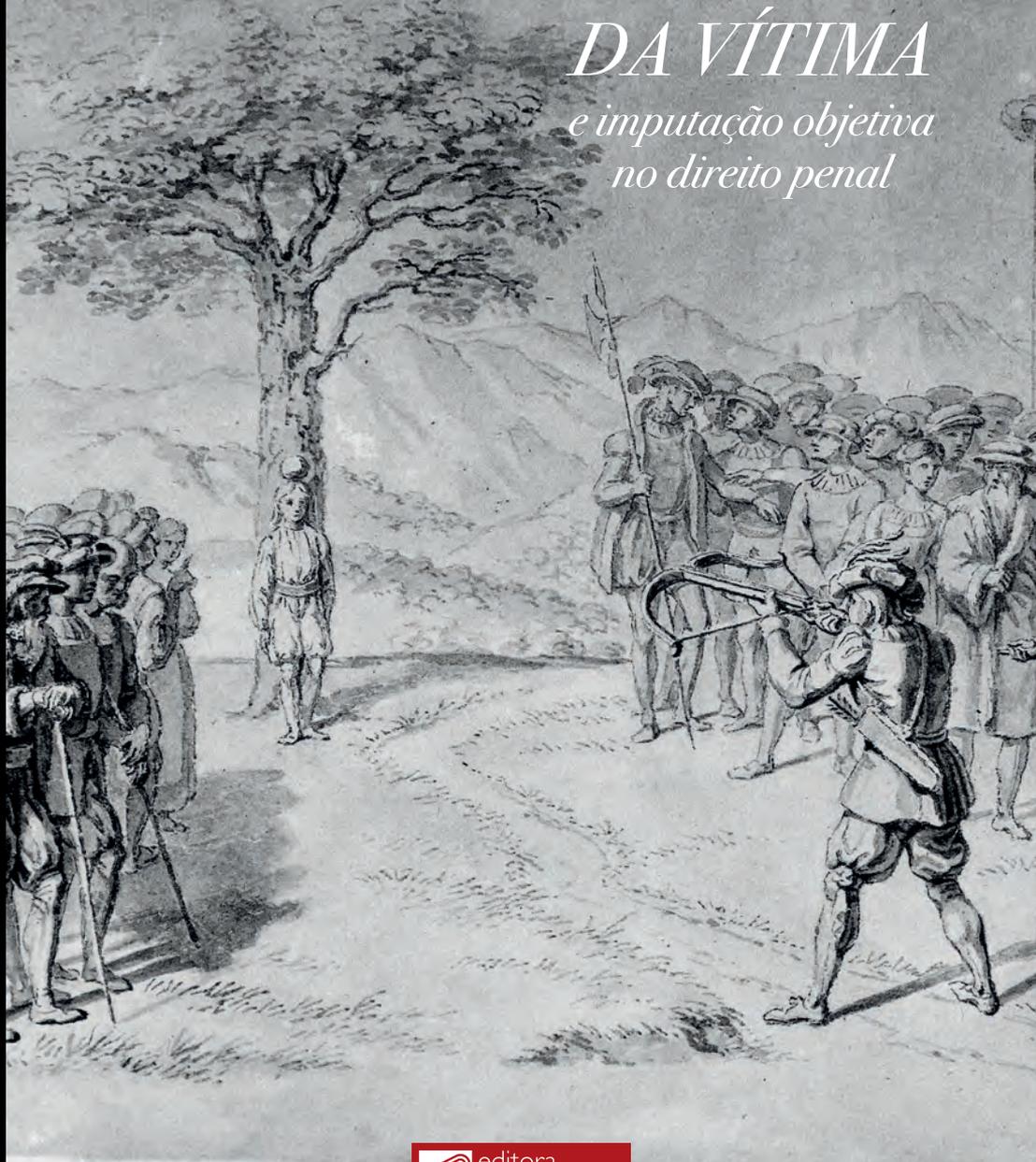


Giovanni Vidal Guaragni

CONSENTIMENTO

DA VÍTIMA

*e imputação objetiva
no direito penal*



CONSENTIMENTO
DA VÍTIMA
e imputação objetiva
no direito penal

Giovanni Vidal Guaragni

CONSENTIMENTO

DA VÍTIMA

*e imputação objetiva
no direito penal*



**Belo Horizonte**

Av. Brasil, 1843, Savassi, Belo Horizonte, MG – CEP 30140-007
Tel.: 31 3261 2801

São Paulo

Av. Paulista, 2444, 8º andar, cj 82, Bela Vista – São Paulo, SP – CEP 01310-933

WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Copyright © 2022, D'Plácido Editora.

Copyright © 2022, Giovanni Vidal Guaragni.

Todos os direitos reservados.

Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios, sem a autorização prévia do Grupo D'Plácido.

