

**ROSSANA BRUM LEQUES**

**O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO COMO EXCLUDENTE DO  
TIPO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

**Orientador: Professor Titular Dr. Vicente Greco Filho**

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

Faculdade de Direito

São Paulo, 2014

**ROSSANA BRUM LEQUES**

**O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO COMO EXCLUDENTE DO  
TIPO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como parte dos requisitos para obtenção do título de mestre em direito penal, sob a orientação do **Professor Titular Dr. Vicente Greco Filho**

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

Faculdade de Direito

São Paulo, 2014

BANCA EXAMINADORA

1º Examinador \_\_\_\_\_

Orientador Professor Titular Vicente Greco Filho

2º Examinador (a) \_\_\_\_\_

3º Examinador (a) \_\_\_\_\_

Aos meus queridos pais, por todo amor, carinho e dedicação.

À professora Alessandra Greco, pelo suporte e incentivo desde a minha primeira aula de direito penal.

## **AGRADECIMENTOS**

São muitas as pessoas que, direta ou indiretamente, contribuíram para a elaboração deste trabalho.

Agradeço especialmente ao meu professor orientador Vicente Greco Filho pela oportunidade e aprendizado. Sua generosidade, humildade e disposição são exemplos para aqueles, que assim como eu, iniciam seu caminhar nas ciências criminais.

Agradeço também aos professores Janaína Conceição Paschoal e Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, pelas preciosas considerações feitas no exame de qualificação.

Aos funcionários da Faculdade, especialmente à Dalva e à Marcela, pela gentileza e pelo suporte.

Aos colegas “veteranos” João Daniel Rassi, Nohara Paschoal e Ana Carolina Oliveira, pelo acolhimento e por toda ajuda.

À querida colega e amiga Dayane Fanti, pelos debates intermináveis. A nossa “discordância” contribuiu muito para a elaboração deste trabalho. E toda nossa turma: Fá, Sérgio, Cris, Aline, Cleveland, Marílias (loira e morena) e Toninho. Vocês suportaram (e até estimularam) bravamente as nossas discussões.

À toda a equipe do Bottini & Tamasauskas, pelo convívio diário e constante incentivo. Não poderia deixar de citar: Pier, Igor, Ana, Débora e Dany (sempre parte desta equipe). Aprender a aplicação do direito junto com vocês é maravilhoso.

Aos amigos, que souberam compreender as minhas ausências – Bibi Todeschini, Lory Yokota, Rafael Auilo e Kelly Amaral –, e por estarem sempre ao meu lado, especialmente nos momentos difíceis.

Aos meus familiares – Rogério, Rejane e Rodrigo, especialmente pela paciência e

compreensão. E também à Carol, pela alegria e carinho. Vocês são a razão de tudo.

E, é claro, aos meus queridos avós, seja pelo amor construído pelas recordações do meu pai (vô Manuel – *in memoriam*), seja pelas doces lembranças da infância (vó Nancy – *in memoriam*), seja pelo enorme orgulho da neta “crescida” (vô Vantuil e vó Eneida).

*“Que nada nos defina. Que nada nos sujeite. Que a liberdade seja a nossa própria substância.”*

Simone de Beauvoir.

## RESUMO

A presente pesquisa objetiva identificar a natureza jurídica do instituto do consentimento do ofendido para o direito penal brasileiro atual, evidenciando o papel da vítima. Para tanto, inicia-se a pesquisa com uma análise sobre o ofendido, estabelecendo sua evolução histórica, seu conceito atual, bem como os conceitos de vitimologia e vitimodogmática. Logo, aborda-se o consentimento propriamente dito, determinando seu histórico, seu conceito, seu objeto (bem jurídico disponível), seus requisitos e diferenças em relação à autocolocação da vítima em risco. Em seguida, verifica-se o estado atual da questão da natureza jurídica do consentimento. Parte-se da legislação brasileira e do entendimento doutrinário atual. Em razão da predominância do entendimento pela causa de justificação, os fundamentos histórico dogmáticos do conceito material de antijuridicidade são verificados. Ainda no campo da análise da natureza jurídica, fundamental a análise da questão da tipicidade (formal e substancial) – pressuposto da antijuridicidade. Assim, analisa-se o consentimento do ofendido como causa de exclusão da tipicidade material. Tendo em vista a teoria unitária, busca-se afastar a diferenciação entre o consentimento e o acordo. Na sequência, trata-se do direito comparado. Assim, torna-se possível a análise do consentimento do ofendido no direito penal brasileiro, tendo em vista a legislação penal em vigor.

**PALAVRAS-CHAVE:** Consentimento do ofendido. Vitimologia. Vitimodogmática. Liberdade de ação. Tipicidade substancial.



## **ABSTRACT**

This paper aims to identify the legal institute of the need for the offended person's consent for the current Brazilian criminal law, highlighting the role of the victim. To this effect, the study begins with an analysis of victims' rights, establishing their historical evolution, the current concept, as well as the concepts of victimology and victim dogmatism (a branch that studies the behavior of crime victims and their contribution to the occurrence of the event, as well as the repercussion of that participation on setting the penalty imposed on the perpetrator). Then it examines consent itself, determining its history, concept, object (alienable rights), the requirements and differences in relation to the victim's self-exposure to risk. Next it describes the current state of the legal nature of the consent question based on Brazilian legislation and the interpretation of legal scholars. Because of the predominant position regarding cause for justification, dogmatic historical foundations of the material concept of material illegality are addressed. Still in the field of the legal nature, it is fundamental to analyze the question of classification of the crime (formal and substantive), which is a presupposition for illegality. Therefore, consent of the offended person is analyzed as cause to exclude the classification of the act as a crime. Based on unitary theory, I argue against the distinction between consent and concurrence. Finally, the matter is examined from the perspective of comparative law, to analyze the issue of victim's consent in current Brazilian criminal law.

**KEYWORDS:** Consent of the victim. Victimology. Victim dogmatism. Freedom of action. Substantive offense.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	8
<b>ABSTRACT</b> .....	9
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	12
<b>1 NOÇÕES FUNDAMENTAIS</b> .....	14
<i>1.1 Sobre o ofendido</i> .....	14
1.1.1 Escorço Histórico.....	14
1.1.2 Conceito Atual .....	16
1.1.3 Conceito de Vitimologia e Vitimodogmática .....	18
<i>1.2 Sobre o consentimento</i> .....	21
1.2.1 Escorço Histórico.....	21
1.2.2 Conceito .....	27
1.2.3 Objeto: a questão do bem jurídico disponível .....	28
1.2.3.1 Conceito de bem jurídico e sua imprescindibilidade .....	29
1.2.3.2 A noção de disponibilidade ou indisponibilidade dos bens jurídicos .....	31
1.2.3.3 O exercício do poder de autodeterminação e da liberdade de ação de quem consente: o primeiro fundamento para a exclusão do tipo.....	35
1.2.4 Requisitos.....	39
1.2.5 A Pessoa que Consente .....	41
1.2.6 Vícios .....	43
1.2.6.1 Erro .....	43
1.2.6.2 Fraude .....	46
1.2.6.3 Coação (ameaça e violência) .....	47
1.2.7 Espécies .....	48
1.2.8 A Autocolocação da Vítima em Risco.....	52
<b>2 O ESTADO ATUAL DO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO: A QUESTÃO DA NATUREZA JURÍDICA</b> .....	56
<i>2.1 A legislação brasileira: escorço histórico</i> .....	56

2.2 <i>O entendimento doutrinário atual</i> .....	58
2.3 <i>Fundamentos histórico-dogmáticos do conceito material de antijuridicidade</i> .....	59
<b>3 O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO E A TIPICIDADE (FORMAL E MATERIAL)</b> .....	62
3.1 <i>Tipo e tipicidade: aproximação conceitual</i> .....	62
3.2 <i>Tipicidade substancial: fundamentos da construção dogmática</i> .....	64
3.3 <i>O consentimento do ofendido como causa de exclusão da tipicidade substancial</i> .....	67
3.4 <i>O consentimento do ofendido e o acordo: pela fundamentação da teoria unitária</i> .....	69
<b>4 O DIREITO COMPARADO</b> .....	74
4.1 <i>O direito italiano</i> .....	75
4.2 <i>O direito português</i> .....	78
4.3 <i>O direito espanhol</i> .....	81
4.4 <i>O direito alemão</i> .....	85
4.5 <i>O direito da américa latina</i> .....	88
<b>5 O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO E O DIREITO PENAL BRASILEIRO</b> ....	92
5.1 <i>O Código Penal</i> .....	92
5.1.1 <i>O Consentimento como Elemento Implícito</i> .....	92
5.1.2 <i>O Consentimento como Elemento Normativo do Tipo</i> .....	101
5.2 <i>As leis penais esparsas</i> .....	102
<b>CONCLUSÕES</b> .....	108
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	112

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa objetiva identificar a natureza jurídica do instituto do consentimento do ofendido para o direito penal brasileiro vigente, à luz da vitimologia e da vitimodogmática. O assunto é pouco discutido, e embora não seja um tema novo, consiste em um grande desafio.

Assim, entende-se o consentimento do ofendido como a maneira deste expressar a sua vontade ao autorizar o agente à prática da conduta formalmente descrita no tipo incriminador.

De forma resumida, pode-se afirmar que existem, hodiernamente, três principais correntes doutrinárias sobre os efeitos do referido instituto. A primeira o considera como causa de justificação, a segunda preceitua que o consentimento sempre excluirá o tipo, considerado como um critério de imputação objetiva, e a terceira corrente abarca os dois posicionamentos, cujo enquadramento dependerá da construção típica em análise.

No Brasil, nota-se que é escassa a aplicação do consentimento, independentemente dos efeitos conferidos ao instituto, restando o papel da vítima praticamente esquecido, tanto no âmbito legislativo, quanto jurisdicional.

De tal modo, inicia-se a pesquisa com uma análise sobre o ofendido, estabelecendo sua evolução histórica, seu conceito atual, bem como os conceitos de vitimologia e vitimodogmática. Tais noções são fundamentais, já que o instituto em comento compreende o ofendido.

Logo, aborda-se o consentimento propriamente dito, determinando seu histórico, seu conceito, seu objeto (bem jurídico disponível), seus requisitos e diferenças em relação à autocolocação da vítima em risco.

