

# UMA ANÁLISE SIMBIÓTICA DOS BENS JURÍDICOS PENALMENTE RELEVANTES COM A EVOLUÇÃO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

ERICK OLIVEIRA ROCHA GOMES

## RESUMO

Este trabalho abordará especificamente a aplicação da Teoria da Imputação objetiva e suas vertentes axiológicas, com o fito de depreender sobre sua aptidão mitigatória a tipicidade de condutas que visam proteger determinados bens jurídicos. As divergências estão situadas na possibilidade de sua aplicação. Além de ser uma teoria não positivada, ela permite que o Juiz de Direito antecipe o juízo de tipicidade da conduta e reconheça a ausência de delito sem a necessidade de alteração legislativa. Trata-se da análise da possibilidade de aplicação de uma teoria em estágio avançado de maturação no direito Alemão e a sua pretensa inserção no Direito Brasileiro, com o fito de evidenciar a ausência de lesão aos bens jurídicos tutelados, sem olvidar a inexistência de tipicidade nos mencionados casos, face a constatação da autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo consentida, respectivamente. Será necessário perpassar sobre as características que norteiam os bens jurídicos protegidos, bem como as acepções dos doutrinadores sobre a Teoria da Imputação Objetiva, suas vertentes e modificações históricas, para em seguida adentrar na aferição da mitigação à tipicidade por intermédio da digressão concepcional Roxiniãna. Tais nuances serão questionadas, sendo abordados os posicionamentos contrários e a favor da aplicação teórica da Imputação Objetiva, na tentativa de demonstrar a sua importância e vantagens. A evolução jurídica deve acompanhar as mutáveis necessidades humanas.

**Palavras Chave:** Teoria Da Imputação Objetiva; Autocolocação Em Perigo; Heterocolocação Em Perigo; Heterocolocação Em Perigo Consentida; Bens Jurídicos; Ofensividade; Intervenção Mínima.

## ABSTRACT

This work will specifically address the application of the theory of objective imputation and its axiological aspects, with a view to infer about his fitness mitigate typicality of conduct designed to protect certain legal interests. Disagreements are situated in the possibility of their application. In addition to being a theory not positively valued, it allows the judge prejudge the typicality of conduct and recognize the absence of an offense without the need for legislative

amendment. This is the analysis of the applicability of a theory at an advanced stage of maturity in the German law and its alleged inclusion in Brazilian law, with the aim of demonstrating the absence of injury to legally protected interests, without forgetting the lack of typicality in mentioned cases, from finding the *autocolocação* in danger and *heterocolocação* in danger assented, respectively. You will need to pervade on the characteristics that guide the legal interests protected, and the meanings of the scholars on the theory of imputation objective, its aspects and historical changes, to then enter in determining the mitigation typicality through conceptional tour Roxiniãna. Such nuances will be questioned, and approached the counter positions and in favor of the theoretical application of the imputation objective, in an attempt to demonstrate its importance and benefits. The legal developments should be the changing human needs.

**Keywords:** Theory Imputation objective; *Autocolocação* Endangered; *Heterocolocação* Endangered; *Heterocolocação* In Consentida Danger; Legal Goods; Offensiveness; Minimal Intervention.

## INTRODUÇÃO.

O presente trabalho versará sobre as nuances que integram a aplicação da teoria da imputação objetiva, mais precisamente no que concerne a vertente da *autocolocação* em perigo e *heterocolocação* em perigo consentida e, o seu viés mitigatório às condutas típicas com vistas a proteção dos bens jurídicos.

Trata-se de um tema recente no direito brasileiro, apesar das acepções da doutrina Alemã revelarem registros desde a década de 1970, sendo um instituto que vem sofrendo mudanças significativas decorrentes dos entendimentos jurisprudenciais aplicados à realidade social do Direito Brasileiro.

Este trabalho abordará mais precisamente a possibilidade da aplicação da teoria da imputação objetiva, materializada em suas subespécies teóricas, intituladas de *autocolocação* em perigo e *heterocolocação* em perigo consentida, e sua aptidão de mitigação à tipicidade.

As divergências estão situadas na constitucionalidade de sua aplicação. Além de ser uma teoria não positivada, ela permitiria que o Juiz de Direito antecipasse o reconhecimento da atipicidade das condutas em face do reconhecimento da *autocolocação* em perigo, bem como sob a égide da vertente da *heterocolocação* em perigo consentida.

A base fundamentadora deste estudo está esculpida nas acepções preconizadas pelo mentor da referida teoria, Claus Roxin, e nas ponderações abordadas por seus críticos, que ocasionaram a modulação das posteriores vertentes, como os doutrinadores e filósofos Gunter Jakobs e Manuel Cancio Meliá, sem olvidar a jurisprudência comparada do Tribunal Alemão (BGH), berço de concepções teóricas adotadas pelo direito Brasileiro.

Sua aplicação, entretanto, depende da adoção teórica de um instituto com vasto teor fundamentador, que pauta suas concepções nos preceitos que fundam a estrutura basilar do direito penal, tal qual os princípios da ofensividade, proporcionalidade, razoabilidade, intervenção mínima, *última ratio* e transcendentalidade da ofensa, dentre outros.

Serão abordados os fundamentos da propensa aplicação da teoria da imputação objetiva, tecendo-se uma análise criteriosa de sua evolução e finalidades pretendidas, como a busca da celeridade da atuação do direito penal, sob a égide basilar do princípio da ofensividade, além da tentativa de incorporação de acepções teóricas evolutivas capazes de assegurar a descriminalização de condutas que despontam a ingerência danosa do direito penal.

Sopesando que o reconhecimento da aplicação da teoria da imputação objetiva acarreta na perda do direito de punir outorgada ao Estado, o presente trabalho foi estruturado de forma a explicitar, inicialmente, destacando-se a incidência gravosa sobre a proteção de bens jurídicos, sua potencialidade lesiva face a tipificação de condutas sem grandes reflexos para a sociedade (princípio da ofensividade).

Posteriormente, partiremos para análise de aspectos pretéritos da teoria da imputação objetiva e suas subespécies teóricas, bem como digressões sobre as teorias do delito que culminaram na modulação e origem do instituto, a figura dos riscos proibidos e permitidos, bem como as vertentes da autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo consentida.

É sabido que o direito penal nos seve para tutelar situações que outros ramos do direito não conseguem satisfatoriamente fazê-lo. Tal asseveração está intimamente relacionada a observância do princípio da

intervenção mínima e da *ultima ratio*, presente nos estados democráticos de direito.

Contudo, embora necessário, o direito penal, no exercício dos poderes que lhe são assegurados, é capaz de gerar danos sociais, tendo em vista o desvirtuamento que sua finalidade possa sofrer, serão tecidas considerações acerca do surgimento dos bens jurídicos.

Os aludidos bens jurídicos são os pontos primordiais que encabeçam toda a atuação do direito penal, tem em vista que após se aferir sua finalidade, surge a necessidade de imergir sobre a sua tutela, presente na tipificação de condutas, que ocorrem com o fito da proteção de determinados bens jurídicos.

Delimitar, portanto, as métricas de surgimento dos bens jurídicos significa tentar elucidar em quais situações o direito penal estará legitimado a atuar, salientando a necessidade de se aferir como a moral desempenha seu papel nesse momento.

Uma sociedade que almeja a preservação ampliada dos direitos fundamentais é aquela que deslegitima a atuação exacerbada do direito penal, pois, a evolução implica no esvaziamento das tipificações de condutas.

