

A DELIMITAÇÃO DO TIPO PENAL DE INDUZIMENTO, INSTIGAÇÃO OU AUXÍLIO À AUTOMUTILAÇÃO: ENTRE FORMA SIMPLES E QUALIFICADA

THE DELIMITATION OF THE CRIME OF INDUCEMENT, INSTIGATION OR ASSISTANCE TO SELF-MUTILATION: BETWEEN THE BASIC AND THE QUALIFIED FORM

Pablo Rodrigo Alflen

Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor Permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da UFRGS. Conselheiro do Centro de Estudos de Direito Penal e Processual Penal latino-americano da Georg-August-Universität Göttingen, Alemanha. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7700740147197257>

ORCID: 0000-0002-7282-4186

pabloalflen@terra.com.br

Resumo: As recentes alterações promovidas no art. 122 do CP conduziram a inúmeros problemas dos quais destaca-se, neste artigo, apenas um, relativo ao alcance do tipo fundamental em sua forma simples e sua delimitação para com a forma qualificada prevista no art. 122, § 1º. Parte-se de que a solução do problema está, por um lado, no conceito de automutilação e na posição sistêmica do tipo penal dentro do CP e, por outro, no elemento subjetivo e na finalidade da conduta.

Palavras-chave: Automutilação, Alteração legislativa, Autoria e Participação

Abstract: The recent changes promoted in art. 122 of the Penal Code have led to numerous problems, of which, in this article, only one stands out, concerning the scope of the crime in its simple form and its delimitation towards the qualified form provided in art. 122, par. 1. It is assumed that the solution to the problem lies, on the one hand, in the concept of self-mutilation and in the systemic position of the norm within the Penal Code, and, on the other hand, in the subjective element and the purpose of the conduct.

Keywords: Self-mutilation, Legislative amendment, Authorship and Participation

1. Considerações introdutórias

O art. 122 do Código Penal (CP) sofreu profundas alterações determinadas pela recente Lei 13.968, de 26 de dezembro de 2019. Esta lei teve sua origem no Projeto de Lei do Senado (PLS) 664/2015. Tal PLS, protocolado em 1 de outubro de 2015, tinha como propósito tipificar o crime de induzimento, instigação ou auxílio à automutilação de criança ou adolescente, mediante a inclusão do art. 244-C na Lei 8.069/1990 (ECA). A justificativa apresentada no projeto baseava-se na elevada prática da automutilação, caracterizada pela agressão deliberada ao próprio corpo, sem a intenção de cometer suicídio, por adolescentes, em particular, devido ao aumento do número de grupos em redes sociais que incentivavam esta prática entre crianças e adolescentes,¹ como nos casos dos chamados “desafios”:

Na Câmara dos Deputados este Projeto tramitou sob número 8.833/2017, sendo que a Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (CCJC) votou pela sua aprovação com singelas modificações. Em Sessão Extraordinária na Câmara, porém, foi apresentada pela Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática (CCTCI) a Emenda de Plenário 1/2019, que propôs não mais a inclusão da norma incriminadora no ECA, mas no CP, por meio da alteração do art. 122, mediante a inclusão no tipo da figura da “automutilação” e da criação dos demais tipos derivados. A Emenda foi aprovada em turno único. No Senado, a matéria foi igualmente aprovada, como Projeto de Lei 6.389, de 2019 (Substitutivo da Câmara dos Deputados ao PLS 664/2015). A Lei foi publicada no Diário Oficial da União em 27 de dezembro de 2019, entrando em vigência na mesma data.

Antes da Lei 13.968/2019, o art. 122, *caput*, do CP, dispunha que

constitui crime “induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça”, sendo que a pena cominada variava de acordo com o resultado ocorrido, a saber, “reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave”. Com a alteração, o tipo penal passou a dispor que o delito se configura com as condutas de “induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça”, cominando a pena de “reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos”. Ademais, nos parágrafos do novo art. 122 do CP foram criadas qualificadoras (§§ 1º e 2º), majorantes de pena (§§ 3º, 4º e 5º), e, por fim, figuras subsidiárias (§§ 6º e 7º). No entanto, as condutas descritas no *caput* do antigo art. 122, que compreendiam a participação intelectual ou moral (induzir, instigar) e a participação material (auxiliar), foram mantidas.² Apesar disso, o alcance do tipo foi consideravelmente ampliado, suscitando inúmeros problemas, dos quais — e para os fins aqui pretendidos — cabe destacar o seguinte: considerando o conceito de automutilação, é possível se falar em delito de induzimento, instigação ou auxílio à automutilação na forma simples, se a maioria das hipóteses cogitadas, em princípio, configuram a forma qualificada? Em caso positivo, qual é o alcance do tipo fundamental em sua forma simples? A resposta a estas questões depende, por um lado, da determinação do conceito de automutilação em atenção à posição sistêmica que o tipo ocupa dentro do corpo normativo (do CP) e em face dos demais tipos que ele tangencia — o que diz respeito ao tipo objetivo — e, por outro lado, do elemento subjetivo e da finalidade do induzimento, da instigação e do auxílio à automutilação — o que, por sua vez, diz respeito ao tipo subjetivo.