Em seguida, verifica-se o estado atual da questão da natureza jurídica do consentimento. Para tanto, a legislação brasileira é analisada, bem como o entendimento doutrinário atual. Em razão da predominância do entendimento pela causa de justificação, os fundamentos histórico dogmáticos do conceito material de antijuridicidade são verificados.

Ainda no campo da análise da natureza jurídica, fundamental a análise da questão da tipicidade (formal e substancial) – pressuposto da antijuridicidade, de modo a

possibilitar uma compreensão adequada e profunda sobre o tema. Nesse momento, constata-se o sentido polissêmico do termo tipo, o conceito de tipicidade e a evolução da construção dogmática com a tipicidade substancial. Assim, analisa-se o consentimento do ofendido como causa de exclusão da tipicidade material. Tendo em vista a teoria unitária, busca-se afastar a diferenciação entre o consentimento e o acordo.

Na sequência, importante tratar sobre o direito comparado. Desse modo, merece análise o tradicional direito italiano, origem da grande maioria dos nossos institutos. Também o direito português, dado o intenso intercâmbio entre a doutrina, a qual é certamente facilitada pela língua comum. Por fim, o direito alemão, em que vêm sendo desenvolvidas as correntes mais modernas, bem como o referencial teórico do presente trabalho.

Assim, torna-se possível a análise do consentimento do ofendido no direito penal brasileiro, tendo em vista a legislação penal em vigor.

# 1 NOÇÕES FUNDAMENTAIS

## 1.1 SOBRE O OFENDIDO

### 1.1.1 Escorço Histórico

A chamada *idade de ouro* da vítima identifica-se com o período da vingança ou justiça privada. Trata-se da época primitiva, a qual compreende o início da civilização até o fim da Alta Idade Média. Nas sociedades tribais, havia forte coesão social e escassez de fatores criminógenos. No entanto, praticado um ato lesivo, a vingança da vítima ou de pessoas a ela ligadas era certa, havendo, por vezes, colaboração da própria família do autor do referido ato<sup>1</sup>.

Com o Código de Hamurabi, o direito da vítima e de sua família de aplicar o talião e receber o preço da composição passou a ser limitado, não podendo mais ser indiscriminadamente exercido.

O Código de Manu, por sua vez, protegia os valores brâmanes (integrantes da casta superior). As penas eram impostas pela autoridade terrena, devendo os brâmanes ser consultados.

No direito hebreu, o Direito Penal também estava baseado em ideias religiosas e aplicava o talião. Merece destaque o fato de que em algumas hipóteses o talião era substituído por uma pena de caráter indenizatório, com o objetivo de compensar a vítima, tais como:

E, se alguns homens pelejarem, ferindo um ao outro com pedra ou com o punho, e este não morrer, mas cair na cama; se ele tornar a levantar-se e andar fora sobre o seu bordão, então, aquele que o feriu será absolvido; somente lhe pagará o tempo que perdera e o fará curar totalmente<sup>2</sup>.

Se alguém furtar boi ou ovelha, e o degolar ou vender, por um boi pagará cinco bois, e pela ovelha quatro ovelhas. Se o ladrão for achado roubando, e for ferido, e morrer, o que o feriu não será culpado do sangue. Se o sol houver saído sobre ele, o agressor será culpado do sangue; o ladrão fará restituição total; e se não

---

<sup>1</sup> OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o direito penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 20-26.

<sup>2</sup> Bíblia Sagrada. Êxodo 21, 18-19.

tiver com que pagar, será vendido por seu furto. Se o furto for achado vivo na sua mão, seja boi, ou jumento, ou ovelha, pagará o dobro<sup>3</sup>.

O direito romano, com a Lei das XII Tábuas, marcou a separação entre religião e Estado. Assim, limitou a vingança privada, dispôs sobre a possibilidade de composição, bem como excluiu do direito penal todas as diferenciações entre classes sociais, diferentemente do ocorrido no citado Código de Manu<sup>4</sup>.

No período feudal (entre os séculos V e X) prevaleceu o direito germânico. Nesse, o direito identificava-se com a paz, a qual imperava em três aspectos: casa, família e comunidade. Dessa forma, a pena era tida como a “perda da paz” e baseava-se na vingança de sangue. Havia uma concepção individualista, sendo a vingança um instrumento do ofendido e não de todo o povo. Essa realidade foi se transformando na medida em que o poder estatal se fortaleceu, passando a vigorar um sistema de composição judicial.

Entre os séculos IX e XIII, o direito canônico exerceu forte influência. A partir deste momento, a vítima deixa de ser sujeito central do conflito e passa a ser concebida como repositório de informações (enfoque utilitarista), exercendo um papel circunstancial, informativo.

Isso ocorre justamente quando o Estado assume o controle total do *jus puniendi*, sendo detentor do monopólio da reação penal. Ora, o declínio do papel exercido pela vítima decorre do direito penal estatal, o qual surge com a neutralização da vítima.

A crueldade dos métodos de tortura e das penas deu origem a uma reação, a qual foi denunciada pelo Marquês de Beccaria em sua obra “*Dos delitos e das penas*”, publicada em 1764. Nessa, defende o cidadão contra abusos por parte do Estado, voltando-se contra a atuação de um direito penal dominado pelos interesses dos poderosos. Mais tarde, seus ensinamentos foram utilizados para a construção de um direito penal baseado num sistema de garantias aos indivíduos. Ressalte-se, ainda, o princípio da legalidade, o qual é até hoje extremamente importante para o nosso ordenamento jurídico<sup>5</sup>.

Tanto a Escola Clássica quanto a Escola Positivista voltaram seus estudos para o crime e o criminoso, restando a vítima, como objeto de análise sistemática, esquecida.

---

<sup>3</sup> *Ibidem*. Êxodo 22, 1-4.

<sup>4</sup> OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 26-37.

<sup>5</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Magalhães. São Paulo: Hemus, 1983, *passim*.

Apenas no final da Segunda Guerra Mundial que foram desenvolvidos estudos relacionados à vítima. Isso principalmente na Alemanha e na Espanha, onde um novo ramo passou a ser tratado, qual seja, a vitimodogmática. O pós-guerra gerou um movimento de construção dos direitos humanos na ordem internacional, daí a relação desse movimento com o movimento vitimológico, que é uma manifestação daquele<sup>6</sup>.

O precursor na discussão sobre o papel da vítima na gênese do delito (em 1948), tendo inclusive elaborado uma tipologia vitimológica, é Hans Hentig, criminólogo alemão de origem judaica que durante o nazismo se refugiou nos Estados Unidos da América<sup>7</sup>. Nesse momento, nota-se a orientação teórica positivista, que assim como na criminologia, teve suas pesquisas voltadas às causas biológicas, antropológicas e sociais que caracterizam determinado indivíduo como vítima. Busca-se, assim, um melhor entendimento sobre a relação delinquente-vítima, de modo a romper com o estereótipo maniqueísta no qual “a vítima na reluzente pureza de sua inocência, confrontava-se com a crueldade indestrutível do delinquente”<sup>8</sup>.

No entanto, a criação do termo vitimologia não é atribuída a Hentig, mas sim a Wertham (1948), quem conferiu a Mendelsohn o mérito da fundação da doutrina da vítima<sup>9</sup>.

No Brasil, Edgard Moura Bittencourt é apontado como primeiro autor de obra sobre o tema, intitulada *Vítima*, cuja publicação é de 1971<sup>10</sup>.

### 1.1.2 Conceito Atual

Não há consenso acerca da origem do termo vítima. Parte da doutrina aponta ser proveniente do latim (*victima*) que, em sua origem, era utilizado para designar pessoa ou

---

<sup>6</sup> OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 64-66.

<sup>7</sup> Cf. HENTIG, Hans. *The criminal and his victims*. New Haven: Yale University Press, 1948, p. 384.

<sup>8</sup> ANCEL, Marc. La défense sociale devant le problème de la victime. In: *RScC (Revue de science criminelle et de droit pénal comparé)*, Paris, n. 4, p. 184, 1978.

<sup>9</sup> CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de política criminal: orientado para a vítima de crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais/Coimbra: Coimbra, 2008, p. 63.

<sup>10</sup> Cf. BITTENCOURT, Edgard Moura. *Vítima*. São Paulo: Universitária de Direito, 1978, *passim*.



animal destinado ao sacrifício<sup>11</sup>.

Já Eduardo Mayr assinala que a palavra deriva de *vincere*, ou seja, o vencido; ou ainda, *vincire*, no sentido de atar (referência aos animais sacrificados aos deuses)<sup>12</sup>.

De acordo com a linguagem comum, significa:

1. Homem ou animal imolado em holocausto aos deuses.
2. Pessoa arbitrariamente condenada à morte, ou torturada, etc.
3. Pessoa ferida ou assassinada, ou que sucumbe a uma desgraça, ou morre em acidente, epidemia, etc.
4. Tudo quanto sofre dano<sup>13</sup>.

O vocabulário jurídico apenas indica ser a vítima o sujeito passivo do crime<sup>14</sup>.

Guilherme Costa Câmara, preocupado com as situações de abuso e com os direitos humanos das vítimas, preceitua a seguinte definição: “*Todo indivíduo atingido direta ou reflexamente pela delinquência, na sua pessoa ou patrimônio, tendo suportado lesões físicas ou mentais, como consequência, inclusive, de ações ou omissões que violem seus direitos fundamentais*”<sup>15</sup>.

Vê-se, assim, que se trata de uma definição complexa, podendo ter diferentes significados, dependendo do enfoque, e, até dentro do mesmo contexto, interpretações distintas.

No âmbito jurídico, importante a diferenciação apresentada por Edgard Moura Bittencourt. Ensina o referido autor que, em seu sentido jurídico-geral, vítima refere-se ao indivíduo que sofre diretamente a ofensa ou ameaça ao bem tutelado pelo direito; o jurídico-penal-restrito, por sua vez, aponta aquele que sofre diretamente as consequências da violação da norma penal; e, por fim, o jurídico-penal-amplo, o qual abarca o indivíduo e a comunidade que sofrem diretamente as consequências do crime<sup>16</sup>.

---

<sup>11</sup> CASTRO, José Nieves Luna. Los derechos de la víctima en el proceso penal contemporáneo: el caso del México en el derecho comparado. *Cuadernos de política criminal*, Madrid, n. 89, p. 185, 2006.

<sup>12</sup> MAYR, Eduardo [org.]; KOVOSKI, Ester; PIEDADE, Heitor Júnior. *Vitimologia em debate*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 13.