## **2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A TUTELA DOS BENS JURÍDICOS PENALMENTE RELEVANTES**

Primordialmente, no que tange à Teoria da Imputação Objetiva, com a real intenção de aferir pragmaticamente quais são as características que circundam a criação concepcional e suas pretéritas modulações evolutivas, necessário se perfaz a análise conjunta da gravidade interventiva do direito penal, que nos remonta ao exame da formulação concepcional dos bens jurídicos capazes de respaldar tal atuação, na tentativa de tornar nítida qual a verdadeira função do referido ramo jurídico.

O conceito de bem jurídico sofre a ingerência axiológica de diversos autores que fundamentalmente se debruçam sobre o etiquetamento deste elemento motivador da atuação legítima do ramo jurídico penal.

Dentre as acepções que inicialmente merecem destaque, podemos aduzir a explanada por Gunther Jakobs ao asseverar que:

O direito penal não serve para a proteção genérica de bens que são considerados como jurídicos, serve sim, para a proteção de bens contra certos ataques, e só no que se refere a essa proteção de bens, aparecerão na ótica do direito, e, portanto, serão considerados, bens jurídicos.

O direito não é um muro construído para proteger os bens, é sim, a estrutura que garante a relação entre pessoas. Portanto, o direito penal como proteção dos bens jurídicos significa que uma pessoa, apegada a seus bens, é protegida das ameaças de outra pessoa. (JAKOBS, 2005, p.33)

A delimitação conceitual formulada por Jakobs, nos remete a constatação de que ao direito penal não se atribui a árdua tarefa de classificar, tampouco originar os bens jurídicos de determinada sociedade, competindo-lhe a tarefa não menos valorada de proteção aos aduzidos bens.

O preceito formulado por Jakobs transmuta a atuação do direito penal a um momento posterior ao surgimento dos bens jurídicos, na realidade o direito penal não terá o condão de preservar todos os bens jurídicos, na medida em que ainda haverá um afunilamento dos bens que merecem a atenção do direito penal, sendo os demais protegidos por normas do direito civil ou administrativo.

Por sua vez, a de se conceber a primazia conceitual estabelecida pela concepção de Claus Roxin que expende:

A função do direito penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos.

Bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos. (ROXIN, 2006, p.18).

A ótica traçada pela concepção Roxiniana, traduz a real função dos bens jurídicos catalogados pelo direito penal e sua ínsita tratativa protetional cuja finalidade esta lastreada pela busca do equilíbrio das relações interpessoais vistas coletivamente.

A tentativa de construção de um conceito harmônico do que poderia corresponder, no âmbito teórico, os bens jurídicos, em que o direito penal se predispõe a tutelar, merece a confrontação com as ideologias estabelecidas por filósofos como Rudolphi, Marx e Hassemer.

Os aludidos autores baseavam a concepção do bem jurídico, sob o prisma ideológico de caráter pessoal, individualizando o que deveria integrar a proteção jurídico penal, assim, segundo Roxin, correspondia a uma ideologia limitativa, inepta a abarcar os bens jurídicos da generalidade (ROXIN, 2006, p.19).

É imperiosa a aferição de que a tutela jurídico-penal dos bens postos em análise, indistintamente perpassa pela necessária expropriação valorativa dos elementos que compõe a visão axiológica de determinada coletividade de sujeitos, que anseiam pelo natural convívio harmonioso.

Uma vez concebido os moldes de aferição pelos quais se permitem estimar os bens jurídicos que necessariamente merecem a intervenção danosa do direito penal, alcançasse o ponto motriz ensejador do surgimento dos tipos penais.

Os tipos penais consistem, de acordo com a necessária observância determinativa do princípio da legalidade, do resultado do processo legislativo que busca tutelar as acepções coletivas protetionais com o fito de possibilitar que determinados cidadãos se relacionem harmonicamente.

Se protege penalmente os bens relevantes à manutenção da ordem sob pena de latente afronta ao princípio da intervenção mínima da seara penal. A tutela incriminadora, em caso de afronta a tais bens, estaria substancialmente legitimada à proteção do essencial.

A essencialidade e subsidiariedade intrínseca a natureza jurídica do direito penal, correspondem aos elementos pretéritos primordiais para concepção da função de tal ramo jurídico, o que delimita o próprio poder do legislador.

Inconcebível será a possibilidade do estabelecimento, por parte do legislador, da tipificação de condutas que afrontem os direitos fundamentais ou correspondam a ideologias classistas.

A evolução paradigmática dá ensejo a proibição do retrocesso, na medida em que transpõe o referencial ideológico para um plano substancialmente mais elevado.

Ao se aferir a teoria roxiniana sobre os aludidos bens jurídicos penalmente relevantes, o autor insere, como elemento delimitador da atuação do poder legislativo no exercício da sua função constitucional de tipificar condutas, o elemento do consentimento, ao aduzir:

A consciente autolesão, como também sua possibilitação e fomento, não legitimam uma sanção punitiva, pois a proteção de bens jurídicos tem por objeto a proteção frente à outra pessoa, e não frente a si mesmo.

Um paternalismo estatal, enquanto este deva ser praticado através do Direito Penal, é por isto justificável somente tratando-se de déficits de autonomia do afetado (menores de idade, perturbados mentais, que não compreendem corretamente o risco para si).

A participação no suicídio não deve ser punível, como ocorre na Alemanha, ao contrário de muitos outros países, quando aquele que consentiu com a morte tomou sua decisão em um estado de total responsabilidade; isto é uma questão de grande importância na moderna discussão sobre eutanásia. (ROXIN, 2006, p.23)

Roxin acrescenta à memorável discussão do surgimento dos bens jurídicos penais, a possibilidade de consentir com a sua infração, expurgando a atuação do estado, desalvorando a tipicidade em virtude da disponibilidade subjetiva do referido bem.

Depreender a institucionalização do consentimento, outorgando poderes salutaris a afetação aos tipos penais, em virtude da mitigação, por tal elemento, da lesão aos bens jurídicos, é um dos pontos teleológicos do presente trabalho científico, no que condiz mais precisamente aos reflexos à aludida tipicidade.

Contudo, necessário se faz a priori, o percalço sobre os demais elementos que mitigam a institucionalização exacerbada de numerosos tipos penais, tais como a inserção no direito comparado do princípio constitucional da proporcionalidade, antes de adentrar nos elementos integrantes da figura do consentimento, com especial atenção aos delitos de consumo pessoal e correlatos preconizados na lei de drogas.

Transmutando a análise para o direito Alemão, Roxin nos ensina que o seu Tribunal Constitucional, em um juízo ponderado de cunho valorativo,

legitimou como método de elegibilidade dos bens jurídicos penais, o princípio constitucional da proporcionalidade ao descrever que:

O Tribunal decide sobre a admissibilidade de uma intervenção jurídico-penal lançando mão do princípio da proporcionalidade ao qual pertence a chamada proibição de excessos como uma de suas manifestações. Poder-se-ia dizer que uma norma penal que não protege um bem jurídico é ineficaz, pois é uma intervenção excessiva na liberdade dos cidadãos. Desde de logo, haverá que deixar ao legislador uma margem de decisão no momento de responder se uma norma penal é um instrumento útil para a proteção de bens jurídicos.

Mas quando para isso não se possa encontrar uma fundamentação séria justificável, a consequência deve ser a ineficácia de um norma penal desproporcional (ROXIN, 2006, p. 27).

O racionalismo sistêmico que deve pautar o arcabouço normativo de um estado democrático de direito, legitima a simbiose analógica de institutos que permitam a expansão do direito como mecanismo efetivo da tutela jurídica.

Nessa linha, Roxin destaca a atuação do Tribunal Alemão na intrínseca inserção do princípio da proporcionalidade como balizador da institucionalização de bens jurídicos que dão ensejo as normas típicas.

O direito se legitima em si mesmo quando, seus mecanismos racionais são proporcionais a teleologia pela qual seu embrionismo se funda. É a razão da existência sob a ótica da manutenção da sua necessária tutela que, em casos de desvios, se torna desproporcional.