Editor Chefe
Plácido Arraes

Editor
Tales Leon de Marco

Produtora Editorial
Bárbara Rodrigues

Capa, projeto gráfico
Letícia Robini

Imagem de capa por Josef Kriehuber
[Szene aus Wilhelm Tell – 1833 –
Detalhe – Modificada], via Wikiart

Diagramação
Bárbara Rodrigues

Conselho Editorial

Doutor Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão
Professor Titular da Universidade Federal de Pernambuco – Brasil

Doutora Sílvia Isabel dos Anjos Caetano Alves
Professora da Universidade de Lisboa – Portugal

Doutor Georges Martyn
Professor da Universidade de Ghent – Flanders/Bélgica

Doutora Agata Cecilia Amato Mangiameli
Professora da Universidade de Roma II – Itália

Doutora Ana Elisa Liberatore Silva Bechara
Professora Titular da USP – Brasil

Doutor Stelio Mangiameli
Professor da Universidade de Teramo – Itália

Doutor José Geraldo de Sousa Junior
Professor Titular da Universidade de Brasília – Brasil

Doutor Joaquim Portes de Cerqueira César
Doutor em Direito Constitucional pela PUC/SP – Brasil

Doutor Thomas Law
Doutor em Direito Comercial pela PUC/SP – Brasil

Doutor Marcelo Figueiredo
Professor da PUC/SP – Brasil

Doutor João Grandino Rodas
Professor Titular da USP – Brasil

Catálogo na Publicação (CIP)

G914 Guaragni, Giovanni Vidal
Consentimento da vítima e imputação objetiva no direito penal / Giovanni Vidal Guaragni.
- 1. ed. - Belo Horizonte, São Paulo : D'Plácido, 2022.
280 p.

ISBN 978-65-5589-445-5

1. Direito. 2. Direito Penal. I. Título.

CDD: 341.5

Biblioteca responsável: Fernanda Gomes de Souza CRB-6/2472

Linhas nem tão tortas.

*Aquilo que fizeste, já leste?
Estava lendo e vou lhe contar:
Valeu a pena cada verso que escreveste,
Está valendo todo o ser e todo o estar.
Ao estar instável, viveste e aprendeste,
Com o que, doravante, eternizado irá restar;
Daquilo que é daqui, não esqueceste,
Portanto, lembre-se do que estás a deixar;
De cada momento, do sublime, ao profano,
Também dos sentimentos, altruístas e tiranos.
Se não compreendeste, o tempo lhe ensinará
Que é de memórias e signos que vive o ser humano.
Pois seja do passado, presente ou futuro deste mundo mundano,
Cada instante valeu, está valendo e valerá!
(Giovanni Vidal Guaragni, 2017).*

DEDICARAM-SE

*Dedicaram-se 730 dias, ou talvez 24 anos;
Momentos de lazer e de descanso.
Dedicaram-se pais atenciosos
E a mulher, pequena grande companheira.
Dedicaram-se parentes,
Dos mais próximos, aos mais distantes.
Dedicaram-se amigos,
Dos tímidos e discretos
Aos zombeteiros e falantes.
Dedicaram-se professores e orientadores
Esclarecidos. Iluminados.
Dedicaram-se chefes e colegas de trabalho,
Que tiveram de aguentar as discussões.
Dedicaram-se seguranças, faxineiras,
Profissionais de todo tipo.
Dedicaram-se inimigos,
Ainda que não o saibam,
Ainda que nem eu mesmo saiba.
Cada um tem seus motivos, afinal.
Dedicaram-se concordantes e discordantes,
Principalmente estes.
Dedicaram-se os vivos e os mortos,
Muitos dos quais nem me entenderiam.
Todos esses a mim se dedicaram.
Grato eternamente.
A. Este livro.*

Sobre a capa

A escolha da capa se deu em virtude das discussões que a imagem suscita, a respeito do tema do consentimento e da assunção de riscos pela vítima, no Direito Penal.

A ilustração remete a um dos episódios da história do herói suíço Wilhelm Tell, narrada por Aegidius Tschudi (1505-1572), nas Crônicas Helvéticas (*Chronicon Helveticum*), e, posteriormente, por Johann Christoph Friedrich von Schiller (1759-1805), em versão teatral. Segundo a lenda, Wilhelm Tell teria sido preso após desrespeitar a regra instituída pelo governante Hermann Gessler, de acordo com a qual todos os que passassem pelo chapéu com as cores da Áustria, pendurado em um poste na praça de Altdorf, deveriam prestar reverência ao objeto, como sinal de lealdade ao governador e à sua autoridade. Conhecedor das habilidades do prisioneiro, Gessler decidiu testá-las, obrigando-o a atirar com uma besta em uma maçã apoiada na cabeça de seu filho infante, Walter Tell. A ordem veio acompanhada de ameaças de morte a Tell, caso errasse o alvo, e a ele e seu filho, caso se recusasse a atirar.

