contribuição deste estudo consiste, assim, em oferecer parâmetros teóricos e práticos para a delimitação da tentativa punível em contextos ambíguos e pouco explorados pela dogmática tradicional. Como perspectiva futura, sugere-se o aprofundamento da discussão em casos concretos envolvendo práticas esportivas extremas, treinamentos de alto risco e performances estéticas com exposição consentida, de modo a tensionar os critérios jurídicos de imputação com os valores sociais em constante transformação.

7. Referências

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *El juicio de adecuación de la conducta: consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva y sobre la tentativa*. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, v. 66, p. 1–24, 2003. Disponível em: <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/article/view/377/377>. Acesso em: 26 jul. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp n. 2.550.813/SP. Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 14 maio 2024, DJe 23 maio 2024. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/2712954626/inteiro-teor-2712954627>. Acesso em: 20 jul. 2025.

CAMPANA, Felipe L. **A tentativa nos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2023.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *Reflexiones sobre la “victimodogmática” en la teoría del delito*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 25, p. 23–57, 1999.

COSTA, Lucas Gabriel Santos. **Heterocolocação em perigo consentida em condutas imprudentes de trânsito**. 2017. Tese (Doutorado em Direito Público). Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/30751/1/TESE%20-%20LUCAS%20GABRIEL%20SANTOS%20COSTA.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2025.

COSTA, Lucas Gabriel Santos. **O comportamento do titular do bem jurídico como critério de imputação objetiva do risco proibido nas relações de trânsito**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016.

DARCIE, Stephan Doering. **O desvalor da conduta em Direito Penal**. 2020. Tese (Doutorado em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://teses.usp.br/>. Acesso em: 25 jul. 2025.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal: parte general**. 10. ed. Barcelona: Reppertor, 2015.

PALMA, Maria Fernanda. **Da “tentativa possível” em Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2006.

RÖNNAU, Thomas. **Lições fundamentais de teoria do delito**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023.

ROXIN, Claus. *La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida: sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en Derecho penal*. **InDret**, Barcelona, n. 1, 2013. Disponível em: <https://indret.com/la-polemica-en-torno-a-la-heteropuesta-en-peligro-consentida/>. Acesso em: 10 set. 2025.

ROXIN, Claus. *La heteropuesta en peligro consentida: ¿una discusión sin final?* **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, v. 71, n. 1, p. 53–73, 2018. Disponível em: <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/article/view/1230>. Acesso em: 26 jul. 2025.

ROXIN, Claus; GRECO, Luís. **Direito Penal: parte geral. Tomo I: Fundamentos – A estrutura da teoria do crime**. São Paulo: Marcial Pons, 2024.

SIQUEIRA, L.; SELVA, L. Imputação objetiva e heterocolocação em perigo consentida: a autorresponsabilidade como princípio unificador. **Duc In Altum – Cadernos de Direito**, [S. l.], v. 13, n. 30, 2021. Disponível em: <https://revistas.faculdaedamas.edu.br/index.php/cihjur/article/view/1857>. Acesso em: 10 set. 2025.

VIANA, Eduardo. O problema dos limites entre atos preparatórios e tentativa. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 19, n. 79, p. 69–100, 2020.

VIANA, Eduardo. Começo da tentativa: aproximações para o leitor brasileiro. *In*: RÖNNAU, Thomas. Lições fundamentais de teoria do delito. Trad. Izabele Kasecker, Eduardo Viana e Heloísa Estellita. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023.

VIANA, Eduardo. **Os limites da tentativa**. [Webinar]. 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=bd5Nygcp9hw&t=51s>. Acesso em: 28 jun. 2025.

VIANA, Eduardo; MARTELETO, Wagner. **Imputação objetiva no Direito Penal**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2025.