2. O problema do alcance do tipo objetivo do art. 122, caput, do CP

Ao analisar o papel do princípio da legalidade no Estado constitucional, afirmou **Ibañez**, que o adequado tratamento judicial da *quaestio iuris* precisa de um antecedente imprescindível, que incumbe exclusivamente ao legislador.³ A essência desta afirmação está em que dificilmente poderia o juiz ater-se ao imperativo constitucional de legalidade estrita se o legislador não tivesse cumprido previamente a sua parte, legislando sempre que fosse necessário e, sobretudo, fazendo-o com rigor técnico na formação da linguagem legal.

Tal rigor, porém, passou a apresentar relevância no direito penal a partir do Iluminismo, com a elaboração do princípio da legalidade, consubstanciado na formulação latina *nulla poena sine lege*⁴ e, em particular, em seu corolário de *lex certa*. Este modelo de legalidade estava orientado pela contenção do arbítrio estatal; baseava-se na singela ideia de que quanto maior a precisão da lei penal, tanto maior a possibilidade de sua aplicação, pelo juiz, segundo uma racionalidade objetiva, ou um silogismo lógico,⁵ absolutamente controlável. Todavia, isso sugere um entendimento atualmente simplista e irrealizável do princípio da legalidade. A precisão, como esclarece **Jakobs**, pode complicar-se teoricamente até tal ponto que já não se possa esperar que a hipótese descrita chegue a se produzir.⁶

Ocorre que os tipos penais não são meras construções articuladas, que dependem do exaurimento semântico ou sintático das palavras que os compõem; eles são concebidos de acordo com a função hermenêutica que desempenham. Basta observar que, apesar do “rigor técnico” — semântico — na elaboração de certos preceitos de lei, o juiz, mesmo com amparo em doutrina e jurisprudência, frequentemente não é capaz de deduzir, sem margem de dúvida, se determinadas ações se enquadram em um tipo penal ou em outro. Isso decorre do fato de que a norma constitui sempre uma medida para muitos casos possíveis, ela jamais traduz uma realidade, mas possibilidades.⁷ O conteúdo da proibição contida na norma é obtido por meio de um processo analógico que se desenvolve entre dois polos, o dos fenômenos vitais e o do texto da norma.⁸ Não há dúvida, portanto, que o trabalho legislativo é de suma importância, uma vez que o seu produto culmina no segundo destes polos, mas ele não é tudo, visto que “a interpretação do tipo penal e a decisão sobre um fato não ocorrem por subsunção ao tipo, senão por meio da analogia resultante do desdobramento entre o tipo e o fato, um no outro”.⁹

O atual art. 122, caput e parágrafos, do CP, é exemplo paradigmático neste sentido, pois reflete toda a problemática que é subjacente ao processo analógico de transposição do sentido e do alcance do tipo. Ele demonstra que na tipificação de uma conduta, “o trabalho do legislador não é reconhecer e reproduzir formas de realidade existentes”,¹⁰ é técnico, orientado por concepções penais. Mas, ele também demonstra que esta técnica pode dificultar o processo hermenêutico, sobretudo, quando padece de um déficit de interconexão sistêmica.¹¹

O primeiro fator a expor esta problemática diz respeito à definição e ao alcance do conceito de automutilação. Este conceito depende da própria definição de “mutilação”. Mutilação consiste no ato de danificar, lesionar um corpo, mediante corte, eliminação ou destruição de partes. A automutilação consiste na mutilação de si mesmo e, portanto, deve ser entendida como toda ação mecânica intencional, que recaia sobre o próprio corpo, e que conduza à destruição, perda ou dano substancial de órgão, membro ou outra parte do corpo.¹² Todavia, esta definição não é suficiente para determinar o sentido técnico-jurídico do induzimento, instigação ou auxílio à automutilação previsto no art. 122 do CP, e, por isso, deve ser especificada.