No contexto desta obra, a criança não teria assumido o risco de lesão ou morte, muito menos consentido com este desfecho. Ela não espera ser atingida pela flecha e, portanto, não anui ao resultado. A situação de perigo à qual está exposta, por sua vez, não preenche os requisitos necessários para que se possa afirmar que assume a responsabilidade pela conversão deste risco em uma lesão. Além de, em razão da idade, parecer-lhe faltar capacidade de compreensão das circunstâncias envolvidas para a tomada de uma decisão dessa natureza, a potencial vítima está sob flagrante coação, o que retira a autonomia da decisão.

Caso viesse a ser atingida pela flecha, em virtude da imperícia do atirador, este não poderia ser responsabilizado, pois também sofre coação. A responsabilidade pela lesão ou homicídio, por autoria mediata, seria de Hermann Gessler.

Felizmente, a flecha atingiu a maçã.

Sumário

<i>Prefácio</i>	15
<i>Introdução</i>	23
1. Intervenção estatal na liberdade individual para a disposição de bens: Aspectos teóricos indispensáveis	27
1.1. O parâmetro da lesividade não consentida como pressuposto da ingerência penal estatal sobre as liberdades individuais.....	29
1.2. O objeto da lesão penalmente relevante: entre o <i>harm principle</i> e a categoria do bem jurídico.....	40
1.3. O conceito de bem jurídico como relação de disponibilidade.....	54
1.4. Bens jurídicos supraindividuais: relações de disponibilidade difusas, coletivas e individuais homogêneas.....	63
2. O consentimento da vítima no Direito Penal	77
2.1. Afastamento da tipicidade ou justificante supralegal?.....	78
2.1.1. A relação entre tipicidade e antijuridicidade: <i>ratio cognoscendi, ratio essendi</i> e o local de análise do desvalor de resultado.....	80
2.1.2. Welzel e Jescheck: defensores do modelo dualista.....	82
2.1.3. O finalismo tardio e a tentativa de reformulação do modelo dualista.....	84

2.1.4. O consentimento da vítima no funcionalismo.....	88
2.1.5. Tomada de posição: o consentimento como causa de afastamento da tipicidade da conduta lesiva.....	92
2.2. Requisitos do consentimento válido.....	100
2.2.1. Titularidade do bem jurídico afetado.....	101
2.2.1.1. Da disponibilidade da vida: colaboração a suicídio e homicídio a pedido.....	102
2.2.1.1.1. Colaboração a suicídio e homicídio a pedido: aspectos teóricos.....	102
2.2.1.1.2. Do induzimento, instigação ou auxílio a suicídio – o antigo art. 122, CP.....	109
2.2.1.1.3. Do induzimento, instigação e auxílio a suicídio e à “automutilação”.....	117
2.2.1.2. Do estupro de vulnerável.....	124
2.2.1.3. Do consentimento em lesões a bens jurídicos supraindividuais.....	125
2.2.2. Capacidades em abstrato e em concreto.....	129
2.2.3. Manifestação prévia, correspondência e ciência por parte do autor.....	133
2.2.4. O oferecimento de contraprestação invalida o consentimento?.....	135
2.2.5. Requisitos do consentimento presumido.....	138
2.3. A doutrina do consentimento informado e o consentimento presumido nas relações médicas: um apelo à liberdade individual.....	139
2.3.1. A doutrina do consentimento informado.....	142
2.3.2. Consentimento presumido e diretivas antecipadas de vontade.....	148
2.4. Uma breve incursão sobre os desvios cognitivos como um complicador da noção de sujeito capaz.....	160
2.4.1. Neurociência e livre-arbítrio: a capacidade geral em xeque.....	160
2.4.2. Neurociência e vieses: a capacidade concreta em xeque.....	166

3. A vítima na imputação objetiva..... 173

3.1. O âmbito de alcance do tipo: autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo consentida.....	176
3.1.1. O âmbito de alcance do tipo: autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo consentida.....	177
3.1.2. Críticas aos critérios formulados por Claus Roxin.....	181
3.2. Rearranjos teóricos alternativos: o controle do risco e o potencial de se manifestar pela evitação do resultado.....	183
3.3. A competência organizacional da vítima: autoproteção e autorresponsabilidade.....	187
3.3.1. A competência organizacional da vítima em Günther Jakobs.....	189
3.3.2. A autorresponsabilidade da vítima em Manuel Cancio Meliá.....	191
3.4. O caráter permitido dos riscos assumidos pela vítima e o alcance do tipo como supracritério.....	195
3.4.1. É possível tratar as assunções de riscos pela vítima de modo análogo aos casos de consentimento?.....	198
3.4.2. Da imprescindível separação entre perigo e colocação em perigo.....	204
3.4.3. Requisitos necessários à imputação do resultado à vítima.....	208
3.4.4. Sobre a compatibilidade com o artigo 122, do Código Penal.....	215
3.4.5. A imputação de danos oriundos de condutas objetivamente orientadas à realização do resultado lesivo.....	219
3.4.6. A teoria do aumento do risco e a conduta arriscada da vítima.....	223
4. <i>Excurso: Perda de identidade e indivíduos narcisistas</i>.....	227
5. <i>Considerações finais</i>.....	249
<i>Referências bibliográficas</i>.....	253