Há ainda, a existência de outras métricas capazes de indicar técnicas de aferição ponderada dos fins aos quais o direito penal estaria legitimado a agir, o que será objeto de estudo no curso da construção do presente trabalho científico.

No que tange aos bens jurídicos penalmente relevantes, ponto primordial para identificação da tutela penal, é salutar o adendo acerca das apreciações roxinianas às teses prelecionadas por Hirsch, Stratenwerth, Jakobs.

Segundo Roxin, Hirsch não tinha o intento negatório da concepção de bem jurídico pessoal derivado do contrato social, apenas compreendia a impossibilidade da proteção penal total a tais bens.

O mencionado autor ainda acrescenta a observância da tutela subsidiária do ramo penal, apenas quando ineficientes os mecanismos de controle advindos das regulamentações civis ou jurídico-administrativas.



A primazia racional da concepção de Hirsch, na visão de Roxin, foi a correlação necessária do aludido princípio da subsidiariedade com o princípio da proporcionalidade, estruturantes imprescindíveis ao organograma intervencional do direito penal. (ROXIN, 2006, p.31).

Merece destaque intelectual a asseveração construída por Stratenwerth ao incorporar como bens jurídicos penais a proteção de animais e das futuras gerações. Nesse epicentro ideológico Roxin anui enfaticamente que a ampliação de tais bens com o fito de incorporação não só do círculo dos homens, mas também, das demais criaturas vivas e das futuras gerações, é salutar para o contrato social harmônico. (ROXIN, 2006, p.33).

Tais concepções sempre nos remonta a ideia primordial de que os bens jurídicos eleitos pela sociedade são o resultado de suas acepções ideológicas, consuetudinária, políticas e demais elementos antropológicos que os materializam.

Tecidas tais considerações lacônicas acerca dos bens jurídico-penais, culmina-se a necessidade de adentrar nas axiomáticas concepções sobre o consentimento e suas vertentes basilares.

Partindo do pressuposto antropológico do consentimento, me atenho como objeto de estudo à classificação do mesmo, como a livre e desimpedida manifestação volitiva do sujeito com capacidade de compreender os fatos e sobre eles emitir sua vontade, após o devido juízo de valor.

O refinamento conceitual formulado no parágrafo anterior possui a finalidade de se ater estritamente a vertente jurídica de tal instituto, sem necessariamente, no presente momento, se imergir nas concepções psicológicas, tampouco as intrínsecas a natureza do homem como ser natural.

Formulado tal adendo, foca-se a atenção a concepção do consentimento prelecionada por Feuerbach ao aduzir que:

Enquanto uma pessoa pode renunciar de seus direitos através de um ato declaratório de sua vontade, o consentimento para o fato da parte do prejudicado elimina o conceito de delito.

*Volenti non fit injuri.* Tão somente deve ser submetido às disposições prováveis (conforme o direito) do ofendido, o direito contra qual a ação, a que se refere o consentimento está dirigida. Se o direito está subtraído à livre manifestação da vontade do autorizado ou se este é incapaz da sua livre disposição, o consentimento não tem efeito jurídico algum. (PIERANGELI, 2001, p.73).

Na linha racional desenvolvida pelo autor referendado, se extrai como pressuposto do consentimento a aferição da natureza do direito e da capacidade de disponibilidade do bem jurídico infringido.

A agregação pretérita de elementos como requisitos para a ocorrência do consentimento possui o intuito de legitimar tal instituto como uma ferramenta criteriosa com aptidão de mitigar a violação aos tipos penais, se impõe requisitos para que com a sua supressão se ampliem as consequências da sua ocorrência.

O consentimento do ofendido juntamente com a aferição dos bens jurídicos penalmente relevantes, habitam o epicentro das atenções da legitimidade do direito penal ou da sua conseqüente mitigação, uma vez que, para toda atuação penal se invoca imprescindivelmente os princípios da intervenção mínima, da lesividade, da subsidiariedade e suas derivadas acepções.

Com tal relevância, necessário se faz se debruçar de forma tênue sobre as demais teses do consentimento, como as concebidas por Zitelmann, Frank, Bierling, Mezger e Welzel, no intuito de ilustrar as suas fundamentações teóricas que embasarão de forma aprofundada o presente trabalho em momento posterior.

Segundo discorre Zitelmann e posteriormente Frank, o consentimento pode ser visto como uma figura assemelhada ao negócio jurídico eminentemente privado. Tal concepção se baseia na possibilidade do estabelecimento sinalagmático da vontade em detrimento de determinados bens.

Assim, “todas as ações consentidas que estivessem de conformidade com o direito privado, ainda que eivadas da antijuridicidade penal, esta restaria excluída em face das disposições da gestão de negócios” (PIERANGELI, 2001, p.75).

Contudo, muito embora se permitisse a formulação de um negócio jurídico mitigador da atuação do direito penal, isso só se faria possível quando o bem alvo de lesão não possuísse natureza pessoal, tais como a vida, integridade física dentre outros.

O referido afunilamento que sobrestariam determinados bens, correspondem a possibilidade de disponibilidade volitiva do ofendido e a

autorização social, uma vez que mesmo presente os requisitos para formulação do “negócio jurídico”, tal bem pessoal seria insuscetível de afetação mitigadora da tutela penal.

A referida teoria procurava justificar a coexistência legítima de esportes que atentam contra os referidos bens pessoais, tais como boxe, “vale tudo” e demais atividades lesivas.

Nada obstante, apesar de ilustrar uma nova vertente ótica, a referida tese sofrera fortes críticas a exemplo das tecidas por Mezger, que aduzia não serem todas as manifestações de vontade objetos de negócios jurídicos além do ordenamento legitimar a formulação de negócios jurídicos sobre objetos lícitos e não sobre os bens considerados ilícitos por outro ramo jurídico como o penal.

Conclui as suas críticas, salientando que tal concepção negocial do consentimento se tratava de um desacerto da compreensão de dois institutos diametralmente opostos, o consentimento como causa de justificação salutar para o direito penal e, o consentimento como negócio jurídico desinteressante para o direito penal.

Na visão concebida por Bierling, os bens jurídicos possuíam a conotação de serem tutelados enquanto o seu titular os considerasse e os tratasse como bens de valor. Nesse sentido o seu titular, na medida que consentisse com determinada conduta, afastava a lesividade e por consequência a ilicitude.

A referida teoria recebeu a nomenclatura de teoria da ação jurídica, tendo em vista a mutação causada pelo consentimento, que afastava a tutela jurídico-penal sobre o bem objeto da disponibilidade.

Assim, de acordo com o suporte fático ensejador da disponibilidade, não a renúncia a previsibilidade típica da conduta, mas a renúncia à proteção jurídica do referido bem jurídico em face do sujeito exclusivo que exprimiu o consentimento.

Em derradeiro, merece atenção a concepção tecida por Mezger ao expender um aprimoramento a teoria de Bierling, asseverando que o consentimento pressupõe “o abandono consciente dos interesses por parte daquele que, legitimamente, tem a faculdade de disposição sobre o bem jurídico” (PIERANGELI, 2001, p.79).

O referido autor ainda enumera, em seu âmbito conceitual, que existem duas normas reguladoras das quais podem ser encontradas as causas que chamara de justificadoras, elencando como a primeira a falta de interesse que resultaria na ausência do injusto ou ausência de proteção, e na segunda, a determinação do interesse.

O aludido autor adota, ainda, como base ideológica, a necessária aferição da consciência jurídica de cada época, o que torna a aferição do consentimento intimamente atrelada aos elementos circunstancias que compõe determinada ocorrência empírica.