<sup>13</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Aurélio*: o dicionário da língua portuguesa. Curitiba: Positivo, 2008, p. 498.

<sup>14</sup> ALVES, Geraldo Magela. *Novo vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2006, p. 505.

<sup>15</sup> CÂMARA, *op. cit.*, p. 77.

<sup>16</sup> BITTENCOURT *apud*, OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 80.

Trata-se, conforme já apontado, da pessoa que suporta a conduta criminosa do autor, podendo ser física ou jurídica, sofrendo lesão ou ameaça de lesão a determinado bem jurídico seu<sup>17</sup>.

Apesar de, em regra, a vítima ser a titular do bem jurídico, isso nem sempre ocorrerá. Cabe aqui a distinção estabelecida por Frederico Marques entre vítima e prejudicado, sendo a primeiro o indivíduo atingido diretamente pelo crime e o segundo aquele que sofre as consequências pela lesão ao bem jurídico (geralmente financeiras). Como exemplo de sujeito prejudicado, pode-se citar aquele indivíduo que dependia financeiramente do falecido, em caso de homicídio<sup>18</sup>.

### 1.1.3 Conceito de Vitimologia e Vitimodogmática

A vitimologia é o ramo das ciências criminais que estuda a vítima. Trata-se de ramo autônomo e não mero capítulo da criminologia, ressalta Edgard de Moura Bittencourt<sup>19</sup>. Assim, examina o conceito de vítima, suas diferentes classificações, bem como seu comportamento perante o crime<sup>20</sup>. Pode-se afirmar, portanto, que consiste no estudo científico de vítimas, conforme ensina Eduardo Mayr<sup>21</sup>.

Trata-se da mesma linha defendida por Mendelsohn, que pretendeu dar início a uma nova disciplina, dotada de autonomia. No entanto, a caracterização da vitimologia como ciência autônoma e, desse modo, distante da criminologia, encontrou enorme resistência mesmo no âmbito acadêmico<sup>22</sup>.

E não se pode negar que o estudo da vítima está contido no âmbito da criminologia, a qual, em sentido amplo, engloba não apenas o estudo do delinquente, mas também do crime em todos os seus aspectos. Isto é, a criminologia não está restrita ou reduzida ao estudo do sujeito ativo do crime.

---

<sup>17</sup> GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 23.

<sup>18</sup> MARQUES, José Frederico. *Curso de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1956. v. 2, p. 56.

<sup>19</sup> BITTENCOURT, Edgard de Moura. Vitimologia como ciência. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, p. 143, 1963.

<sup>20</sup> GRECO, *op. cit.*, p. 15.

<sup>21</sup> MAYR, *op. cit.*, p. 13.

<sup>22</sup> CÂMARA, *op. cit.*, p. 72.

Nessa linha, Manuel da Costa Andrade entende ser inaceitável

Reconhecer autonomia científica a uma Vitimologia radicada fora da Criminologia em sentido amplo (...) sobretudo, porque, ao contrário do que sucede com o delinquente, não parece possível identificar e recortar um estatuto unitário para a situação ou papel de vítima<sup>23</sup>.

Assim, atualmente, o entendimento pela autonomização consiste em posição minoritária na doutrina.

Isso porque a criminologia, por ter seu objeto de estudo mais amplo, abarca o da vitimologia. Logo, ao mesmo tempo em que não se vislumbra uma emancipação da vitimologia, também não se imagina a criminologia sem a figura da vítima<sup>24</sup>.

Uma visão apenas “vitimocêntrica” não deixa de ser deformada, desfigurada, à medida que esquece, ou melhor, desconsidera o papel do agente. Propõe-se desse modo, a ampliação do campo de visão e não a modificação de direção do olhar.

A vitimodogmática, por sua vez, estuda o comportamento da vítima no crime e sua contribuição para a ocorrência do mesmo, bem como a repercussão da referida participação na fixação da pena do autor. Para tanto, utiliza-se dos postulados vitimológicos<sup>25</sup>.

Sabe-se que a vítima interage com o agente e o ambiente, podendo colaborar para o evento criminoso. Precisamos abandonar a visão simplista, na qual temos um indivíduo completamente inocente (vítima) e outro completamente culpado (criminoso). Romper com o estereótipo maniqueísta parece ser o maior desafio no que diz respeito à vítima e ao campo da dogmática.

E como bem destaca Manuel Cancio Meliá:

*No es necesario crear una especial victimodogmática; es la dogmática sin más la que debe ser capaz de resolver el problema, Y aunque la cuestión de la denominación sea, claro está, de menor importancia, es esta reflexión la que desaconseja el uso del término <victimodogmática>: el tratamiento del*

---

<sup>23</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. A vítima e o problema criminal. In: *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, n. 31, p. 206, 1980.

<sup>24</sup> CÂMARA, *op. cit.*, p. 73.

<sup>25</sup> GRECO, *op. cit.*, p. 39.

*comportamiento de la víctima también debe ser abarcado por la dogmática*<sup>26</sup>.

Faz-se necessário diferenciar a punibilidade do agente no tocante às distintas tipologias de vítimas. O papel exercido pela vítima não pode ser desconsiderado, já que sempre participa da relação criminosa. Com isso, busca-se uma aplicação mais racional da lei penal e da pena.

Nesse sentido, cumpre salientar a previsão do artigo 59 do Código Penal vigente<sup>27</sup>, segundo a qual o comportamento da vítima é um dos critérios que deve ser obrigatoriamente observado pelo juiz na fixação de pena<sup>28</sup>. Apesar dessa inclusão como circunstância judicial, vê-se que o nosso legislador ainda é muito tímido ao tratar o tema. Isso porque desconsidera institutos aptos a excluir a tipicidade ou a ilicitude, como é o caso do consentimento do ofendido.

Evidentemente, devem estar presentes os requisitos do referido consentimento, devendo ser analisada cada situação fática. Dessa forma, para que seja válido o consentimento, deve-se observar, por exemplo, os seguintes elementos: ausência de vício de vontade (erro, fraude, coação etc.), capacidade para consentir entre outros. O mesmo pode ser dito quanto à autocolocação da vítima em risco, instituto pouco utilizado pelos intérpretes autênticos do nosso Judiciário.

Em relação ao nosso ordenamento, além do citado artigo 59 do Código Penal, pode-se destacar, em relação à vítima: a legítima defesa, instituto previsto no artigo 25 do Código Penal, o qual já era previsto desde o Código de Manu. O artigo 61, inciso II, alínea “h” do referido diploma legal, o qual dispõe ser circunstância agravante o cometimento de crime contra criança, velho, enfermo ou mulher grávida. Aqui, são consideradas apenas algumas condições pessoais, considerando a maior fragilidade dessas vítimas. Há também preocupação com a indenização ou reparação às vítimas, fato que podemos observar nos artigos: 78, parágrafo 2º; 83, inciso IV; 91, inciso I, todos do Código Penal. Na Parte

---

<sup>26</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho: estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*. Barcelona: Bosh, 1998, p. 256.

<sup>27</sup> Art. 59, CP: “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao **comportamento da vítima**, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (...)”. Grifos nossos.

<sup>28</sup> CHAVES, Virgínia Márcia Nepomuceno. A participação da vítima no crime. *MPMG jurídico*, Belo Horizonte, a. 2, n. 7, p. 49, 2006.

Especial, verificamos atenção à vítima nos artigos 121, parágrafo 1º; e no 171 do Código Penal. Em relação aos crimes contra a dignidade sexual, verifica-se um capítulo inteiro dedicado aos crimes sexuais contra o vulnerável. Já no Código Nacional de Trânsito, merece destaque o artigo 297, que prevê a multa reparatória. A Lei 9.099/1995, a qual trouxe grande avanço em relação à vitimologia. Isso porque, ao instituir os Juizados Especiais Criminais, apresentou novidades penais e processuais penais que destacam o papel da vítima. Dentre as medidas previstas, ressalte-se a conciliação, a transação penal etc.<sup>29</sup>. Por fim, mais recentemente, a Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, a qual criou diversos mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

No âmbito constitucional, digna de nota a previsão do art. 245 da Constituição da República, que versa sobre o amparo que deve ser dado às vítimas (restrito apenas aos casos em que exista o resultado morte – os beneficiários são apenas as vítimas indiretas ou os prejudicados – devendo, ainda, o crime ser doloso)<sup>30</sup>.

Diante do exposto, resta claro que o nosso ordenamento pouco trata sobre a vítima, principalmente com relação à exoneração da responsabilidade no âmbito penal, conforme já abordado.

Deve-se buscar, portanto, soluções dogmáticas também aptas a lidar com estas questões, além de políticas criminais (legislativa e judicial) voltadas ao problema. A aplicação do consentimento do ofendido parece ser um dos caminhos possíveis, vejamos então as suas noções fundamentais a seguir.

## 1.2 SOBRE O CONSENTIMENTO

### 1.2.1 Escorço Histórico

É antiga e variada a história em relação à possibilidade de exonerar a responsabilidade penal quando a atitude do titular do bem jurídico assente (direta ou

---

<sup>29</sup> GRECO, *op. cit.*, p. 31-38.

<sup>30</sup> CÂMARA, *op. cit.*, p. 332.

indiretamente) sobre a conduta lesiva do agente em ataque ao referido bem<sup>31</sup>.

Como bem explica Manuel da Costa Andrade, a problemática do consentimento desenvolveu-se diante da dialética entre a autonomia e a heteronomia, razão pela qual a sua evolução se confunde com as “*transformações filosófico culturais que condentem com a legitimação, os limites e o objecto do direito penal*”<sup>32</sup>.

A célebre frase do jurista romano Ulpiano, de aproximadamente 170-228 d.C., presente no Livro 47 do Digesto, qual seja, *nulla iniuria est, quae in volentem fiat*, a qual significa: “*o que se realiza com a vontade do lesionado, não constitui injusto*”, foi rapidamente consolidada e tornou-se a máxima jurídica abreviada na versão de *volenti non fit iniuria*.

Trata-se, segundo Miguel Polaino-Orts, da representação do mais radical reconhecimento da capacidade de disposição que o titular de um bem jurídico possui sobre a sanção de uma lesão ou colocação em perigo de seu bem jurídico<sup>33</sup>.

Tal regra, no entanto, não possuía generalidade e era utilizada tão somente para os crimes de natureza privada<sup>34</sup>.