Prefácio

Posso principiar a apresentação deste livro de modo formal. Aliás, é preciso fazê-lo, pois há texto e, também, contexto, como aquilo que vem junto das letras. O contexto é o PPGD da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR. Na primeira semana de março de 2020, com moldes de Dissertação, GIOVANNIVIDAL GUARAGNI obteve o Título de Mestre em Direito, com a sustentação do trabalho que ora é publicado. A tarefa de *orientação* coube ao Professor Doutor Rodrigo Sánchez Rios, com sua reconhecida lucidez e competência. À altura, o país já lhe deve agradecimento por toda uma qualificada biblioteca de Direito Penal, sobretudo no campo da tutela penal econômica, construída em anos de orientação naquele valoroso Programa de Pós-Graduação.

Na Banca, que deu ao trabalho nota máxima, estavam os Professores Doutores Paulo César Busato (UFPR) e Flávia Siqueira (MACKENZIE). O primeiro foi formador – com o peso que a palavra encerra, remissiva a quem esculpe, martelo e cinzel à mão – do escritor: deu-lhe as aulas de direito penal, além de disciplina eletiva, conduzindo-o já na graduação em Direito, feita na UFPR. A segunda foi interlocutora do autor no desenvolvimento da Dissertação. Giovanni buscou-a mais de ano antes da conclusão do texto, em trocas de mensagens e e-mails. A professora Flávia já havia desenvolvido temática similar em texto próprio de grande qualidade. Disposta, foi fonte de informações constante para aquele que se embrenhava nos caminhos que ela já percorrera.

O trio de professores chancelou a qualidade do trabalho. Estive no auditório da PUC na tarde da sustentação, menos como quem testemunha, mais como quem simplesmente torce. Não posso ser testemunha:

no processo e fora dele, um pai pode, quando muito, ser informante. No caso, atuei na posição de um fervoroso torcedor.

Como pai do Giovanni, abre-se a chance de um segundo princípio para este prefácio, que gravita no horizonte emocional. Se todo convite para apresentar um livro é uma honra, não haverá nenhum mais magnífico que aquele que vem de um filho. Muito se escreve sobre a relação pai e filho: na psicanálise, um arquétipo clássico indica um filho que ambigualmente admira o pai como potência, porém luta contra a castração derivada de sua autoridade. Através da função paterna, dá-se a inscrição, na psiquê da criança, da lei produtora de interdições¹. Porém, adverte Recalcati, “a lei sem desejo pode gerar (...) só repressão, opressão, poder disciplinar, aviltamento da vida”². Opostamente ao pai como excesso de autoridade, a ausência paterna é desreferencializadora: sem um limite no outro alguém só olha para si. Segue-se, do pai-ausente, um “filho-narciso”³. Há de existir, no bom caminho do meio, algo entre a presença exagerada e a omissão.

De toda sorte, aqui neste espaço, esta relação não é um objeto para se estudar, mas uma geratriz. Deve ser olhada assim: ela gerou um ato de amor. O convite que recebi foi um ato de amor. E apresentar escritor e escritos, o que se me pede, é outro ato de amor. Agradeço ao Giovanni pelo ato de amor encarnado no convite. E à vida, que me deu estas graças: o convite e quem convida.

Uma tentativa impossível de imparcialidade poderia se dar pela separação de ambos. Porém, não se separa o escrito do escritor: o livro é uma tecnologia que estende propriedades do corpo⁴. Todas as técnicas o

¹ LEBRUN, Jean-Pierre. **Um mundo sem limite. Ensaio para uma clínica psicanalítica do social**. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2004, p. 41.

² RECALCATI, Massimo. **Cosa resta del padre?** 2ª. ed. Milano: Raffaello Cortina, 2017, p. 51.

³ Idem, p. 51: O desejo sem lei tende à dissipação, à excitação sem fronteiras, à dispersão desregulada do gozo pulsional”. Noutra obra, o mesmo autor assinala, referindo-se ao “filho-Narciso”: “Se a tragédia de Édipo é a tragédia do conflito com a Lei, do conflito com o Pai, do conflito dos filhos com os pais, do conflito entre as gerações, aquela de Narciso é a tragédia toda egóica do perder-se na própria imagem, do mundo reduzido à imagem do próprio Eu. O problema não é mais aquele da libertação coletiva do desejo, mas aquele da afirmação cínica de si mesmo. Narciso é de fato uma figura da desconexão, da ausência de relação entre o Um e o Outro, da ruptura do liame. No centro não temos mais a espinhosidade do conflito, mas a confusão especular.” (RECALCATI, Massimo. **L’ora di lezione. Per un’erotica dell’insegnamento**. Torino: Einaudi, 2014).