Por fim, ainda analisando o âmbito do consentimento, destaca-se a concepção de Welzel que se filia a teoria da ação jurídica asseverando que o consentimento torna determinada conduta lícita. Contudo, o referido penalista atribui uma elevada carga valorativa ao direito consuetudinário como critério limitador do consentimento, não podendo este ser contrário aos bons costumes.

Por tal linha racional e palpável o embasamento conceitual pautado na interrelação dos aspectos que compõem o surgimento dos bens jurídicos e a outorga, ao seu titular, de um elemento mitigador primado na valoração coletiva de tal bem.

A violação ao bem que embora só afete materialmente o ofendido, não está sujeito ao consentimento pelo fato de respaldar de forma colateral aos anseios sócias da coletividade.

### **3 UMA ANÁLISE DA EVOLUÇÃO CONCEPCIONAL DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA E SUA SIMBIOSE COM A TUTELA DOS BENS JURÍDICOS PENALMENTE RELEVANTES**

As primeiras concepções da imputação objetiva se diferem da moderna concepção da imputação objetiva na medida em que, segundo retrata Roxin, “primeiramente, a formulação moderna trabalha com a ideia de risco, de perigo ainda não presente de forma explícita nas primeiras construções; em segundo lugar a formulação moderna desenvolve uma série de critérios de exclusão da imputação, enquanto as teorias primitivas esgotavam-se, fundamentalmente, em excluir os resultados previsíveis” (ROXIN, 2002, p.15).

Contudo, o ciclo paradigmático ensejador da solidificação conceitual de determinada teoria, denota sua aptidão em romper, no curso do percalço, as barreiras existentes no plano da crítica.

É assim, que primeiramente aflora a concepção de autores de renome como Larenz, Hegel, Honig e Welzen, como contribuintes diretos ou colaterais para o aperfeiçoamento teórico da moderna imputação objetiva.

De forma escalonada e sublime, se direciona a aferição contributiva de tais autores como o fito de elucidar a necessidade de aprofundamento, a posteriori, das vastas características e críticas existentes sob o âmbito conceitual de cada filósofo do saber.

Primariamente, salutares foram as contribuições conceituais agregadas por Larenz, que embora tenha enveredado mais acintosamente para o ramo cível do direito, foi o responsável por estabelecer a conceituação mais nítida da imputação.

Baseado nas concepções de Hegel, Larenz asseverava que a liberdade é inerente ao homem enquanto sujeito racional, essa liberdade intrínseca se manifesta por intermédio da vontade livre da vontade moral, e a vontade é exteriorizada através das ações (ROXIN, 2002, p.16).

A ação ganha o status de objetivação da vontade, essa teria aptidão de controlar os cursos causais em determinado sentido, nessa medida o que resultara de tal empreendimento receberia a concepção de obra do sujeito.

A vontade se torna o ponto motriz, percursora do ensejo das ações, sendo a ocorrência pretérita materializada por meio da ação humana. Tal ação passa a tangenciar o estabelecimento conceitual de uma nítida distinção do que corresponderia a uma ação, conceito diametralmente oposto do que se configura acaso.

Esta distinção estabelece, no plano teórico, uma diferenciação não formulada a época, sendo de imenso relevo para a imputação objetiva que trabalha com a ideia de risco proibido e risco permitido.

A concepção de Larenz ainda permite o enquadramento do conceito de finalidade que destoa da percepção do que corresponderia ao casual, sendo imputado ao sujeito tudo aquilo que integra a sua finalidade, o que não estiver enquadrado em tal conceito corresponderia ao acaso.

Apesar da primazia teórico distintiva desenvolvida por Hegel, na qual Larenz se fideliza, críticas surgiram tendo em vista tal conceito não permitir a inclusão em sua seara de imputação, dos crimes culposos, só permitindo a afetação aos crimes dolosos.

Com o fito de suprir tal lacuna teórica Larenz acrescenta como elemento o foco sobre a ideia de pessoa, rompendo, apenas nesse ponto, com a concepção hegeliana de imputação sobre o sujeito.

A pessoa passava a ser interpretada como ser racional (vertente teórica presente em outras concepções de Hegel, como as teorias das penas, mas não empregada nesse momento), o que denota o rompimento da concepção de sujeito natural.

Surge, portanto, a figura normativa de pessoa sob o prisma ótico da racionalidade inerente ao ser humano. Com o estabelecimento de tal modificação referencial se transmuta a finalidade para abranger tudo aquilo em que objetivamente a ação tendia a atingir, sendo rompido a concepção hegeliana adstrita a finalidade correspondente ao que o indivíduo efetivamente previu e quis.

Com a aludida modificação conceitual passa-se a abranger os delitos de natureza culposa diferenciando o que pode ser englobado na finalidade com o que corresponderia efetivamente ao acaso. Esse, agora, opera em caráter residual tendo em vista a aferição do dolo e da culpa.

Há de se notar que a finalidade não passa a ser aferida subjetivamente, mas sim objetivamente, não sendo imputado ao agente apenas aquilo que foi conhecido e querido mas também aquilo que poderia ser conhecido e compreendido pela vontade, tudo que for objetivamente previsível.

Larenz apesar de se basear nas concepções primadas por Hegel, introduz uma modificação salutar na aferição do indivíduo como pessoal racional munido de finalidade, passando a analisar tal finalidade de acordo com a métrica objetiva, objetivando a previsibilidade, sendo tal elemento essencial para a moderna teoria da imputação objetiva.

A importância conceitual fornecida por Larenz, corresponde ao ponto de partida para a concepção do finalismo e da imputação objetiva tal qual assevera Roxin ao aduzir que:

Welzel, o pai do finalismo, inclusive chega a apontar para a identidade de resultados entre sua teoria e a de Larenz. Por mais inacreditável que pareça, é bem possível afirmar que a teoria finalista da ação e a imputação objetiva tal como a conhecemos hoje são irmãs, ambas filhas da teoria da imputação de Larenz (ROXIN, 2002, p.20).

A inserção conceitual de um elemento consubstanciado no âmbito racional é capaz de multiplicar o alcance de determinada teoria, que pode passar a abranger outros suportes fáticos anteriormente incompatíveis, trata-se da evolução teórica.

No trajeto concepcional da moderna teoria da imputação objetiva, podemos elucidar a participação dos ensinamentos explanados por Honig, mentor da inserção da imputação no ramo jurídico penal.

Honig fora responsável pelo estabelecimento do que denominara nexos normativos, rompendo com a antiga concepção de nexos causais imposta pela teoria da causalidade, que estava adstrita a ocorrência de um comportamento e um resultado naturalístico de afetação ao mundo exterior.

O nexos normativos passou a corresponder a um filtro concebido em resposta a necessidade da ordem jurídica. Honig começa a asseverar que a imputação objetiva é estritamente axiológica, contudo tal valoração se permeia de forma objetiva, como aquilo que poderia ser almejado pelo sujeito causador da conduta.

Assim, “será imputável aquele resultado que se possa considerar dirigido a um fim”, sob a vertente analítica objetiva. O aludido autor ainda salienta que a teoria da imputação corresponderia a uma teoria da ação em que seu objeto de afetação seriam apenas as ações típicas não englobando as demais (ROXIN, 2002, p.21).

Por conseguinte é imperioso destacar a salutar influência das concepções da teoria da causalidade adequada, da teoria da relevância, da teoria da adequação social, da teoria social da ação, bem como a teoria finalista da ação e da teoria dos crimes culposos, o que demanda um aprofundamento teórico extenso não correspondente ao objeto de estudo do presente trabalho.

Desta forma, feitas tais sucintas considerações é possível depreender que a imputação objetiva está lastreada na concepção de criação de um risco proibido e a realização deste risco no resultado, sendo aferido objetivamente, e que esteja contido na esfera de proteção da norma.