Apesar da maior parte da doutrina não considerar uma aceitação ilimitada ou incondicional do efeito liberatório da responsabilidade, tem-se interpretado a citada máxima de maneira limitada<sup>35</sup>.

Nesse sentido, tendo em vista a própria evolução histórica, Claus Roxin aborda inicialmente os autores influenciados pelo direito natural e, em seguida, os hegelianos (e também o movimento majoritário do direito atual). Assim, a possibilidade do consentimento é restrita à hipótese da renúncia de direitos subjetivos e quando estes estiverem sujeitos à faculdade de disposição do seu titular (particular), não atentando contra a ordem objetiva comum. Isso em oposição à escola histórica do direito, que não

---

<sup>31</sup> POLAINO-ORTS, Miguel. Alegato en favor de un tratamiento jurídico-penal unitario para los casos de acuerdo y consentimiento como causas de atipicidad. *Cuadernos de Política Criminal - CESEJ*, Madrid, n. 82, p. 164, 2004.

<sup>32</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 30.

<sup>33</sup> POLAINO-ORTS, *op. cit.*, p. 164.

<sup>34</sup> PIERANGELLI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 72.

<sup>35</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general*. 2. ed. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. 1, p. 511.

aceita a influência do consentimento sobre a punibilidade, visto que o direito penal, como forma de manifestação histórica da ordem social, não pode ficar sujeito à disposição do indivíduo<sup>36</sup>.

A escola sociológica do direito, a qual entende o crime como lesão de interesses, propõe que o consentimento exclui, absolutamente, a infração jurídica de quem atua.

A divergência doutrinária sobre as situações e em que medida é possível eximir a responsabilidade penal no caso de concorrer o consentimento consiste numa problemática que está longe de ter chegado a um consenso.

E para melhor ilustrar a experiência histórica da doutrina do consentimento (em termos gerais, sem abordar a realidade nacional, que será tratada no item 2.1) serão destacadas as principais teorias, desenvolvidas a partir do século XIX:

(i) A teoria de Feuerbach

Segundo o autor, enquanto o indivíduo pode renunciar de seus direitos por meio de ato declaratório de vontade, o consentimento do prejudicado para a conduta afasta o crime. Observa-se, aqui, o uso da expressão “prejudicado” em sentido diferente do atual, referindo-se ao consenciente, conforme será abordado (item 1.2.5).<sup>37</sup>

Entende, ainda, que o consentimento abarca apenas os direitos disponíveis do ofendido e que a livre manifestação de vontade do consenciente é imprescindível. Logo, a validade do consentimento depende da natureza do direito e da capacidade de disposição do bem jurídico pelo ofendido.<sup>38</sup>

Assim, José Henrique Pierangeli ensina que

Para Feuerbach, portanto, consistindo o consentimento em uma permissão, constituía ele uma faculdade de cumprir a ação por outra maneira proibida. Com isso ampliou-se desmensuradamente o efeito jurídico do direito de disposição, tornando juridicamente lícita uma conduta ofensiva ao direito.<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 512.

<sup>37</sup> FEUERBACH *apud* PIERANGELI, *op. cit.*, p. 73.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 74.

<sup>39</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

Ao criticar tal teoria, Filippo Grispligni destaca a inexatidão do entendimento de exclusão da antijuridicidade da conduta, ao passo que se trata de medida com efeito mediato e não imediato. Isso porque, ao não contrariar o direito positivo, não pode a conduta ser contrária ao direito subjetivo. E mais: com o consentimento, o agente não ganha um poder, um direito subjetivo. Trata-se, na verdade, de uma faculdade, que o torna irrelevante para o direito<sup>40</sup>.

(ii) A teoria do negócio jurídico

Trata-se de teoria baseada no direito privado, inspirada a partir do parágrafo 182 e seguintes do Código Civil alemão (BGB), por Zitelmann e, posteriormente, por Frank, aplicada ao Direito Penal, como se o consentimento fosse um ato negocial<sup>41</sup>.

Zitelmann ensina que, sendo considerada a natureza de negócio jurídico do consentimento, a sua eficácia poderia ser entendida como exclusão da antijuridicidade, ainda que silente a lei, tendo em vista que de acordo com os princípios que regem os negócios jurídicos existem por si sós no direito privado. Deste modo, o indivíduo tem o poder de determinar os próprios fundamentos jurídicos, respeitados certos limites. Dito de outro modo, as condutas consentidas, desde que de acordo com o direito privado, ainda que afetadas pela antijuridicidade penal, esta seria afastada em razão das noções de gestão de negócios (nos termos do parágrafo 677 e seguintes do Código Civil alemão)<sup>42</sup>.

Em relação ao bem jurídico suscetível ao consentimento, devem ser considerados apenas aqueles disponíveis, isto é, que podem ser livremente dispostos, restando descartados os de natureza pessoal (vida, integridade física, liberdade, honra etc.).

Nas palavras de José Henrique Pierangeli

O consentimento, em tais casos, não significa uma simples manifestação da vontade e sim um verdadeiro negócio jurídico, visto constituir uma manifestação da vontade do particular desencadeadora de uma desordem no ordenamento jurídico, com uma finalidade prática de reconhecer autoridade, faculdade,

<sup>40</sup> GRISPIGNI, Filippo. *La natura giuridica del consenso del'offeso*. Modena: Modenese, 1922, p. 6 e ss.

<sup>41</sup> PIERANGELI, *op. cit.*, p. 74.

<sup>42</sup> ZITELMANN *apud* PIERANGELI, *op. cit.*, p. 75.



licença, autorização ao destinatário para que cumpra aquilo que se estabeleceu<sup>43</sup>.

No entanto, foi justamente a adoção de critérios civilísticos que gerou as críticas formuladas à teoria. Em primeiro lugar porque nem todas as manifestações de vontade são negócios jurídicos e, em segundo, porque em um negócio jurídico a manifestação é dirigida a produzir efeitos em consonância com o ordenamento jurídico<sup>44</sup>.

### (iii) A teoria da ação jurídica

Na perspectiva desta teoria, os bens somente são juridicamente tutelados se o seu titular “*os considera e os trata como bens de valor*”<sup>45</sup>. Desta forma, se o consenciente admite sua diminuição ou perda (ou ao menos exposição a risco), significa que a conduta deve ser considerada lícita. Assim, a licitude não decorre da renúncia da tutela jurídica pelo titular do bem, mas sim, pelo contrário, deriva da sua permissão, ao admitir a ofensa ao seu próprio bem jurídico, que por isso deixou de ser tutelado pela esfera jurídica.

Em que pese a utilidade da teoria em comento no âmbito do direito privado, é de se reconhecer a sua carência de critérios para delinear o consentimento no âmbito do direito penal<sup>46</sup>.

### (iv) Mezger

O critério de Mezger é bastante próximo à teoria da ação jurídica. Segundo ele, é a falta de interesse do titular do bem jurídico tutelado que afasta o injusto. Logo, possui como pressuposto o ciente abandono dos interesses do legítimo titular pelo bem jurídico em questão<sup>47</sup>.

Assim, são apontadas duas normas reguladoras nas quais são encontradas as

---

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 76.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 77-79.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 79.

<sup>46</sup> GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. Vítima, consentimento e imputação objetiva. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 1, p. 188, 2004.

<sup>47</sup> PIERANGELI, *op. cit.*, p. 79.

causas de justificação, quais sejam:<sup>48</sup>

- (a) a falta de interesse, que indica a ausência de necessidade de proteção ou ausência do injusto;
- (b) a determinação do interesse.

Neste caso, a eficácia do consentimento será resolvida quando o titular do objeto da ação for o mesmo do objeto de proteção, hipótese na qual o consentimento será eficaz. No entanto, caso não sejam coincidentes, subsistirá a antijuridicidade, mesmo que presente o consentimento<sup>49</sup>.

(v) Welzel

A visão de Welzel segue a teoria da ação jurídica. Para ele, enquanto a conduta for conforme ao consentimento, este conduzirá à licitude. Destaca-se que é necessário que o consentimento seja a verdadeira expressão da vontade do consenciente, bem como deverá ser afastado quando ausente a capacidade para tanto (ébrio) ou eivado de vício (erro ou ameaça)<sup>50</sup>.

De acordo com seu critério, o direito consuetudinário ganha relevo, sendo o limitador da validade do consentimento. Assim, somente será eficaz o consentimento que não contraria os bons costumes.

Alessandra Orcesi Pedro Greco, ao analisar tais teorias, destaca que posição doutrinária em relação à natureza jurídica do consentimento até então era entendida como causa de justificação<sup>51</sup>.

Assim, em um salto histórico, acrescenta a teoria da imputação objetiva à análise, com as seguintes considerações: “*A imputação objetiva vai mais além e propõe que o consentimento deve excluir o tipo penal, e não a ilicitude. Os autores que apoiam esta teoria entendem que o comportamento da vítima deve ser analisado quando da*

---

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 80.

<sup>49</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

<sup>50</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

<sup>51</sup> GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *Vítima, ..., op. cit.*, p. 189.

*compreensão do tipo*”<sup>52</sup>.

É então sob esta perspectiva mais recente que se pretende analisar o instituto em questão.

Sobre a referida teoria, Vicente Greco Filho explica que a imputação consiste em “*atribuição de um fato juridicamente relevante a alguém, no sentido de atribuir-lhe, se for o caso, responsabilidade e aplicar-lhe a sanção civil, administrativa ou penal*”. Primeiramente, faz-se uma análise normativa objetiva e, num segundo momento, se for o caso, indaga-se a respeito do aspecto subjetivo. Ao contrário do que parte da doutrina afirma, o referido autor ensina que “*a teoria da imputação objetiva não nega que o dolo e a culpa estejam no tipo. Apenas indica que são elementos a serem indagados em um segundo momento lógico*”<sup>53</sup>.

### 1.2.2 Conceito

O consentimento, conforme exposto, é um dos institutos que considera o papel exercido pela vítima. Alessandra Orcesi Pedro Greco aponta que o termo possui origem latina (*consentire*), com o significado de “*concordância entre as partes ou uniformidade de opinião*”<sup>54</sup>.

Na linguagem comum, o termo consentimento significa: “*1. Ato ou efeito de consentir. (Consentir: dar consenso ou aprovação a; permitir, assentir. 2. Concordar com. 3. Anuir, concordar) 2. Licença, permissão. 3. Aprovação*”<sup>55</sup>.