⁴ FREUD, Sigmund. **O mal-estar na cultura**. Porto Alegre: L&PM, 2010, p. 89. Na mesma linha, LO RUSSO, Michelantonio. **L’Avventura del rischio**.

fazem. Um livro do Giovanni é a extensão da sua fala, da sua memória, da sua articulação mental. E este apresentador, envolvido num ato de amor, não tem como examinar a obra imparcialmente: a suspensão de preconceções, de visões de mundo, é como embater-se com o que se é. Despir-se de si mesmo. Assim, num ato de amor, presto informações de quem acompanhou tudo, escritor e escritos, desde a hora primeira.

A *primeira hora* desta obra é bem anterior ao início do Mestrado do escritor. Esta pesquisa iniciou-se, na verdade, quando da graduação em Direito, cujo TCC dirigiu-se ao tema do paternalismo estatal, questionando sua existência e limites⁵. O horizonte do tema, então, transcendia os limites da imputação objetiva em direito penal. Orbitava em torno da mais ampla relação entre Estado e indivíduo, nos marcos da teoria geral do Estado e da teoria política. Tudo isto se encontra repercutido, principalmente, na parte inicial do texto, Capítulo 1, quando trata da intervenção estatal na liberdade individual.

Esta informação é fundamental: uma pesquisa, para amadurecer, requer tempo. E os dois anos que servem como limite aos mestrados brasileiros para a produção das dissertações são, evidentemente, poucos. Aqui, o leitor tem diante de si uma pesquisa de no mínimo três anos e meio. Leituras reunidas no mais puro ritual do método de revisão bibliográfica, típico do direito: aquele do fichamento, separação em arquivo temático, elaboração em textos parciais – muitos já publicados – e, principalmente, reflexão sobre o material coligido. Reflexão sem dia certo ou hora definida: até durante o churrasco sagrado semanal, o Giovanni, nalgum canto menos agitado, livro à mão, dava continuidade ao ritual. Muito o escritor fez nos domingos, muito fez em feriados e férias. Isto, para ele, nunca interessou: importava tirar os véus da relação do Estado, lá, com nossa liberdade, aqui. Diante da empreitada, o autor não se concedeu descansos.

A propósito da *primeira hora* da pesquisa, quem sabe haja até uma anterior ao TCC da graduação em Direito: a decisão de prestar vestibular para

Catanzaro: Rubbettino, 2002, p. 07: “Refleta-se ainda, enfim, sobre o papel jogado em tudo isso pelos substitutos dos órgãos que não existem, ou seja, pelos instrumentos técnicos. Instrumentos que fazem com que o homem, que só pode viver agindo, seja eternamente artificial, cultural, naturalmente técnico, já no nível do instinto elementar”. Para a percepção de que o ser humano é que atua a serviço da técnica, como “funcionário dos seus aparatos”, em espécie de relação invertida, GALIMBERTI, Umberto. **I miti del nostro tempo**. 6ª ed. Milano: Feltrinelli, 2016, pp. 207 e ss.

⁵ É irresistível coligar isso à arquetípica relação paternal antes mencionada?

Filosofia. O autor é Filósofo, licenciatura na PUC-PR. Fez Filosofia pela manhã, Direito no contraturno. Isto aparece no texto em mãos: a bibliografia vem integrada de autores “de fora” do direito penal. O desenvolvimento do raciocínio desliza entre o direito penal e o olhar mais distante e elevado da filosofia. O item 4 do texto, que trata de um excursão crítica sobre a supervalorização do corpo na sociedade atual, coligada a situações em que indivíduos desejam a alteração de suas estéticas e dão seus corpos ao artesanato de terceiros, é o local onde o ato de livre-pensar emerge com maior força. Revela o pensador que se livra dos grilhões de um discurso dogmático duro, que o direito penal quase impõe. É vento no rosto.

Dentre tantas, uma qualidade própria das graduações em Filosofia reside no adestramento para o hábito de pensar. Não se trata só do ensinamento dos resultados do pensamento alheio acerca de um objeto prévio. Estes resultados só são motes para ensinar a pensar: o pensamento como hábito, a reflexão como procedimento. Pensar sobre pensar. Pensar como ato consciente de que se exercita a reflexão – o espaço criador. Esta é uma característica apreendida pelo Giovanni, e aparente no texto em mesa – adiante, destacarei.