Na aludida concepção moderna de imputação objetiva passamos a ter no tipo o resultado do somatório do tipo objetivo e do tipo subjetivo. O tipo objetivo por sua vez é composto da ação mais a causalidade, mais o resultado, somando-se ainda com a criação de um risco juridicamente desaprovado e a sua ocorrência no resultado.

Já o tipo subjetivo será composto pelo dolo somado aos demais elementos subjetivos especiais.

A referida conotação concepcional da moderna teoria da imputação objetiva passa a impor a necessária observância do critério do risco, podendo este se manifestar de forma proibida ou permitida.

A simbiose entre a concepção de risco, atrelada ao estudo do consentimento nos transporta para a aferição da teoria roxiniana da autocolocação em perigo e da heterocolocação em perigo, e esta última ainda sob a vertente da heterocolocação em perigo consentido.

É necessário salientar que nesse momento o consentimento passa a ter aptidão não em mitigar a tutela das condutas tipificadas pelo ordenamento sob a análise do bem jurídico, mas sim o condão de afastar, em um determinado suporte fático, a ocorrência de tal ilícito.

Os bens jurídicos penalmente relevantes possuem a característica embrionária de serem responsáveis por legitimar toda a atuação do direito penal, sendo indissociável a presença de tal requisito, tendo em vista a impossibilidade negatória de elementos pretéritos, sob pena de se imergir em uma concepção ilógica.

Contudo, o que se modifica é o referencial de afetação, tal qual nos ensina Roxin ao explicar:

A teoria da imputação objetiva, em cuja renovação e desenvolvimento moderno tenho tido uma participação destacada, decorre inexcusavelmente do princípio da proteção de bens jurídicos e, nesta direção, tem chegado a alcançar uma ampla difusão internacional. Querendo o direito penal proteger bens jurídicos contra os ataques humanos, isto só será possível na medida em que o Direito penal proíba a criação de riscos não permitidos e, ademais, valere a infração na forma de uma lesão do bem jurídico, como injusto penal. Portanto, ações típicas são sempre lesões de bens jurídicos na forma de realização de riscos não permitidos criados pelos homens (ROXIN, 2006, p.40).



A concepção de permissibilidade de riscos possui a finalidade de possibilitar o desempenho de atividades necessárias à manutenção da vida do ser em sociedade, caso não houvesse a figura do risco permitido alcançaríamos o congelamento social.

O risco permitido consiste na permissibilidade de atividades que possam afetar determinados bens jurídicos penalmente relevantes sem que com isso se incorra na prática de atividades típicas.

Roxin ainda nos ensina que “podemos mostrar que a teoria da imputação objetiva se encontra enlaçada diretamente com o princípio da proteção de bens jurídicos, e que dita teoria fixa a medida da proteção mediante um sutil conjunto de regras, racionalmente convincentes, circunscritas ao social e politicamente necessárias.

Portanto, a teoria da imputação objetiva resulta à constituição do injusto penal muito mais produtiva que as categorias ontológicas valorativamente cegas, como, efetivamente, são a causalidade e a finalidade. (ROXIN, 2006, p.43).

Formulando um peculiar esclarecimento sobre os principais conceitos e características norteadoras da teoria da imputação objetiva, Manuel Cancio Meliá assevera que:

Por isso, um crescente setor doutrinal – em que se destacam as colocações de Frisch e Jakobs – propôs orientar a teoria da imputação objetiva para entendê-la como revisão do tipo objetivo. Passa-se assim da imputação do resultado à imputação da conduta como típica.

Desde o ponto de vista aqui adotado, está é a visão correta da teoria da imputação objetiva: trata-se de definir a conduta típica, mais além de elementos fáticos naturais e de acidentes particulares da infração, normativamente como conduta com significado (objetivo) típico. Desde esta perspectiva, o peso essencial da teoria – aplicável a qualquer infração – estaria nos mecanismos dogmáticos da imputação da conduta como típica, passando os problemas da imputação objetiva do resultado a converter-se numa especialidade dos delitos de resultado. Vista assim, a teoria da imputação objetiva é a tradução dogmática na teoria do tipo das correntes jurídico-dogmáticas funcionais das últimas décadas.

Uma vez assentados os pressupostos que antecedem resulta possível chegar ao nível dogmático concreto, é dizer, oferecer uma ordenação do material destinado a ser aplicado na resolução de casos. Cabe afirmar, de acordo com o já exposto, que toda a teoria da imputação objetiva responde a duas raízes distintas: por um lado, trata-se de determinar se as características da conduta realizada pelo autor se correspondem com a previsão do delito. Por outro lado, nos delitos de resultado, trata-se de comprovar – uma vez verificado o caráter típico da conduta – se o resultado conectado causalmente a essa conduta

pode conduzir-se normativamente a esta, é dizer, se também o resultado é típico (MELIÁ, 2005, p.61).

Extraindo dos ensinamentos acima explanados, podemos perceber que o autor identifica, sob o viés concepcional de Frisch e Jakobs, que a teoria da imputação objetiva fora criada no intuito de dimensionar a causalidade (evitação do regresso), nos delitos praticados, transpondo o aludido limite e conseqüentemente gerando a mitigação à tipicidade, tendo como norte a criação dos riscos permitidos e proibidos, bem como a propensa imputação ao âmbito de responsabilidade da vítima.

A aferição da aplicabilidade da teoria da imputação objetiva perpassa pela emprego de uma técnica com escalas sucessivas, aplicando-se uma classificação progressiva do que consistiria o âmbito mais genérico ao mais específico.

Inserir-se na análise técnica acima minuciada o conceito de risco permitido atrelado ao princípio da confiança, facilmente aferível nos casos de atividades inerentemente arriscadas, a exemplo do tráfego viário, o funcionamento industrial, dentre outras, com a escopo de proporcionar a rotação das engrenagem sociais.

A este contexto cabe ressaltar que doutrinadores ainda formulam a necessária distinção entre os riscos permitidos e os cursos causais irregulares, agregando aos primeiros o teor das atividades arriscadas em que seus descumprimento pode acarretar a infração a um tipo penal e contrapartida aos cursos causais irregulares em que as condutas que não observam o devido cuidado não acarretam em tipos penalmente relevantes.

Nesse espectro, o que se evidencia são as situações que, embora desencadeadoras de atividades que extrapolam a aceitação social, só geram a ingerência de outros ramos do direito ou, sequer estes.

Surge então questionamentos acerca da aplicação deste ponto teórico no direito Brasileiro, uma vez que segundo preleciona Meliá, “não lidamos no Brasil com os conceitos supra, é dizer, não verificamos para imputar determinada conduta ao caso, se podia confiar de que os outros, dentro de uma interação social que se espera, ou ainda, numa organização de trabalho, comportar-se-iam de acordo com o esperado” (MELIÁ, 2005, 64).

Nessa conjectura, o autor ainda elucida os casos dos sujeitos que se envolvem em acidentes de trânsito e que, como reprimenda estatal, sofrem as sanções decorrentes do Código de Trânsito, de natureza administrativa, como multa ou, até mesmo, são obrigados a despendar quantias a título de reparação de natureza cível.

Inserir-se nessa inteligência o princípio da confiança, como métrica a dar especificidade a genérica aferição dos riscos permitidos. Nesses casos o que se busca é a constatação da esfera de responsabilidade dos sujeitos ativos da conduta em análise e, ainda, afinando os conceitos, se aplica a concepção da proibição de regresso preconizada por Jakobs, sem olvidar a transposição da barreira dos ditos riscos permitidos aos proibidos, ensejadores da teoria da imputação objetiva.

Jakobs insere o conceito de proibição de regresso com a precípua finalidade de impor pragmaticamente o direcionamento específico da responsabilidade dos sujeitos que atuam em determinado suporte fático passível de aplicação da imputação objetiva.