Por um lado, o artigo em que esta figura delituosa foi inserida integra o Capítulo I, do Título I, da Parte Especial do CP, que, portanto, trata dos crimes contra a vida. A primeira consequência que se verifica, levando em conta o conceito citado, é a de que o legislador ou pretendeu punir a automutilação que tenha por fim a causação da

morte ou, diferentemente, inseriu a figura delituosa do induzimento, instigação ou auxílio à automutilação sem o fim de causação da morte no capítulo incorreto. Esta última hipótese, à primeira vista, parece estar correta, uma vez que, se o propósito fosse punir somente a automutilação que tivesse por fim a causação da morte, o legislador teria eliminado a possibilidade de punição por tentativa de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio (que, segundo a nova redação do art. 122, a nosso juízo, passou a ser admissível). Contudo, um exame minucioso, orientado, por uma interpretação sistêmica, leva à necessária conclusão de que a *norma tutelada* pela ordem jurídico-penal (no sentido de **Jakobs**) tem por propósito a proibição da causação do resultado morte.

Por outro lado, a automutilação é um conceito de conteúdo valorativo, marcado por alto grau de normatividade, uma vez que toda “mutilação”, em princípio, implica uma ofensa à integridade física. É justamente essa carga normativa que exige que, na delimitação do seu alcance, seja levada em conta a localização da norma no capítulo correspondente aos crimes contra a vida, de modo a exigir-se a prática de conduta orientada ao resultado morte; caso contrário, na prática, o incentivo de uma pessoa a outra para que coloque, por exemplo, um *piercing* poderá configurar o delito em qualquer de suas modalidades. Logo, não se trata de um processo hermenêutico simples, pois exige um juízo analógico negativo ou de exclusão.

O delito de induzimento, instigação ou auxílio à automutilação é classificado como delito material em qualquer uma de suas modalidades, uma vez que o dano físico é elemento necessário. Por conseguinte, a forma simples, prevista no caput do art. 122, se consuma com a efetiva ofensa à integridade física mediante induzimento, instigação ou auxílio, desde que não incida no caso concreto alguma das hipóteses previstas nos incisos dos §§ 1º e 2º do art. 129 do Código Penal.¹³ Ao mesmo tempo, porém, nem toda ofensa à integridade corporal caracterizável como lesão corporal leve, prevista no caput do art. 129, ingressa no campo da automutilação.

Vejamos as seguintes hipóteses: (1) um indivíduo maior de idade, induzido por outrem, de forma consciente e voluntária cumpre um desafio, que consiste em cortar parte do seu dedo anelar na altura da falange distal, utilizando de uma serra circular portátil; (2) induzido por terceiro, um jovem de 16 anos de idade, de forma consciente e voluntária, cumpre um desafio que consiste na colocação de sal e gelo sobre a região interescapular de suas costas, em formato de cruz, mantendo-os por cerca de trinta minutos, e, devido a isso, sofre queimadura de segundo grau, que destrói a epiderme e atinge a derme (camada inferior à epiderme, vascularizada e que contém nervos), resultando em cicatrizes profundas; (3) induzido por terceiro, um indivíduo, maior de idade, e que não possuía *piercing* em seu corpo, cumpre um desafio que consiste em ele mesmo perfurar o lóbulo da orelha esquerda e utilizar a tampa de uma garrafa de cerveja como “alargador”. Em ambos os casos ocorre automutilação, porém, a ofensa praticada contra a própria integridade corporal — hipótese (1) — assume, na primeira hipótese, natureza grave, em virtude da debilidade permanente do membro (art. 129, § 1º, III, CP), e, nas hipóteses (2) e (3), natureza gravíssima, devido à deformidade permanente (art. 129, § 2º, IV, CP). Logo, em ambos os casos o indutor (na hipótese, o “desafiador”) deve responder pelo delito na forma qualificada (art. 122, § 1º, do CP).

Esses exemplos, porém, são suficientes para demonstrar a dificuldade que se encontrará na prática no que diz respeito à configuração do delito de induzimento, instigação ou auxílio à automutilação em sua forma simples, uma vez que a automutilação supõe a destruição, perda ou dano substancial de órgão, membro ou outra parte do corpo, e, portanto, a maioria das hipóteses, conduzirá quase de maneira automática à incidência da forma qualificada, prevista no art. 122, § 1º, do CP, em relação àquele que induzir, instigar ou auxiliar a automutilação.