Da reunião de informações, ao longo de quase quatro anos, emergiram mil conversas nossas, minha e do Giovanni. E, nas mil conversas, aprendi com ele. Aprendizados para a vida, todos os seres humanos nos dão, um filho ainda mais. Mas, aqui, aludo a informações técnicas, de direito, de filosofia, história. Com o Giovanni, sempre tive em mente um arremedo do “Teste de Turing”. Nesta famosa perspectiva sobre máquinas inteligentes, Alan Turing tratou de estabelecer um parâmetro que medisse a qualidade da inteligência artificial: revelaria consistência a partir do momento em que um interlocutor não soubesse, ao fazer perguntas, distinguir respostas dadas pela “máquina inteligente”, daquelas dadas por humanos. De minha parte, estive sempre atento ao momento em que deixaria de passar informações, como profissional do direito e do magistério superior, para *recebê-las*. O momento chegou bem mais cedo do que pretensiosamente eu esperara. Das coisas da filosofia pura, aprendi com ele quando estava no Ensino Médio. Com idade pouca, o interlocutor tinha ideias maduras e argumentos cada vez mais qualificados, decerto porque os primeiros livros que teve curiosidade de ler foram, precisamente, os diálogos platônicos. Sorte a minha.

Do texto em mãos, no particular, extraem-se lições fundamentais. Destaco duas. A primeira concerne ao valor do compromisso com a liberdade humana. A segunda, à necessidade de que este compromisso seja levado para uma dimensão prática.

Quanto à primeira lição, o trabalho realiza verdadeira homenagem à ideia de liberdade humana. O ponto de partida é a intangibilidade desta liberdade na relação entre o ser humano e o Estado, dando corpo ao capítulo 1. Há uma definição inicial das fronteiras do espaço que, pertencendo ao indivíduo, não pode ser franqueado ao Estado. Alimenta-se de contributos típicos do liberalismo para fundar o pertencimento do indivíduo a si mesmo. Logo, ataca ações estatais fundadas em moralismos e em considerações de índole paternalista, desatentas da concreta dimensão da liberdade do indivíduo como dono-de-si e destinatário de proteção penal *quando dela necessite, e se necessite, segundo sua ótica*. A marca criativa impressa no texto dá-se pela aproximação da categoria do bem jurídico, típica do direito penal europeu continental, àquela do *harm principle*, própria do modelo anglo-saxão. O trânsito entre os dois modelos e o diálogo possível entre ambos, a reforçar o conceito de bem jurídico que orienta todo o trabalho, tem que ser lido com atenção.

De fato, o direito penal perde legitimidade quando opera por puras razões de Estado. Moralismos veiculados através de ações paternalistas produzem *capitis diminutio* em relação aos indivíduos pretensamente tutelados. Literalmente, são modos de encobrir um direito penal que não tem verdadeiramente a vítima, para além do tecido social como um todo (do qual ela faz parte, naturalmente), como alvos de proteção.

Cumprir registrar que os trabalhos de direito e processo penal costumam versar exatamente sobre a liberdade humana. Porém, no geral, orientada àquele que sofre a imputação do delito – o arguido. Aqui, o esforço está orientado a trabalhar a liberdade humana em relação à vítima do delito. Não é o ângulo mais comum.

Mais: atualmente, muitos trabalhos situam o papel da vítima no direito penal e no processo penal. Fala-se repetidamente de certa “re-descoberta” da vítima, a superar uma matriz de operação do sistema penal em que os polos da relação pareciam ser, exclusivamente, Estado e arguido. Estes textos, modo geral, revalorizam a vítima para buscar, na satisfação dela, respostas que evitem a incidência, sobre o sujeito ativo de delito, das penas afitivas do direito penal. Em especial, a pena privativa de liberdade. A ideia, por exemplo, da reparação do dano como terceira via em direito penal, é debate que se situa no horizonte das teorias da pena⁶. É um olhar voltado à vítima que, mediatamente,

⁶ No ponto, são centrais as linhas de ROXIN, Claus. “La reparación en el sistema de los fines de la pena”. In: **De los delitos y de las víctimas**, Buenos Aires:

minora o impacto do poder punitivo incidente sobre o imputado. O foco do esforço acaba verdadeiramente sendo menos a vítima e mais o imputado, por assim dizer.

No texto ora apresentado, o ponto de partida não é posicionar a vítima num painel de possibilidades capaz de alterar a resposta penal ao imputado, ou modulá-la. Por certo que o impacto na resposta penal foi trabalhado no texto. Mas o caminho percorrido foi outro, com outra gênese. O impacto na resposta penal ao delito foi extraído da análise da liberdade da vítima, apreciada quanto a querer, ou não, proteção através do direito penal. Ressalta-se este dado, pois também não é a maneira mais encontradiça de lidar com o papel da vítima na cena do direito penal. São dados dignos de nota, a testemunharem a criatividade do esforço engendrado no texto.