A proibição de regresso visa o estabelecimento de mais uma métrica com o viés de resvalar as imposições unilaterais e arbitrárias dos comportamentos. “Existe uma proibição de regresso cujo conteúdo é que um comportamento que de modo estereotipado é inócuo não constitui participação numa organização não permitida”. Para Jakobs, no que se refere ao seu enquadramento sistemático – e este é, como se disse, o ponto de vista que aqui se defende – a proibição de regresso exclui a imputação objetiva do comportamento” (MELIÁ, 2005, p.66).

Derradeiramente surge o problema da delimitação para proibição de regresso, sendo salientado pelo autor que:

Para marcar estes limites, Frisch propôs recorrer ao critério do “conteúdo de sentido” da conduta do autor. Desde esta perspectiva, só se a conduta do autor mostra o específico sentido de ser um favorecimento ou uma incitação a um comportamento delitivo ou a uma conduta arriscada de um sujeito que carece dos conhecimentos relativos aos riscos, poderá falar-se, em princípio, de uma conduta típica do primeiro.

Desde a perspectiva aqui adotada, em conclusão, pode dizer-se que o âmbito da proibição de regresso fica diferenciado do correspondente ao risco permitido pelo fato de que uma vez determinado o âmbito em que existe um significado unívoco não delitivo da conduta do autor – a conduta do autor, como se viu, fica desvinculada do posterior

desenvolvimento lesivo com independência da cognoscibilidade ou conhecimento por parte do autor do mesmo (MELIÁ, 2005, p.69).

Observa-se o emprego de um critério com o fito de evitar a vinculação desarrazoada dos antecedentes causais aqueles que de fato, não empregam comportamentos significativamente relevantes à afetação do fato típico.

Meliá ainda enumera o que intitulou de “imputação no âmbito de responsabilidade da vítima”, salientando que se trata da terceira instituição da teoria da imputação objetiva, nesse espectro expõe que:

A instituição que traduz em termos dogmáticos esta necessidade de levar em conta o valor da auto responsabilidade no marco da teoria da imputação objetiva pode denominar-se imputação ao âmbito de responsabilidade da vítima. Esta instituição opera nos casos em que o titular de um bem jurídico (“vítima”) empreende conjuntamente com outro (“autor”) uma atividade que pode produzir uma lesão desse bem jurídico. A atividade geradora do risco deve ser imputada ao âmbito de responsabilidade preferente da vítima, na medida em que – em primeiro lugar – a atividade permaneça no âmbito do organizado conjuntamente pelo autor e vítima, - em segundo lugar – a conduta da vítima não tenha sido instrumentalizada pelo autor, por carecer esta da responsabilidade ou da base cognitiva necessárias para poder ser considerada auto – responsável, e – finalmente, em terceiro lugar – o autor não tenha um dever de proteção específico frente aos bens da vítima.

A imputação da atividade ao âmbito de responsabilidade da vítima não depende da configuração fenomenológica das contribuições de execução material da vítima e autor por si (MELIÁ, 2005, p.72).

Desse recorte concepcional podemos extrair que a definição da atividade desenvolvida conjuntamente pelo autor e pela vítima em questão, a esfera de responsabilidade passa a recair sobre a vítima.

A conclusão parcial da afirmação acima descrita, decorre da constatação de que a esfera de autonomia detida pela vítima, transporta uma atribuição preferente dos prováveis danos a sua próprio esfera de responsabilidade.

Essa concepção destoa da já apreciada ideologia teórica da autoria e participação, na medida em que as bases se pautam na aferição da contribuição do agente tendo-se como métrica a maior ou menor classe em relação a sua relevância na execução, enquanto que para teoria da imputação a análise se perfaz sob a ótica da auto responsabilidade em se pôr na situação de risco desencadeadora do evento supostamente ilícito.

Assim, “se a interação é reconduzível ao atuar imputável à vítima, desde o ponto de vista normativo o fator dominante é sua conduta auto-responsável” (MELIÁ, 2005, p.72).

Meliá descreve tal acepção no intuito de demonstrar o papel empenhado pela vítima e sua determinação para propensa culminação dos eventos posteriores, situação que corresponde a autocolocação em perigo.

Feitas tais digressões conceituais é imperioso perpassar sobre os debates que circundam a figura da heterocolocação em perigo consentida, precipuamente sobre a sua respectiva justificativa teórica existencial, para em seguida se ater a diferenciação dos casos de contribuição a uma autocolocação em perigo dolosa, tal qual já questionara Roxin. (ROXIN, 2014, p.130).

Roxin prelecionava que a figura da heterocolocação em perigo consentida se materializava nos suportes fáticos em que determinado sujeito, se dispõe a colocar terceira pessoa em uma determinada circunstância de risco juridicamente proibida, com total consentimento deste.

O embasamento teórico elucidado pelo mencionado autor nos remete a análise da existência real de constatação dos sujeitos envolvidos da circunstâncias de risco proibida e, sua assunção direta ou colateral, da responsabilidade dos danos porventura desencadeados.

Em sede de jurisprudência comparada, o mencionado autor nos remonta aos casos apreciados pelo Tribunal Alemão:

A jurisprudência nos fornece inúmeras outras constelações desse gênero, como o caso do Memel, decidido pelo então Tribunal do Império e ainda hoje famoso. Nesse caso, o comandante de um barco cedeu à pressão exercida por dois viajantes que, apesar de terem sido avisados por aquele dos riscos, queriam cruzar o rio em um dia de tempestade e me que o nível de água estava alto. O barco virou, os viajantes afogaram-se e o comandante foi salvo. O comandante pode ser punido nos termos do §222 do Código Penal alemão (homicídio culposo)?

O caso da Aids, em que alguém mantém relação sexual desprotegida com um parceiro portador do vírus, conhecendo a infecção deste, é um clássico da época do pós guerra. Uma heterocolocação em perigo consentida está da mesma forma presente no caso de pequeno veículo transportador: Um homem que trabalhava em uma construção sentou-se, a despeito de ter sido advertido em sentido contrário pelo motorista, em uma parte desprotegida do veículo; ele foi atirado à via em decorrência de um acidente em que o motorista não teve culpa e faleceu. Muito discutido é também o caso do surfista do carro, em que jovens tentavam manter-se no teto de um carro que se movia a 70, 80 km/h. um deles caiu do carro e sofreu lesões corporais graves, o motorista responde pelas lesões? (ROXIN, 2014, p.130/131).

O mencionada autor formula o recorte dos referidos casos para tentar elucidar de forma mais clarividente como deve ser modulado os elementos distintivos entre a autocolocação em perigo e a heterocolocação em perigo consentida.

Infere o autor que nos delitos culposos o elemento distintivo das duas teóricas figuras jurídicas esta pautado pelo domínio do sujeito sobre o desencadeamento dos acontecimentos.

Embora descreva como tênue a prescrita distinção, há de se observar que estão presentes pontos axiomáticos haja vista que, o próprio Tribunal alemão, não reconhecia a sub vertente teórica da teoria da imputação objetiva em seus julgados registrados em 2011. (ROXIN, 2014, p.132).

Roxin descreve ainda a existência da figura da autocolocação em perigo dolosa, em que o Tribunal Alemão (BGH), possui o entendimento da impunibilidade do agente.

O referido Tribunal clarifica seu entendimento através dos casos de participação no suicídio e autolesão dolosa conforme esclarece:

A fundamentação do BGH baseia-se na impunidade da participação em suicídio e autolesões dolosas: quem provoca, possibilita ou fomenta de forma culposa uma ação autoresponsável que conduzirá a autolesões ou ao suicídio não pode ser punível, se nem sequer no caso de provocação, possibilitação ou fomentação dolosa ele seria punível. No entanto, a opinião majoritária da doutrina fundamenta a impunidade do terceiro na autoresponsabilidade daquele que se autolesiona ou se autocoloca em perigo. Apesar da discussão existente, ambas as fundamentações não se excluem, pois a impunidade da contribuição a autolesão dolosa embasa-se justamente na autoresponsabilidade daquele que se autolesiona (ROXIN, 2014, p.133).