O vocabulário jurídico também aponta o referido termo como proveniente de *consentir*, expressando anuência, aquiescência, concordância, permissão<sup>56</sup>.

Dessa forma, o titular do bem jurídico, ao tomar uma atitude que demonstre seu consentimento à conduta lesiva, poderá suportar sozinho a referida lesão, ficando

---

<sup>52</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>53</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Imputação objetiva: o que é isso?* Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur\\_id=972](http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur_id=972)>. Acesso em 02 jun. 2011.

<sup>54</sup> GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *Vítima ...*, *op. cit.*, p. 185.

<sup>55</sup> FERREIRA, *op. cit.*, p. 160.

<sup>56</sup> ALVES, *op. cit.*, p. 132.

exonerado de responsabilidade penal o terceiro<sup>57</sup>.

Assim, pode-se afirmar que o consentimento da vítima consiste na maneira de expressar sua vontade ao autorizar o agente à prática da conduta formalmente descrita no tipo penal incriminador.

Vê-se, com isso, que seu limite é justamente a autonomia pessoal<sup>58</sup>, observando-se o princípio constitucional de respeito à dignidade humana (artigo 1º, inciso III, da CR), entendido como poder de autodeterminação de cada indivíduo, bem como o princípio da inviolabilidade da liberdade (art. 5º, da CR).

### 1.2.3 Objeto: a questão do bem jurídico disponível

Para que o consentimento possa produzir seus efeitos, fundamental analisar o seu âmbito de aplicação, que pressupõe a faculdade de exercício ou disposição em relação ao bem jurídico sobre o qual recai a conduta.

E vale desde já ressaltar: tal bem jurídico não se confunde com o objeto da conduta. Como explica Jose Henrique Pierangeli, “*a renúncia à tutela jurídica diz respeito única e exclusivamente ao bem juridicamente tutelado pela norma e não se liga, de maneira alguma, ao objeto da conduta*”<sup>59</sup>. Daí a importância da distinção. No crime de falsificação de documento, por exemplo, o objeto da ação consiste no próprio documento, mas o bem jurídico protegido é a fé pública. Assim, ainda que determinado indivíduo possa consentir na alteração de determinado documento público, não significa que possui faculdade de exercício sobre o bem jurídico em questão, qual seja, a fé pública.

Vejamos, então, primeiro a concepção de bem jurídico e sua imprescindibilidade, apesar da crise do instituto, num segundo momento, a noção de disponibilidade ou indisponibilidade que possui o seu titular, e, por fim, a liberdade de ação como o primeiro argumento para a exclusão do tipo penal como efeito do consentimento do ofendido.

---

<sup>57</sup> CHAVES, *op. cit.*, p. 49.

<sup>58</sup> ANDRADE, *op. cit.*, p. 15.

<sup>59</sup> PIERANGELI, *op. cit.*, p. 112.

### 1.2.3.1 Conceito de bem jurídico e sua imprescindibilidade

A teoria do bem jurídico foi concebida com o objetivo de limitar o poder estatal, tendo sido Birnbaum o responsável pela sua introdução na discussão jurídico-penal (1832). Após a Segunda Guerra Mundial, tornou-se ainda mais relevante, já que os países, diante das atrocidades cometidas, passaram a limitar a faculdade de punir do legislador, baseando-se na referida teoria como modelo político-reformista<sup>60</sup>. Assim, a proteção daqueles bens jurídicos mais relevantes sob o ponto de vista social foi apontada como função subsidiária do direito penal.

De acordo com o vocabulário jurídico, bem jurídico “*diz-se da coisa material que constitua ou possa constituir objeto de direito*”<sup>61</sup>.

Nas palavras de Jorge de Figueiredo Dias, a expressão bem jurídico pode ser definida genericamente como a “*expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso*”<sup>62</sup>.

Na esfera penal, mais especificamente, o bem jurídico corresponde àquele que o legislador visou proteger ao tipificar a conduta. O Código Penal brasileiro, seguindo a tradição italiana, prevê seus títulos e capítulos conforme o bem jurídico tutelado (crimes contra a vida, crimes contra o patrimônio etc.)<sup>63</sup>.

Claus Roxin, partindo da ideia que cabe ao direito penal, como *ultima ratio*, assegurar a livre e pacífica convivência entre os cidadãos, observados os direitos fundamentais, entende que bem jurídico é tudo aquilo que for indispensável para atingir tal objetivo. Corresponde, portanto, à vida, à integridade física, à liberdade, à dignidade sexual, à propriedade etc. Também consiste em alguns bens jurídicos coletivos, tais como uma Justiça que funcione, um sistema financeiro confiável ou um meio ambiente saudável, sem os quais seria impossível uma vida juridicamente segura e com saúde. São, portanto, “*dados ou finalidades necessários para o livre desenvolvimento do indivíduo, para a*

---

<sup>60</sup> ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luis; LARA, Fernanda (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 181-183.

<sup>61</sup> SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 52.

<sup>62</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal – sobre os fundamentos da doutrina penal, sobre a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 43.

<sup>63</sup> GRECO. *A autocolocação ...*, op. cit., p. 95-96.

*realização de seus direitos fundamentais ou para o funcionamento de um sistema estatal baseado nessas finalidades”*<sup>64</sup>. Clara, portanto, a exigência de um referencial antropológico para o reconhecimento da existência de um bem jurídico digno de tutela penal.

Este parece ser o principal fundamento a ser considerado. Principalmente diante do surgimento de novas atividades, a dar ensejo, no âmbito do direito penal, a um distanciamento cada vez maior da concepção de bem jurídico.

Trata-se de questão ligada à própria evolução social, com a criminalização dos delitos de perigo e, mais recentemente, dos delitos de precaução. A respeito destes últimos, vale lembrar que a noção de precaução significa cautela antecipada. Assim, são criminalizadas condutas sobre as quais inexistem dados científicos que permitam dimensionar o seu potencial danoso. Daí a principal diferença entre as regras de prevenção e as regras de precaução<sup>65</sup>. E é justamente este afastamento que deu início à chamada “crise do bem jurídico”, à medida que parte da doutrina passou a admitir a existência de normas penais incriminadoras sem a tutela de determinado bem jurídico, tal como ocorre com o crime de maus tratos aos animais<sup>66</sup>.

Jesús-María Silva Sánchez, ao abordar a expansão do direito penal, constata que seria impossível voltar atrás desta realidade. Isto é, o fenômeno de expansão de condutas incriminadoras, cujos bens jurídicos são cada vez mais fluídos, não parece passível de refreamento<sup>67</sup>. No entanto, não se pode perder de vista que o próprio conceito de bem jurídico, fundado no princípio personalista, consiste sim num modo de refreamento da aludida expansão.

---

<sup>64</sup> ROXIN, *op. cit.*, p. 184-186.

<sup>65</sup> Para Pierpaolo Cruz Bottini há “*necessidade de avaliação crítica sobre a legitimidade de utilização do direito penal em âmbitos de precaução. A possibilidade do exercício do poder punitivo será limitada ao terreno da prevenção, no qual estão condutas cujos efeitos danosos são conhecidos pela ciência*”. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 51.

<sup>66</sup> Explica-se: há divergência na doutrina penal quanto à possibilidade de incriminação dos maus tratos de animais, justamente em razão da dificuldade de identificação do bem jurídico em questão. Para aqueles que defendem sua existência, defende-se: (i) o bem jurídico identificado consiste no sentimento de solidariedade entre os animais; (ii) trata-se de figura sem bem jurídico penalmente relevante, porém admite-se que seria uma exceção à regra (de tutela penal legítima). Cf.: LOBATO, José Danilo Tavares. O meio ambiente como bem jurídico e as dificuldades de sua tutela pelo direito penal. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 5, p. 54-84, set./dez. 2010.

<sup>67</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 186.

E diante da dificuldade em determinar os contornos do instituto, especialmente quando considerada a dinâmica social, na qual não se observam valores absolutos, geraria uma suposta instabilidade normativa, já que a apontada flexibilidade do conceito de bem jurídico retiraria sua função dogmática. Roland Hefendehl adverte:

Já há tempos se vem torturando o bem jurídico em seu leito de morte, exigindo-se dele aquilo que ele não tem como cumprir. É impossível criar uma formulação substancial e precisa do conceito de bem jurídico que torne desnecessária qualquer ulterior reflexão sobre as características de um determinado tipo<sup>68</sup>.

Entretanto, deve-se entender que o direito penal moderno presta-se à proteção subsidiária de bens jurídicos, observados os limites do princípio personalista. E ainda que a doutrina admita a superação do limite citado em situações de exceção<sup>69</sup>, mais razoável seria afastar a aplicação do direito penal em tais casos.

Isso porque diversas são as razões que demonstram o quão importante a noção de bem jurídico continua a ser: (i) a uma é o seu potencial crítico, já que o instituto refreia a expansão do direito penal (é o referencial antropológico que confere legitimidade à tutela penal); (ii) a duas porque é a noção de bem jurídico que confere proporcionalidade ao sistema; (iii) a três proporciona a correta interpretação da lei, ou seja, serve como parâmetro ao intérprete quando diante de determinado conflito aparente de normas; (iv) a quatro serve para organizar topograficamente a legislação.

### 1.2.3.2 A noção de disponibilidade ou indisponibilidade dos bens jurídicos

A principal discussão em torno dos efeitos gerados pelo consentimento do ofendido – se exclui o tipo penal ou a ilicitude – está intimamente ligada à noção de bem jurídico e à possibilidade de disposição pelo seu titular. Fundamental, portanto, a ideia de disponibilidade ou indisponibilidade dos bens jurídicos.

---

<sup>68</sup> HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como a pedra angular da norma penal. In: GRECO, Luis; LARA, Fernanda (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 57.

<sup>69</sup> O próprio Claus ROXIN defende a “ampliação do conceito de bem jurídico”, de modo a proteger a base vital das gerações futuras e a proteção da criação (da natureza). (Sobre o recente debate ..., *op. cit.*, p. 205 e ss.).

Alessandra Orcesi Pedro Greco explica que os bens jurídicos disponíveis são aqueles passíveis de abandono por parte de seu titular, ao passo que os indisponíveis não permitem a referida possibilidade, pois pertencem aos direitos que o Estado objetiva proteger, tendo em vista a utilidade social do bem<sup>70</sup>.

Observa-se, assim, que a tutela penal de determinado bem jurídico não implica a sua indisponibilidade, razão pela qual não deve prevalecer a corrente doutrinária que defende a indisponibilidade de todos os bens jurídico-penais<sup>71</sup>.