A segunda lição diz com a necessidade de que toda e qualquer homenagem à liberdade humana deve produzir efeitos práticos. É nesta perspectiva que o texto envereda para: a) a definição do conteúdo material do injusto, como lesão ao bem jurídico; b) os critérios de imputação desta lesão ao agente, no plano do tipo objetivo, quando positivada. Que se tenha bem claro isto: a definição a) do conteúdo material do injusto, bem assim b) do impacto da intangibilidade da liberdade da vítima nos critérios de imputação objetiva ao sujeito ativo do crime, formam duas caixas de ressonância da prévia homenagem à liberdade humana tecida pelo autor. São campos de repercussão prática, como a demonstrarem que a reflexão científica tem peso necessário nas soluções dos problemas reais.

De fato, este não é um trabalho científico sobre critérios de imputação objetiva. Nem sobre o conteúdo do injusto ou o conceito de bem jurídico. É – sim – sobre como o núcleo intocável da liberdade do homem, uma vez definido, deita consequências sobre tudo isso. Estas categorias dogmáticas jurídico-penais funcionam como um *laboratório* em que o autor testa as consequências da noção de liberdade da vítima e de como o Estado há de lidar com ela.

Nesta toada, o segundo capítulo aborda como as manifestações de vontade da vítima, no sentido de consentir com a ofensa de dano ao bem jurídico, traduzem consequências para a teoria do injusto. Levam à atipicidade material do comportamento (ou formal, se o tipo contém elementos negativos expressos atinentes à concordância). O pressuposto

Ad-Hoc, 1992.

é a adoção de um conceito de bem jurídico que *contempla a vítima*, titular de uma relação de disponibilidade com um dado ente da vida. O gesto de consentir é conatural à própria relação de disponibilidade, no viés de valorização da vontade do indivíduo.

Bonito ler as passagens respectivas à tomada de posição do autor sobre o campo de operação do consentimento do ofendido na teoria do crime, item 2.1.5: alude ao fato de que modelos mais liberais tendem a construir a hipótese como causa de atipia. Já modelos coletivistas, quando muito, reconhecem no consentimento do ofendido uma excludente de ilicitude, como resultado do sopesamento do interesse da vítima concordante com o dano *versus* o interesse social, atinente à eventual censura do comportamento. A opção pelo primeiro modelo vem sintetizada pela ideia de que “a norma estabelecida com atenção ao *harm principle* e ao bem jurídico como relação de disponibilidade não almeja proibir empreendimentos autorreferentes (...) [ou condutas] praticadas em conformidade à autorrealização da vítima titular do bem jurídico.”

O terceiro capítulo também se concentra nas respostas práticas. Vem sob o bem esclarecido pressuposto de que “a figura do consentimento para com o dano não esgota as hipóteses de contribuição da vítima para o menoscabo de seus próprios bens” (v. a introdução). De fato, se a vítima não consente com o dano, mas aceita o risco do dano, seu contributo interfere nos critérios para a imputação objetiva, ao sujeito ativo, da lesão ao bem jurídico. Afinal, a vítima é autorresponsável. Aí, o universo de liberdade dela define impactos distintos da atipicidade material derivada da falta de lesividade.

No particular, emerge novo ato de criação: o texto propõe um refinamento na subdivisão das situações em que a vítima contribui para sua própria exposição a perigo. Em lugar das usuais “heterocolocação em perigo consentida” e “autocolocação em perigo”, propõem-se seis categorias, resultantes das combinações entre os seguintes parâmetros: a) o modo como a vítima se envolveu no contexto de perigo, b) a fonte do perigo presente no contexto em que se envolveu e c) se ela, vítima, concordou com a geração do perigo.

Enfim, tem em mãos o leitor um livro a serviços do “desenvolvimento pessoal das individualidades conforme seus próprios valores”, nas palavras do autor, contidas na conclusão. Se o convite de que resultam estas linhas foi ato amoroso, tanto quanto traçá-las, é preciso ressaltar que ato de amor maior é, através da razão, levar às últimas consequências o compromisso de respeito para com o outro, bem como a garantia

do espaço de florescimento da personalidade e autodeterminação de cada ser humano. Foi isto que o Giovanni, para meu orgulho, fez no curso desta obra.

Que venham outras. E acompanhadas de mais mil conversas, entre um e outro mate – os melhores de todo e sempre.

Curitiba, setembro de 2021.

Fábio André Guaragni

Introdução

Liberdade. O que essa palavra desperta? A essência do ser humano, ou uma mera invenção? A sensação mais primeva de fazer deliberadamente porque se quer, ou a ilusão de atribuir a si algo que o entorno propiciou? Imagem e semelhança de Deus, ou fetiche delirante de poder? Infinita ou limitada?