Necessário rememorar que o dito caso em análise que serviu de embasamento para exemplificação de Roxin, não é passível de tipificação no direito Alemão, situação dispare na nossa legislação criminal que descreve como conduta típica o auxílio, instigação ou induzimento ao suicídio, o que por si só não modifica a concepção teórica e possibilidade de enquadramento no nosso sistema jurídico.

O ponto axiomático situa-se na aplicável concepção da teoria da imputação objetiva que possui como vertente as ditas autocolocação em perigo

e heterocolocação em perigo consentida, que servirão como fundamentação teórica para legitimar a mitigação da tipificação do uso de drogas e do crime de tráfico na modalidade de cessão gratuita de drogar para consumo compartilhado.

Como expendido em momentos anteriores, o direito penal materializa sua atuação na pretensa proteção de bens jurídicos relevantes para o corpo social, como elucidado por Jakob, tratando-se na realidade de proibição de condutas que resvalem ou ponham em risco determinado bem jurídico, sempre sob a ótica da *ultra ratio*.

Nesse contexto, a autonomia em relação a alguns direitos, mesmos aqueles que possuam natura indisponível, deve ser referendada como viés ao estabelecimento de uma nova métrica que mitigue a intervenção danosa do direito penal.

Quem se expõe a uma heterocolocação em perigo normalmente não consegue avaliar detidamente a capacidade do terceiro sob o domínio da situação de risco da mesma forma em que constata a sua própria capacidade.

Roxin parafraseia as exposições proclamadas por JR Dölling, que expõe “deve se diferenciar a contribuição a autocolocação em perigo da heterocolocação em perigo consentida, pois nesta o risco para aquele que se expõe ao perigo não é na mesma medida dominável”, bem com as traçadas por Stratenwerth que “não consegue enxergar nisso nenhum motivo para um tratamento diferenciado”, e por fim as disposições de Otto que argumenta ao tratar da distinção entre o caso da corrida perigosa de motocicleta e o caso da carona “que o passageiro poderia a qualquer momento após o início da carona (...) encerrá-la por intermédio da manifestação correspondente” (ROXIN, 2014, p.133).

Busca Roxin, esclarecer a distinta concepção da autocolocação em perigo da figura da heterocolocação em perigo consentida, destacando que a segunda não é um simples caso da primeira na modalidade dolosa.

Neste ponto o autor acresce que a heterocolocação não pode ser tratada unicamente como um caso de consentimento outorgado ao agente causador da situação de perigo não permitido, uma vez que o consentimento esta dirigido ao resultado da conduta e a heterocolocação se perfaz sob a exige da premissa de que o deslinde será exitoso.

Mister se faz esclarecer os pontos distintivos das duas vertentes axiológicas da teoria da imputação objetiva para ao final aplica-la ao tema em apreço.

Roxin insere os questionamentos acerca dos elementos distintivos da heterocolocação em perigo consentida e a contribuição a autocolocação em perigo dolosa. Nesse momento o BGH ao apreciar os casos postos em análise se valeu da ideia do domínio do fato, conforme julgado:

A linha divisória entre autoria e participação é um critério profícuo para distinguir a impunível contribuição a autocolocação em perigo ou autolesão autoresponsável da, em essência típica, heterocolocação em perigo. Se não apenas aquele que se autocoloca em perigo ou se autolesiona detiver o domínio do fato sobre a ação perigosa ou ação lesionante, mas o colaborador ao menos também o detiver, cometerá este um fato próprio. Dessa forma, ele não poderia estar livre de pena por razões de acessoriedade, ou seja, em decorrência da ausência de um fato principal do autolesado (...) isso se aplica da mesma maneira aos casos culposos de auto ou heterocolocação em perigo. Portanto, também aqui a distinção entre auto e heterocolocação em perigo dá-se a partir do domínio sobre o desenrolar do acontecimento, que pode ser satisfatoriamente determinado com base no critérios objetivos desenvolvidos para averiguar o domínio do fato nos delitos dolosos (ROXIN, 2014, p.135).

Roxin elucida que houveram críticas ao julgado colacionado por ele, primeiramente pelo fato de que, ordinariamente a doutrina e jurisprudência não distingue autoria e participação no delitos de natureza culposa, bem como o domínio do fato que em regra consiste no domínio da ação típica, que não estão presentes na auto ou heterocolocação em perigo culposa.

A referida menção à detida teoria do domínio do fato se mostrou contraditória e despida de sustentáculo, tendo em vista que o ponto de destaque não é aquele concernente ao sujeito que possui o domínio do fato na situação empírica, mas sim de qual sujeito parte a colocação em perigo que culmina no resultado.

A título de exemplo merece o adendo da situação em que o sujeito faz uso para consumo pessoal de uma dose elevada de substâncias entorpecentes de caráter proibido, se auto inserindo em uma situação de risco de morte, devendo sua conduta ser impunível sob a exigência da autocolocação em perigo, base teórica que será mais detidamente apreciada, por se tratar do ponto motriz do presente trabalho.



O ponto distinto da autocolocação em perigo da heterocolocação em perigo consentida está situado na figura do agente que exerce a conduta de risco juridicamente proibida.

No caso de autocolocação em perigo o agente se insere no contexto fático de risco, expondo direito ou bem próprio ao risco e a conduta danosa resvala em sua esfera jurídica de proteção.

A heterocolocação em perigo por sua vez, se materializa quando o sujeito consente com a inserção por um terceiro, também imerso na situação de risco, em determinada situação de perigo, na qual não detêm ingerência volitiva nos desdobramentos fáticos.

Contudo, a detida distinção não é silente na doutrina que deu origem a referida teoria conforme clarifica Roxin:

Apesar de reconhecer a heterocolocação em perigo consentida como figura jurídica autônoma, a jurisprudência trata —a segundo as regras do consentimento. Na prática ela acaba, portanto, incorrendo no mesmo erro dos autores que aplicam as regras do consentimento de forma direta, ou seja, sem fazer menção às considerações da heterocolocação em perigo. O BGH não parece, entretanto, estar plenamente seguro da sua posição, pois menciona duas vezes que poderíamos estar diante de uma heterocolocação em perigo excepcionalmente equiparável a uma autocolocação em perigo, o que teria como consequência a exclusão da imputação ao tipo.

Também as três mais recentes manifestações sobre a nova decisão do BGH, as que Murmann e Stratenwerth publicaram no livro de estudos em homenagem a Puppe (2011) e a Dölling nos estudos em homenagem a Geppert (2011), aplicam regras de consentimento, ainda que o façam por motivos diversos, e cheguem frequentemente a conclusões distintas. Murmann considera haver uma heterocolocação em perigo consentida, mas nega a exclusão da imputação ao tipo com argumento de que isso significaria admitir a irrelevância normativa da distinção entre auto e heterocolocação em perigo, o que não é correto. Quanto à tese da irrelevância normativa, ainda será demonstrado que ela não está plenamente correta. Já Stratenwerth contenta-se com a indicação de que a opinião contrária foi superada: que o consentimento em um homicídio culposo (também) precisaria dirigir-se ao resultado morte, o que não se verifica em uma anuência em uma mera colocação em perigo, é um posicionamento que há muito já foi convicentemente refutado. Ele refere-se com isso a opinião de Lenckner no comentário Schönke/Schröder. Stratenwerth ignora, contudo, que Stenberg/Liben abandonou essa opinião na nova edição do comentário, tendo defendido de forma decidida que, caso um consentimento em ações perigosas devesse excluir o injusto, precisaria também dirigir-se ao resultado. Quando Stratenwerth diz a seguir que, caso se exija que o consentimento se dirija ao resultado, não existirá na prática nenhum conhecimento válido em uma conduta relacionada a um risco de vida, sua afirmação está efetivamente correta. No entanto ele não percebe que a solução do consentimento deve ser negada exatamente por isso, e que a exclusão da imputação oferece a, claramente necessária, possibilidade de absolvição (ROXIN, 2014, p.138).