A partir daí surge a questão: é possível a ocorrência de induzimento, instigação ou auxílio à automutilação, que seja na forma simples

prevista no tipo fundamental? A resposta a esta questão demonstra acerto da citada tese de **Jakobs** de que a precisão pode complicar-se teoricamente até tal ponto que já não se possa esperar que a hipótese descrita chegue a se produzir.¹⁴ Apesar da dificuldade prática de delimitar o alcance do tipo na forma simples, a nosso juízo, parece ser possível a sua ocorrência quando, mediante induzimento, instigação ou auxílio, for praticada a ofensa à própria integridade corporal *caracterizável* como lesão corporal leve, sempre que esta implicar corte, eliminação ou destruição, como, por exemplo, arrancar ou atear fogo nas pontas dos cabelos ou, ainda, aplicar composto químico que provoque a sua queda instantânea e sem maior perigo à vítima, arrancar as unhas, arrancar os dentes, sem causar debilidade ao órgão mastigatório etc. Nesse sentido, o alcance do tipo é bastante restrito, na medida em que não são abarcadas pelo tipo condutas causadoras, por exemplo, de eritemas, equimoses, edemas, hiperemias, hematomas, torcicolo (inclusive, traumático) etc, já que nestes casos não ocorre corte, eliminação ou destruição.

Apesar do limite tênue entre a forma simples do delito de induzimento, instigação ou auxílio à automutilação e sua forma qualificada, do § 1º do art. 122 do CP, o exame minucioso do tipo objetivo, como visto, permite identificar diferenças dogmáticas que auxiliam na solução dos casos que serão abarcados pela norma.

3. O tipo subjetivo do art. 122, caput, do CP

No tocante ao tipo subjetivo do delito de induzimento, instigação ou auxílio à automutilação, tem-se que a forma simples, prevista no *caput* do art. 122 do CP, exige o dolo. Quanto a isso, é suficiente observar que no Direito Penal brasileiro segue-se a regra segundo a qual somente se pune o delito na forma culposa, quando expressamente previsto em lei, *ex vi* do parágrafo único do art. 18 do CP. Logo, não havendo, no caso, a previsão da forma culposa, só se admite a punição na forma dolosa. Ademais, cabe recordar que o Código Penal brasileiro segue o conceito finalista de dolo, que costuma ser definido como consciência e vontade de realizar os elementos objetivos do tipo.¹⁵ E como o elemento subjetivo integra o tipo do injusto, é certo que ele também auxilia na delimitação do alcance do próprio tipo.

Nesse sentido, cumpre tecer algumas considerações em atenção aos dois elementos citados, que integram o dolo. No caso do delito previsto no art. 122, *caput*, do CP, em primeiro lugar, o autor deve ter consciência e vontade de que o seu comportamento de induzir, instigar ou auxiliar conduzirá outrem a se automutilar. E como a automutilação supõe que a vítima tenha consciência do conteúdo autolesivo da sua própria conduta e aceite praticá-la, seja por curiosidade ou com o objetivo de vivenciar sensações eufóricas e fugazes, é necessário que o autor, por sua vez, tenha conhecimento de que a vítima tem esta consciência, e que a finalidade do seu comportamento é a prática da automutilação.

Há duas razões evidentes para isso: em primeiro lugar, se a vítima não tem consciência de estar se automutilando, porque, por exemplo, foi induzida em erro quanto aos efeitos do uso de um instrumento, objeto ou substância que conduzirá à sua automutilação, incidirá a hipótese prevista no § 6º do art. 122 do CP (figura subsidiária), uma vez que ela "não pode oferecer resistência" em relação àquilo que desconhece. E, desse modo, o indutor, instigador ou auxiliador responderá por lesão corporal de natureza grave, tipificada no art. 129, § 2º, CP, e não pela figura do art. 122, *caput*, do CP.

Em segundo lugar, o indutor, instigador ou auxiliador deve ter conhecimento de que o comportamento praticado pela vítima não tem por finalidade a automutilação a ponto de causar, conscientemente, a própria morte, pois, do contrário, ocorrerá induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, e não à automutilação. Isso leva a concluir, ainda, que a figura do dolo eventual é incompatível com o delito de induzimento, instigação ou auxílio à automutilação.