O que torna certo bem jurídico disponível ou não é o juízo de valor decorrente dos mandamentos de toda a ordem jurídica. Trata-se de uma questão valorativa e de integração do sistema.

Nesse sentido, pode-se afirmar que não há um critério objetivo e seguro para determinar se um bem jurídico é ou não disponível.

José Henrique Pierangeli indica alguns critérios que devem ser observados: (i) verificação dos princípios gerais de direito; (ii) análise de todas as fontes do direito (imediatas e mediatas), inclusive o direito consuetudinário; e (iii) averiguação da natureza da ação penal fixada, com a ressalva de que não seja utilizado com exclusividade, uma vez que consiste em critério arbitrário e inseguro<sup>72</sup>.

Entretanto, a natureza da ação penal é um critério que deve ser desprezado, pois é absolutamente falível. Sabe-se que a legitimidade para propositura da ação penal está relacionada com a própria preservação da vítima, no sentido de proteger seus valores íntimos e da repercussão que a ação penal poderia causar. E mesmo nos casos de ação penal pública, a inércia do Ministério Público possibilita a oferta de ação penal privada, independentemente do bem jurídico tutelado. Nota-se, desse modo, que não há qualquer relação lógica entre as espécies de ação penal e a disponibilidade ou não dos bens jurídicos.

Entretanto, vale destacar que alguns tipos possuem nula ou limitada possibilidade de consentimento. Isso porque alguns bens jurídicos não podem ser objeto do consentimento.

---

<sup>70</sup> GRECO. *A autocolocação ...*, *op. cit.*, p. 94.

<sup>71</sup> BRAVO, Otávio. O consentimento do ofendido da teoria do direito e na teoria da pena. *O direito em movimento, Revista do Instituto Capixaba de Estudos*, Vitória, n. 2, p. 202, 2000.

<sup>72</sup> PIERANGELI, *op. cit.*, p. 121.



É o que acontece com os bens jurídicos coletivos ou difusos, que devem ser excluídos, pois não possuem um titular específico que possa exteriorizar sua vontade, dispondo sobre o referido bem<sup>73</sup>.

Além disso, mesmo nos casos em que o bem jurídico seja individual, nem sempre o consentimento de seu portador excluirá o tipo, como reconhece a maior parte da doutrina. Pode-se apontar três hipóteses: (i) crimes nos quais o legislador, através de uma presunção, impede a livre e responsável decisão da vítima, declarando no próprio tipo a ineficácia do consentimento; (ii) quando o bem jurídico seja a vida humana, tendo em vista que pode haver uma decisão precipitada ou influenciada por alterações psíquicas, devendo a vítima ser protegida de si mesma; e, (iii) quando houver lesão, exceto nos casos em que o consentimento não contrarie os bons costumes<sup>74</sup>.

Explica-se:

Em relação ao primeiro item, não parece haver controvérsia, pois se está diante de presunção legal. A única dúvida que parece possível é eventual tese de relatividade da presunção, no sentido de se admitir prova em contrário (de forma a demonstrar a existência de capacidade para o consentimento). No entanto, tal avaliação dependerá da hipótese apresentada. *A priori*, as presunções legais significam a ineficácia do consentimento.

Em segundo, no que diz respeito à vida, não se afasta totalmente a possibilidade do consentimento. Apenas exige-se maior cuidado, tendo em vista o bem jurídico em questão. Admite-se, assim, sua possibilidade em relação à ortotanásia (conforme item 5.1.1 adiante).

No entanto, e para guardar coerência com o ordenamento jurídico pátrio, que criminaliza o induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio (artigo 122 do Código Penal), entende-se que as demais condutas (ativas) relacionadas à vida não são possíveis, a não ser que o referido artigo seja interpretado como inconstitucional.

Lembre-se: a vida não é um direito absoluto dentro do ordenamento jurídico. Basta lembrar as exceções, seja no âmbito constitucional, com a autorização da pena de morte em caso de guerra (artigo 5º, inciso XLVII, “a”, da Constituição Federal), seja na

---

<sup>73</sup> ROXIN, *op. cit.*, p. 526 e ss..

<sup>74</sup> Nesta última hipótese, há polêmica doutrinária. Isso principalmente na Alemanha, por causa do tratamento legal dado à matéria, que considera eficaz o consentimento, desde que a lesão não contrarie os bons costumes. Para Claus Roxin, deve-se verificar a imoralidade da conduta (*ibidem*, p. 532).

seara do direito penal, com o estado de necessidade, a legítima defesa e o aborto (artigos 24, 25 e 128, respectivamente, todos do Código Penal).

É exatamente o que preceitua Renato Silvestre Marinho, que critica o fundamento da punição da participação em suicídio, da eutanásia e do homicídio a pedido: “(...) o Estado considera a vida um bem de máxima importância e, por essa razão, busca preservá-la de todas as formas por meio da atuação de seu poder punitivo, mesmo contra a vontade de seu titular”<sup>75</sup>. Assim, o autor critica a retirada do poder de decisão sobre a própria vida do indivíduo para a preservação de suposto interesse da coletividade.

No Estado Democrático de Direito, tolerante perante todas as formas de vida que não causem dano a terceiros, o princípio da autorresponsabilidade assegura a cada um a possibilidade de optar pela forma de vida que desejar, ainda que supostamente contrária à “natureza das coisas” ou à moral e aos bons costumes, o que inclui, logicamente, o direito de, dentro das possibilidades físicas, escolher o momento e a forma de sua morte, no pleno exercício de sua liberdade de autodeterminação. Por essa razão, não se mostra exagerado falar em um verdadeiro direito de morrer, afigurando-se ilegítima a imposição estatal, por meio de seu poder punitivo, da manutenção da vida de quem quer que seja<sup>76</sup>.

Trata-se de reflexão válida, à medida que pondera a dignidade humana e respeita a autonomia do indivíduo.

Ainda a respeito do tema, Luciano de Freitas Santoro, em posicionamento mais restritivo, explica que o confronto entre o direito à vida e a dignidade pessoa humana deve ser solucionado à luz dos princípios da ponderação de bens e da proporcionalidade. Isto significa que o direito à morte digna exige a morte iminente e inevitável. Isso porque o referido autor parte do pressuposto de que a vida “é o bem por excelência, sendo fundamental à existência humana”<sup>77</sup>.

E é justamente em tal pressuposto que parece inadequado.

Por fim, quanto às lesões, algumas considerações também se fazem necessárias. Isso porque a integridade física também ocupa uma posição especial. A referência aos bons costumes decorre do ordenamento jurídico alemão, que é interpretado como princípio ético, de forma a verificar se há dano social (interpretação conforme à Constituição).

---

<sup>75</sup> MARINHO, Renato Silvestre. *Princípio da autorresponsabilidade no direito penal*. Dissertação de mestrado – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 100.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 101-102.

<sup>77</sup> SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 173-174.

Não há dúvida de que a expressão “bons costumes” é obsoleta. Daí a ginástica interpretativa da doutrina, a fim de tornar a sua leitura constitucional.

Ao detalhar ainda mais o tema, Manuel da Costa Andrade pondera que se deve observar “*o relevo da agressão típica ao bem jurídico*”, de acordo com a gravidade e reversibilidade do dano<sup>78</sup>.

Deste modo, considera-se eficaz o consentimento nas lesões sadomasoquistas, por exemplo. Isso também por outras duas razões: primeiro, não há dano social; e, segundo, o legislador não reprova tal conduta<sup>79</sup>.

O mesmo ocorre no consentimento para uma esterilização, em extração de órgãos para transplante, em cirurgias plásticas, bem como nas cirurgias de mudança de sexo. Isso porque, apesar de se tratarem de lesões graves e até mesmo irreversíveis, tais condutas também não ocasionam dano social e nem mesmo são vedadas pelo ordenamento jurídico. Pelo contrário, algumas delas são até mesmo regulamentadas pelo ordenamento, como ocorre com a esterilização voluntária e as cirurgias de transplantes de órgãos entre vivos.

Assim, não parece fazer sentido a criminalização de tais situações, quando presente o consentimento.

Santiago Mir Puig considera, ainda, que estes tipos de lesões não incluem, em regra, a conduta daquele que se autolesiona, pelo que, entende o autor, também não se deve reputar punível eventual participação em uma autolesão<sup>80</sup>.

### 1.2.3.3 O exercício do poder de autodeterminação e da liberdade de ação de quem consente: o primeiro fundamento para a exclusão do tipo

O primeiro e decisivo argumento para a exclusão do tipo penal, diante do consentimento do ofendido, baseia-se na teoria liberal do bem jurídico referido ao indivíduo, desenvolvida por Claus Roxin. Desse modo, o citado doutrinador ensina que

Se os bens jurídicos servem para o livre desenvolvimento do indivíduo, não pode

---

<sup>78</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo ...*, op. cit., p. 546.

<sup>79</sup> ROXIN, op. cit., p. 530-531.

<sup>80</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general. 9. ed. Barcelona: Reppertor, 2011, p. 523.

existir lesão alguma do bem jurídico quando uma ação baseia-se em uma disposição do portador do bem jurídico que não menoscaba seu desenvolvimento, senão que, pelo contrário, constitui sua expressão<sup>81</sup>.

Desse modo, o efeito excludente do tipo é inferido pela liberdade de ação – direito não apenas constitucional, mas supralegal, cujo exercício por parte daquele que consente torna impossível a lesão ao bem jurídico e, conseqüentemente, resta afastada a realização do tipo penal.

Lembre-se: não há razão para proteção de bens jurídicos senão voltados à proteção do homem. Isto é, não parece haver sentido na proteção de um bem jurídico em si. Não havendo contrariedade à vontade do titular do objeto atingido, não há ofensa.

Não por outra razão, Rudolphi formula que “*Bem jurídico e poder de disposição sobre o bem jurídico formam não apenas uma unidade, senão que objeto de disposição e faculdade de disposição são, em sua relação mútua, por si, o bem jurídico protegido no tipo*”<sup>82</sup>.