A celeuma reside na capitulação da figura autônoma da heterocolocação em perigo em dissonância a uma simples vertente da autocolocação, uma vez que o consentimento, como anteriormente elucidado, não detêm a aptidão de solucionar os referidos casos, haja vista sua necessidade de extensão ao resultado.

Ademais o autor ainda menciona a existência de demais três razões que tornam nítida a distinção entre a heterocolocação em perigo consentida da autocolocação em perigo dolosa.

A primeira consiste na distinção do dolo, uma vez que não se perfaz lógico do ponto de vista analítico, aferir a distinta finalidade do dolo de resultado, na medida em que o sujeito que consente com a heterocolocação o faz acreditando que o resultado não desencadeara em lesão ao bem posto em risco, sendo, por tal medida, inexistente o referido dolo.

O segundo ponto dispare diz respeito a erronia consideração de que o consentimento corresponderia a um caso de colocação em perigo, sendo ao revés, um caso de permissão de exposição de um bem jurídico disponível, sem que isso enseje a disposição propriamente dita, na medida em que o sujeito que consente ainda espera manter o bem exposto ileso.

Ao final nos ensina que também se mostra incorreta a prelação de que o consentimento teria aptidão de excluir o desvalor de ação da conduta arriscada do terceiro e sua conseqüente responsabilidade, suscitando os pensamentos esboçados por Weigend e Murmann:

Não poderia referir-se à ação do agente, mas apenas à afetação do bem jurídico objeto da conduta, ou seja, ao resultado em sentido amplo. Como deveres de ação e omissão não podem ser criados por indivíduos, mas apenas pela comunidade jurídica, somente este pode afastar o cumprimento deles, o indivíduo pode apenas fazer com que a ação não se dirija a um objeto proibido.

Murmann tenta contornar essa consequência ao construir uma norma de conduta voltada apenas para a proteção da vítima: O consentimento suspende a norma de conduta voltada para proteção da vítima no âmbito da relação jurídica concreta, o consentimento transforma, assim, um risco normalmente proibido em permitido (ROXIN, 2014, p.140)

Nesse espectro o que se permeia é a transmutação da norma de conduta geral que se individualiza, transformando a conduta em bivalente, por um aspecto permitida e por outro proibida.

Diante o exposto é notório o salutar papel contemporâneo desempenhado pelo instituto da autonomia e consentimento e sua inserção axiológica sobre a teoria moderna da imputação objetiva, o que demanda o aprofundamento dos temas aqui suscitados para que se possa cientificamente concretizar a multiplicidade e ingerência de tal instituto sobre os delitos que necessariamente não merecem a proteção penal.

#### **4 CONCLUSÃO**

Em síntese o singelo trabalho almejou debater os institutos que legitimam a proteção do direito penal, compreendido na tutela dos bens jurídicos e suas acepções constitutivas, o grau de afetação das condutas que resvalam sobre sua esfera protetiva para propiciar a correlação com a moderna teoria da imputação objetiva e seu nítido viés de mitigação ao dogma causal.

Perpassando sobre os capítulos elucidados, é mister constatar as teses que legitimam as teorias que embasam a elucidação dos bens jurídicos que a sociedade necessita proteger, passando a ter como detido guardião o danoso direito penal.

Por conseguinte fora demonstrada as características que deram origem a concepção da imputação objetiva, sua evolução histórica, bem como suas subespécies intituladas de autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo consentida.

Assim, no plano teórico, faz se necessário a conjugação de bases ideológicas presentes em outros ramos do direito, com especial atenção ao ramo constitucional, com afincos do estabelecimento da racionalidade a exemplo das teorias da máxima da proporcionalidade, associada com a lei de colisões, a lei do sopesamento, os postulados da ponderação, da necessidade, razoabilidade e outros fatores que propiciam a manutenção do convívio tal qual preleciona o Tribunal Federal Alemão.

Nas sabias palavras do filósofo Raul Zaffaroni é possível constatar que “as vezes carecemos de boas respostas pelo simples fato da má formulação das perguntas”.

A indagação que merece destaque é a que nos remete a origem dos institutos e quais são as suas respectivas finalidades pretendidas.

Como uma das possíveis respostas a esse questionamento, encontra-se a asseveração de que a teoria da imputação objetiva se mostra como uma vertente a referendar os princípios da intervenção mínima, subsidiariedade, ofensividade e transcendência lesiva.

Ordem social compreendida em sua acepção ampla, tendo em vista que dentre os pilares estruturantes de um estado democrático de direito encontra-se a efetiva justiça.

A justiça, resultado da aplicação da racionalidade sistêmica, mantém a primazia legitimadora da atuação do Estado de direito, proporcionado o equilíbrio dos institutos penais com a acepção inexorável da mitigação a extensiva atuação do Direito Penal.

Assim, o povo outorga seus poderes ao Estado, que por sua vez pautado nos interesses de seus legitimadores, se organiza, estabelecendo os critérios para os exercícios das funções essenciais à manutenção da referida ordem social.

A sociedade é cíclica, e os frutos de sua atuação refletem no preenchimento de seus ideais, ideias esses que são norteados por aspectos que ensejam o afastamento gradativo da ingerência de um ramo jurídico empiricamente lesivo, a teoria da imputação objetiva nos serve para excluir a tipicidade das condutas que não afetam os bens jurídicos dos supostos sujeitos lesados, haja vista sua participação volitiva na situação fática.

## **REFERÊNCIA**

ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e Acordo em Direito Penal**, Contribuindo Para a Fundamentação de Um Paradigma Dualista. Coimbra Editora, Limitada, 1991.

BECCARIA, Cesare Bonesana Marquês de. **Dos Delitos e Das Penas**. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOSCHI, José Antônio P. **Das Penas e Seus Critérios de Aplicação**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do Processo Penal**. 6. ed. Tradução de José Antônio Cardinalli. Campinas: Bookseller, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão, **Teoria do Garantismo Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

HART, Hart L.A. **O conceito de Direito**. 4. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

HEGEL, Jorge Guilherme Frederico. **Princípios da Filosofia do Direito**. Tradução de Orlando Vitória. Lisboa: Guimarães Editores, 1959.

JAKOBS, Guther, MELIÁ, Manoel Cancio, **Direito Penal Inimigo**: noções e crítica. 2. ed. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos do Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal e Funcionalismo**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. **Sociedade, Norma e Pessoa**. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Editora Manole, 2003.

KANT, Emanuel. **Doutrina do Direito**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6 ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **Direito Penal**, Sistemas, Códigos e Microssistemas. Curitiba: Juruá, 2004.

MIR PUIG, Santiago. Direito Penal, **Fundamentos e Teoria do Delito**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido**, Na Teoria do Delito. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. 3. ed. Lisboa: Veja, 2004.

\_\_\_\_\_. **A Proteção de Bens Jurídicos Como Função do Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. **Política Criminal e Sistema Jurídico Penal**. Tradução de Luís Greco. São Paulo: Editora Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. **Funcionalismo e Imputação Objetiva No Direito Penal**. Tradução de Luís Greco. São Paulo: Editora Renovar, 2002.

WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico Penal**, Uma Introdução à Doutrina da Ação Finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. **Em Busca das Penas Perdidas**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.