Por fim, é necessário que o induzimento, instigação ou auxílio à automutilação *não tenha finalidade artística*. Do contrário, ter-se-á uma recomendação, um estímulo ou um auxílio à realização de procedimento artístico impunível, como, por exemplo, a perfuração da orelha para colocação de um brinco ou *piercing* (e não de objeto diverso que possa submeter a vítima ao escárnio, como no caso anteriormente referido da colocação de tampa de garrafa de cerveja como alargador). Logo, a finalidade deve ser, por exemplo, como nos casos dos chamados "desafios"; o submetimento da vítima à automutilação como prova de coragem ou resistência, ou, ainda, com o objetivo de escárnio, zombaria ou ridicularização.

4. Considerações finais

O desvirtuamento da proposta originária de criminalização da conduta de induzimento, instigação ou auxílio à automutilação, mediante a inclusão do art. 244-C do ECA e que, diversamente, culminou na alteração do art. 122 do CP, conduziu a um maior trabalho legislativo, no tocante à construção do tipo penal em suas formas simples, qualificadas, majoradas e subsidiárias. Porém, o excesso de "rigor técnico" dificultou o processo hermenêutico de diferenciação entre a forma simples do delito e a forma qualificada prevista no § 1º do art. 122. Apesar disso, o fato de o legislador incluir esta conduta delituosa no capítulo correspondente aos crimes contra a vida e o exame minucioso do tipo objetivo permitem identificar diferenças dogmáticas, que auxiliam na solução dos casos que serão abarcados pela norma na forma simples ou na forma qualificada do § 1º do art. 122 do CP. O exame do tipo subjetivo, ademais, mostra-se igualmente essencial para a delimitação de casos que devem (ou não) ser abarcados pelo tipo, em especial, no que diz respeito ao aspecto cognitivo do elemento subjetivo dolo e finalidade da conduta.

NOTAS

¹ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado N° 664, de 2015. *Diário do Senado Federal*, 02 out. 2015. p. 19 e ss.

² Cfr. sobre estas formas de participação ALFLEN, Pablo Rodrigo. Delito de induzimento, instigação ou auxílio à automutilação, *REC*, n. 77, p. 118-120, abr./jun. 2020. Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Jurisdicción, jurisprudencia y principio de legalidade en el Estado constitucional. *Cuadernos penales José María Lidón*, n. 11, p. 17-35, 2015. p. 28.

³ Cfr. FEUERBACH, Anselm von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. 14. ed., Gießen: Heyer's. 1847. p. 41.

⁴ Próprio de uma visão positivista insustentável hoje em dia, como demonstrou KAUFMANN, Arthur. *Das Verfahren der Rechtsgewinnung*. München: Beck, 1999. p. 1 e ss.

⁵ Cfr. JAKOBS, Günther. *Strafrecht. AT*. 2. ed., Berlin: Walter de Gruyter. 1991. p. 85.

⁶ Cfr. KAUFMANN, Arthur. *Analogie und "Natur der Sache"*. 2. ed., Heidelberg: Müller, 1982. p. 10-11.

⁷ Cfr. KAUFMANN, Arthur, *op. cit.*, p. 14 e ss.

⁸ Cfr. HASSEMER, Winfried. *Tatbestand und Typus*. München: Heymanns, 1968. p. 160.

⁹ Cfr. HASSEMER, Winfried, *op. cit.*, p. 160.

¹⁰ Cfr. JAKOBS, Günther. *op. cit.* p. 85: "se não se quer que as normas penais sejam arbitrarias, elas devem estar interconectadas e neste sentido formar um sistema (um todo não necessariamente completo, mas livre de contradições na parte existente). O sistema não é composto apenas por componentes desiguais; ao contrário, inúmeros conceitos se repetem em várias normas."

¹¹ FISCHER, Thomas. *StGB*. 63. ed., München: Beck, 2016. p. 1596; SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst. *StGB, Kommentar*. 29. ed., München: Beck, 2014. p. 1418; a jurisprudência brasileira corrobora este entendimento, compare STJ, AREsp n° 1526079, Min. Néli Cordeiro, Publicação 11/09/2019; desenvolvendo a construção deste conceito, veja ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 115-118.

¹² Semelhante, LACKNER, Karl; KÜHL, Kristian. *StGB, Kommentar*. 29. ed. München: Beck, 2018. p. 676.

¹³ Vide *supra*, nota 5.

¹⁴ Cfr. na doutrina brasileira, por todos: TAVARES, Juarez. *Fundamentos da Teoria do Delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 249. Sobre o conceito finalista de dolo: WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*. 11. ed., Berlin: Walter de Gruyter, 1969. p. 64; um exame minucioso quanto ao art. 122 do CP em ALFLEN, Pablo Rodrigo, *op. cit.*, p. 123-126.