Parte-se, assim, da liberdade da pessoa como núcleo do sistema internacional de direitos humanos<sup>83</sup> (e do direito constitucional, conseqüentemente). Sobre a relação entre autonomia privada e pública, de modo a demonstrar que os direitos humanos possibilitam o exercício do poder de autodeterminação dos cidadãos, Jürgen Habermas ensina que

Os direitos humanos podem até mesmo ser bem fundamentados de um ponto de vista moral; não pode ocorrer, no entanto, que um soberano seja investido deles de forma paternalista. A ideia de autonomia jurídica dos cidadãos exige, isso sim, que os destinatários do direito possam ao mesmo tempo ver-se como seus autores<sup>84</sup>.

Partindo desse ponto de vista, não há qualquer direito sem o reconhecimento da autonomia privada dos sujeitos de direito.

---

<sup>81</sup> ROXIN, *op. cit.*, p. 517.

<sup>82</sup> RUDOLPHI *apud* ROXIN, *Claus. Op. cit.*, p. 518.

<sup>83</sup> Os direitos humanos devem ser entendidos conforme a perspectiva de Antonio Enrique Pérez Luño, segundo o qual consistem em “*Um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, liberdade e igualdades humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional*” (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho e Constitución*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2003, p. 48).

<sup>84</sup> HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004, p. 301.

Os próprios princípios – limitadores do direito penal – parecem apontar para o mesmo caminho. Dentre os quais, destacam-se os princípios da subsidiariedade, da fragmentariedade e da lesividade.

Nesse sentido, Janaina Conceição Paschoal esclarece a análise de tais princípios, deixando claro o caráter limitador do bem jurídico, “segundo os quais nem tudo pode ser considerado bem penal; mesmo o que pode ser não precisa estar tutelado de todos os tipos de lesão, e apenas as efetivas lesões, ou exposições concretas a perigo, poderão justificar a existência de crime”<sup>85</sup>.

Não há dúvida que o direito penal consiste na forma mais dura de intervenção estatal para a solução de conflitos sociais. Justamente por ser a esfera de poder máximo, cujas sanções são drásticas, é que a sua atuação se dá apenas em última instância, quando os demais ramos do direito (menos lesivos aos direitos individuais) não forem capazes de lidar com a situação – princípio da subsidiariedade. A intervenção do direito penal deve ser mínima ou a *ultima ratio*. Nas palavras de Luiz Luisi “só se legitima a criminalização de um fato se a mesma coisa constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção se revelam suficientes para a tutela desse bem, a criminalização é incorreta”<sup>86</sup>.

Como corolário da intervenção mínima, destaca-se o caráter fragmentário do direito penal. São dignos de tutela penal apenas aqueles valores mais relevantes para a sociedade. Não é qualquer bem jurídico que deve ser protegido pelo referido ramo da ciência jurídica, mas tão somente aqueles mais importantes.

Mas não é só. Imprescindível que a conduta seja lesiva, atingindo ou colocando em perigo o bem jurídico. Somente deve ser aplicada a lei penal se a conduta for eficiente, ofensiva. Caso contrário estar-se-á diante de um irrelevante penal.

Atrele-se a isso a noção de dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, nos termos do artigo 5º, inciso III, da Constituição Federal.

Apesar de se tratar de ideia unânime entre os juristas (como substrato axiológico), é bem verdade que a referida expressão possui conceito muito largo e abstrato, o que, de

---

<sup>85</sup> PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 48.

<sup>86</sup> LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 2003, p. 39.

certo modo, poderia até mesmo esvaziar ou desqualificar sua utilização. Tanto é verdade, que não é difícil encontrar posicionamentos diametralmente opostos que encontram seus fundamentos na dignidade humana.

Não por outra razão, Letícia de Campos Velho Martel explica que: “*Ao assumir que a dignidade humana pode se apresentar como um rótulo discursivo, determinada semanticamente dos mais diversos modos, não se quer negligenciar o conceito, tanto menos o seu valor jurídico, nem sua qualidade normativa*<sup>87</sup>. Defende, assim, a necessidade de perscrutar os conteúdos conferidos ao conceito.

E é justamente em razão da polissemia do termo que se entende importante destacar que neste trabalho, a dignidade deve ser entendida como poder de autodeterminação.

Letícia de Campos Velho Martel, ao abordar especificamente a dignidade humana como autonomia, explica

A compreensão da dignidade humana como autonomia está aliada à ideia da dignidade como fundamento e justificação dos direitos fundamentais e dos direitos humanos. Ou seja: os direitos fundamentais e os direitos humanos existem e são protegidos e promovidos em função da e para a dignidade humana, que acaba por conferir-lhes unidade. Observam-se quatro elementos relevantes para o conceito de dignidade como autonomia: (a) a capacidade de autodeterminação; (b) as condições e as circunstâncias para florescimento da capacidade de autodeterminação; (c) a universalidade; (d) a inerência da dignidade ao ser humano<sup>88</sup>.

Isso significa que, de acordo com esta perspectiva, respectivamente:

(a) o indivíduo deve ter a possibilidade de decidir os rumos de sua vida, conforme suas próprias escolhas, o que significa também que será responsável por elas;

(b) conseqüentemente, abrange a necessidade de “condições” e “circunstâncias” para que suas escolhas sejam realizadas de modo pleno. É o que parte da doutrina denomina de aspecto material da dignidade;

(c) e (d) lembre-se, a noção de dignidade como autonomia, após a Segunda Guerra

---

<sup>87</sup> MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Dissertação de mestrado – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010, p. 148.

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 155.

Mundial, está atrelada à ideia universalista dos direitos humanos. Isso significa que o referido conceito não deve ser relativizado de acordo com o local ou época. Trata-se de característica inerente ao ser humano, independentemente de suas características (étnica, cultural, social, econômica).

Roxana Cardoso Brasileiro Borges, que versa sobre a disposição dos direitos da personalidade, defende

O valor da pessoa humana, portanto, sua dignidade, é o limite para a intervenção do Estado ou da sociedade na esfera individual e seus componentes. (...) Portanto, o verdadeiro papel da dignidade humana é: garantir a emancipação do homem, através do respeito por suas diferenças, do respeito por suas características, por sua consciência e sua faculdade de se autodeterminar conforme seu próprio sentimento de dignidade<sup>89</sup>.

É inserido neste contexto – de liberdade de ação e da dignidade humana que se deve compreender o consentimento do ofendido.

#### 1.2.4 Requisitos

São condições de validade do consentimento: a sua manifestação, ação e resultado como seu objeto, o seu momento e a sua revogação, bem como a capacidade de compreensão por parte do consenciente.

Com relação à manifestação, faz-se necessária a aquiescência pelo portador do bem jurídico relevante, ou seja, deve haver vontade de sofrer a ingerência em seu referido bem.

Sobre a sua forma, são três as teorias: a teoria da declaração da vontade, na qual se exige manifestação externa, como um negócio jurídico do Direito Civil; a teoria da direção da vontade, que demanda apenas a aquiescência interna, não exigindo sua manifestação exterior; e, por fim, a teoria intermediária, a qual é aqui adotada<sup>90</sup>. Trata-se

---

<sup>89</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos da personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 135.

<sup>90</sup> LUCA, Heloisa Merotto de. O consentimento do ofendido à luz da teoria da imputação objetiva. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 100, p. 754, 2005.

da teoria defendida por Claus Roxin e Schmidhäuser, que determina que o consentimento não precisa ser necessariamente expresso, mas deve ser demonstrado de maneira conclusiva na realidade fática. Não há necessidade de declaração frente ao consentido e mesmo que ele atue sem saber sobre a sua existência, restará excluído o tipo, pois caracterizaria o crime impossível. Vale ressaltar que a livre decisão (como uma opinião interna própria) do consenciente é imprescindível. No entanto, caso exista apenas o assentimento interno, o autor deve ser punido por crime consumado<sup>91</sup>.

Tanto ação quanto o resultado devem ser objeto do consentimento. Isso porque correspondem a uma parte essencial do tipo. Para a realização do tipo deve haver um desvalor da ação, bem como um desvalor do resultado. Dessa forma, para que o consentimento seja válido, há necessidade do consentimento válido abarcar ambos, caracterizando, assim, a exclusão da tipicidade.

Sobre o seu momento e a sua revogação, importante destacar que é possível revogar o consentimento desde que a manifestação ocorra antes da execução do ato. Ressalte-se que para a produção de feitos jurídicos, exige-se que a revogação seja manifestada, externada de alguma maneira, não sendo suficiente a mera mudança da vontade interna. Se a revogação ocorrer após o início da execução do ato, mas ainda antes da produção do resultado, estar-se-á diante da tentativa. Caso o consentimento ocorra após a consumação do crime, o agente responderá por crime consumado.

Nesse sentido, Alessandra Orcesi Pedro Greco e João Daniel Rassi apontam que, havendo o consentimento posterior, muito provável que o fato nem seja noticiado às autoridades, passando a integrar as chamadas “cifras negras” (com alta incidência nos crimes contra a dignidade sexual)<sup>92</sup>.

Por fim, a capacidade de compreensão também é considerada um pressuposto de validade. Assim, o discernimento para outorgar o consentimento vincula-se ao necessário para entender o caráter criminoso realizado pelo agente. Apenas poderá dispor sobre o bem jurídico o seu titular que entenda o caráter criminoso em questão<sup>93</sup>. Além disso, é preciso que o consenciente entenda não apenas o sentido, mas também as consequências de sua expressão. Trata-se, portanto, de verdadeira expressão da liberdade de ação geral.

---

<sup>91</sup> GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 96-98.

<sup>92</sup> *Ibidem*, p. 98.

<sup>93</sup> LUCA, *op. cit.*, p. 750-751.



Claus Roxin explica que “*a ideia da capacidade de compreensão para o consentimento eficaz vai ficar numa zona tênue entre o da vontade natural e o da capacidade de celebrar negócios jurídicos*”<sup>94</sup>. Trata-se de uma questão de fato, conforme explica o citado doutrinador, a qual independe de limite de idade (pois o grau de amadurecimento de cada indivíduo é variável). Para os adultos, deve-se observar a capacidade de compreensão.

José Henrique Pierangelli possui posicionamento diverso. Ensina que não havendo disposição legal específica, deve-se observar o critério da inimputabilidade (dezoito anos).<sup>95</sup>

O próximo item abordará as questões relacionadas ao consenciente de maneira mais específica.

#### 1.2.5 A Pessoa que Consente

Para Alessandra Orcesi Pedro Greco, o indivíduo que consente, ou seja, o consenciente, “*é o titular do bem jurídico, podendo ser tanto pessoa física quanto jurídica*”<sup>96</sup>.