Talvez as discussões jurídicas e filosóficas mais fascinantes da história da humanidade tenham girado em torno da noção de liberdade. Sobre o ser humano livre é que o presente trabalho se edifica. Especificamente, a pesquisa trata da harmonização da intervenção estatal, no âmbito do Direito Penal, com o livre desenvolvimento da vítima, em um autêntico tributo ao valor da individualidade no sistema criminal, imprescindível ao instituto dogmático do consentimento do ofendido e às hipóteses de assunção de riscos pela vítima.

O primeiro capítulo tem início com a tentativa de traçar limites à ingerência estatal sobre as liberdades individuais, valendo-se do *harm principle* como característica essencial do liberalismo jurídico, em contraposição ao moralismo e ao paternalismo jurídico-penal. Em seguida, busca-se uma definição adequada do objeto da lesão contra a qual o princípio liberal do dano busca proteger. Após identificá-lo com o bem jurídico, a terceira seção é dedicada à abordagem crítica da ideia tradicionalmente defendida de que existiriam bens jurídicos indisponíveis. Por fim, adentra-se à temática dos bens jurídicos supraindividuais, abordando as perspectivas monistas e dualistas e traçando um paralelo para com a tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Após o estabelecimento de bases teóricas, o segundo capítulo examina o consentimento do ofendido no Direito Penal, instituto

dogmático que abre alas à liberdade da vítima no interior da teoria do delito. A abordagem tem início com a tentativa de traçar contornos e melhor enquadrar o instituto nas categorias do conceito analítico de crime, tendo em vista que parte da doutrina acredita que o consentimento afasta a tipicidade da conduta, enquanto outra o qualifica como causa de afastamento da antijuridicidade. Decidida a questão, parte-se ao exame dos requisitos do consentimento válido, trazendo à baila reflexões sobre casos controversos, incluindo o consentimento para com lesões a bens jurídicos supraindividuais, assunto comumente negligenciado sob o fundamento de sua suposta indisponibilidade. Seguem-se apontamentos sobre o livre consentimento informado e os casos de consentimento presumido, relacionados especialmente ao exercício da medicina. Por fim, faz-se uma breve incursão sobre os desvios cognitivos, entendidos como um possível complicador da noção de sujeito capaz e, por conseguinte, dos requisitos de validade do consentimento da vítima.

Apesar de essencial, a figura do consentimento para com o dano não esgota as hipóteses de contribuição da vítima para o menoscabo de seus próprios bens. Mesmo que a vítima não consinta com o resultado lesivo, dever-se-á apurar a quem a produção do resultado deve ser imputada no caso concreto. Na medida em que, nos crimes de dano, todo resultado lesivo advém de um perigo de dano que lhe antecede e, nos crimes de perigo, o resultado em si corresponde ao perigo de dano, a noção de *risco* atua como pedra angular da imputação objetiva.

Dessa forma, o terceiro capítulo trata das tentativas de sistematizar um tratamento dogmático adequado à interferência da vítima no comportamento arriscado do autor. A primeira proposta estudada é a da autocolocação em perigo e a heterocolocação em perigo consentida, divisão adotada por Claus Roxin. Em seguida, examinam-se duas fórmulas alternativas, que enfatizam o controle do risco, e o potencial de manifestação pela evitação do resultado. Num terceiro momento, a pesquisa se volta ao critério da competência da vítima, de Jakobs, que teve seus contornos definidos com maior precisão pelo doutrinador espanhol Manuel Cancio Meliá, através do denominado *princípio da autorresponsabilidade*. Por fim, apresenta-se um posicionamento pessoal, diretamente relacionado à autorresponsabilidade necessariamente correlata à autodeterminação da vítima.

Antes das considerações finais, que retomam de maneira sintética as conclusões dos três capítulos da obra, apresenta-se um excuroso,

com singelas considerações acerca das condições sociais, psicológicas e tecnológicas que envolvem os indivíduos nas sociedades contemporâneas e do papel da tutela penal nesse contexto, tendo em vista que tais condições formam o pano de fundo de disposições de bens e assunções de riscos muitas vezes tidas por insanas.

Esta não é uma obra sobre os critérios de imputação objetiva, nem sobre o conteúdo do injusto ou o conceito de bem jurídico, mas sobre como o núcleo intocável da liberdade humana, uma vez definido, deita consequências sobre tudo isso. São aqui avaliadas, por meio dos institutos do consentimento e da assunção de riscos pela vítima, as consequências do binômio liberdade-auto responsabilidade nas intervenções jurídico-penais do Estado, que não pode ignorar as vontades daquele que integra e titulariza o bem jurídico protegido pela norma penal. Tem em mãos o leitor um livro a serviço do desenvolvimento pessoal das individualidades conforme seus próprios valores.



ISBN 978-65-5589-445-5



9 786555 894455