Diante da ausência de critério específico sobre o marco etário que deverá ser observado para a eficácia do consentimento, algumas ponderações são importantes.

Em primeiro lugar, tendo em vista o sistema de proteção construído em nosso ordenamento jurídico, que busca sempre preservar a criança, preceitua-se que ela (em nenhuma hipótese) poderá figurar como consenciente. Entende-se como criança o menor de doze anos, nos termos do artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA - Lei nº. 8.069/1990).

Com relação aos adolescentes (seres ainda em estágio de desenvolvimento), que correspondem aos indivíduos entre doze e dezoito anos de idade, também conforme o artigo 2º do ECA, fundamental a verificação das presunções legais existentes. Isto é, será necessário verificar o bem jurídico em questão e a existência ou não de presunção legal em

---

<sup>94</sup> ROXIN, *op. cit.*, p. 538.

<sup>95</sup> PIERANGELLI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*, p. 138.

<sup>96</sup> GRECO. *A autocolocação ...*, *op. cit.*, p. 99-100.

relação a ele.

É o que ocorre, por exemplo, com a dignidade sexual, que apresenta a seguinte idade como marco: quatorze anos (artigo 217-A do Código Penal). Já no caso da integridade física, tal idade variará, podendo ser até mesmo de 25 anos, para o caso de esterilização voluntária (artigo 10, inciso I, da Lei n. 9.236/1996).

Discorda-se, portanto, da adoção do critério da imputabilidade adotado por José Henrique Pierangelli, tal como citado acima<sup>97</sup>. Deve-se, tal como preceitua Claus Roxin<sup>98</sup>, excetuadas as crianças, buscar auferir em cada caso a *capacidade de compreensão* do indivíduo, sempre respeitadas as presunções previstas no ordenamento jurídico-penal, como acima exemplificado.

Para que o seu consentimento seja apto a excluir a tipicidade, faz-se necessária a ausência de qualquer dos vícios de vontade (abordados no próximo item). Além disso, deverá a vítima ter consciência, no momento de seu assentimento, dos desdobramentos de sua decisão, conforme já explorado.

A pessoa jurídica, por sua vez, “*pode ser de direito público como de direito privado, sendo que somente quando for de direito privado poderá consentir validamente, respeitados os requisitos já mencionados para a pessoa física*”<sup>99</sup>. A formalização será aqui realizada pelo seu representante legal, de acordo com o disposto na lei ou nos seus estatutos ou contratos sociais (observados os seus limites).

Importante lembrar que a pessoa jurídica fica impedida de consentir quando diante de bens jurídicos personalíssimos, tais como a vida, a integridade física e a dignidade sexual. Isso porque ela não é titular de tais bens jurídicos. No entanto, nos crimes patrimoniais, não se encontram obstáculos para o seu consentimento, já que a pessoa jurídica pode ser vítima de crimes que tutelam tais bens, como ocorre, por exemplo, no furto, na apropriação indébita e no estelionato.

Quanto ao destinatário do consentimento, este será o sujeito ativo do crime, ou seja, o indivíduo que praticou a conduta tipificada como crime e que possui como objeto jurídico um bem disponível. Em regra, será a pessoa física, salvo nas hipóteses em que a pessoa jurídica pode delinquir, o que se observa em alguns crimes ambientais (artigo 225,

---

<sup>97</sup> PIERANGELLI, *op. cit.*, p. 138.

<sup>98</sup> ROXIN, *op. cit.*, p. 538.

<sup>99</sup> GRECO. *A autocolocação ...*, *op. cit.*, p. 99.

parágrafo 3º, da Constituição Federal; artigo 3º da Lei n. 9.605/1998). Vale lembrar que o bem jurídico “meio ambiente” é um interesse difuso, de modo que o instituto do consentimento resta afastado. Apenas os bens jurídicos individuais possibilitam sua incidência.

Diante do concurso de pessoas, o consentimento dado a uma delas não é estendido aos demais, devendo beneficiar tão somente aquele que teve sua conduta assentida pela vítima<sup>100</sup>.

O mesmo ocorre no caso de pluralidade de vítimas. Assim, o consentimento expressado por uma delas não possui o condão de afastar a tipicidade da conduta em relação às demais (que não consentiram).

#### 1.2.6 Vícios

Inicialmente, vale recordar o posicionamento de que o direito penal deve utilizar-se de critérios próprios ao verificar os vícios de vontade, tendo em vista sua natureza jurídica, conforme já exposto.

Os principais vícios da vontade apontados pela doutrina consistem no erro, na fraude e na coação (ameaça e violência).

##### 1.2.6.1 Erro

O erro ocorre quando o consenciente faz um falso juízo sobre os elementos ou as circunstâncias do fato, conhecendo-o de forma que não corresponde à realidade, sendo que sua declaração seria diferente caso a conhecesse. Vê-se que advém de um processo intrapsíquico, enquanto a fraude é causada por ardil de outrem<sup>101</sup>.

Claus Roxin ensina que no erro o consenciente não expressa sua autonomia em relação ao bem jurídico, pois não está consciente sobre o objeto da ação. Para o referido autor, é irrelevante que o erro não esteja relacionado à contraprestação ou sobre elementos

---

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 100.

<sup>101</sup> LUCA, *op. cit.*, p. 752.

ou circunstâncias não ligadas ao bem jurídico. Quando recair sobre ações curativas, as quais dependem de um médico, o consentimento é ineficaz, pois o bem jurídico é afetado<sup>102</sup>.

Por outro lado, Santiago Mir Puig adverte que o erro somente atingirá a eficácia do consentimento quando afetar a *quantidade* e a *qualidade* da ingerência consentida. Assim, o erro em relação aos motivos, sobre a identidade da pessoa que fará a intervenção (agente) e o sobre a declaração não tornam ineficaz o consentimento, a depender em certo grau da análise do caso<sup>103</sup>.

Como exemplo, cita os seguintes casos<sup>104</sup>:

(i) a vizinha que, alegando um pretexto falso, para matar sua curiosidade em relação aos móveis do local, obtém permissão para entrar em uma casa. Nesta hipótese, o consentimento deve produzir seus efeitos. Diferentemente do caso em que determinado médico obtém o consentimento para uma cirurgia alegando uma falsa necessidade. Isso porque nesta última hipótese o motivo é fundamental;

(ii) o erro sobre a identidade do agente somente será relevante quando atingir a periculosidade de sua intervenção. É o que ocorre com o médico que pratica determinada intervenção cirúrgica com menor qualificação, o que tornará o consentimento viciado;

(iii) por fim, quando a declaração do consentimento for diversa da autêntica vontade do sujeito. Isso porque aquele que atua ficaria em uma posição absolutamente vulnerável, pois confiava que a declaração fosse verdadeira.

No mesmo sentido filia-se Manuel da Costa Andrade, que critica a excessiva amplitude conferida ao erro relevante pela doutrina majoritária<sup>105</sup>.

Para ele, deve-se observar os *vícios essenciais da vontade*, buscando-se saber, no caso concreto, em que medida o erro em questão impede a liberdade de decisão ou a reduz significativamente. Nesse sentido

---

<sup>102</sup> ROXIN, *op. cit.*, p. 545.

<sup>103</sup> PUIG, *op. cit.*, p. 526.

<sup>104</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

<sup>105</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo ...*, *op. cit.*, p. 574.

Em conclusão e numa perspectiva de interpenetração sistêmica: só a complexidade emergente das manifestações de autonomia pode confrontar, em termos penalmente relevantes as expectativas do sistema social. Uma conclusão que aponta uma nova impoção do problema do erro e enriquece o conteúdo e a significatividade dos critérios e princípios do respectivo regime. Em formulação axiomática: só será eficaz o consentimento que, apesar do erro, possa ainda considerar-se expressão do exercício da autonomia pessoal sobre os bens jurídicos disponíveis. Que, noutros termos, possa definir-se como manifestação de autonomia-referida-ao-bem-jurídico<sup>106</sup>.

A respeito do erro *referido-ao-bem-jurídico*, verifica-se que somente representará vício de vontade quando o consentimento não refletir o exercício da *autonomia-referida-ao-bem-jurídico*. Mas não é só. Isso porque algumas hipóteses revelam-se significativas mesmo quando o erro não for *referido-ao-bem-jurídico*. Estas são: (i) quando a circunstância de erro estiver relacionada ao sentido do correspondente sacrifício<sup>107</sup>; (ii) quando o erro funda-se na expectativa de evitar um dano ou perigo<sup>108</sup>.

A amplitude excessiva do erro de fato não parece adequada. Assim, é preciso observar a efetiva (ou não) limitação à autodeterminação ocasionada pelo erro, de modo a justificar o afastamento do consentimento outorgado, conforme os critérios acima assinalados.

Importante destacar que o erro na outorga do consentimento ocorre em relação ao consenciente, enquanto o erro de tipo e o erro de proibição (artigos 20 e 21 do Código Penal) ocorrem em relação ao ofensor (que pode ou não ser o consentido), conforme será explicitado ao tratar sobre o consentimento putativo.

---

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 595.

<sup>107</sup> Exemplifica-se: “(O) obtém duma mulher (M) o consentimento para extração de um globo ocular, fazendo-a acreditar que tal é necessário para salvar a vista de um seu filho, na iminência de ficar cego, quando a verdade é que O apenas pretende beneficiar outro doente ou, mesmo, só quer prejudicar M”. Nota-se aqui que o regime do erro é semelhante ao da fraude. (*Ibidem*, p. 582).

<sup>108</sup> Exemplifica-se: “A, ausente de casa, permite por telefone que abatam um animal selvagem que detém no seu quintal, acreditando que se terá soltado e anda a causar perigo e espalhar o pânico, quando a verdade é que a fera se encontra imobilizada na jaula”. Mais uma vez a hipótese é de fraude. ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista* (*ibidem*, p. 583).

### 1.2.6.2 Fraude

Nélson Hungria, ao versar sobre a fraude penal, bem explica que se trata de termo com diversas acepções. Assim, ao conceituar em sentido menos estrito, explica que “(...) *É o engano doloso, ou o malicioso induzimento em erro, tendente à consecução ou facilitação de um ilícito*”<sup>109</sup>.

Para este trabalho, a fraude ocorre quando o consentido ou outra pessoa utiliza, dolosamente, artifício ou ardil com o objetivo de prejudicar a compreensão do consentido sobre os elementos ou as circunstâncias do fato, o que faz com que ele outorgue seu consentimento (que não ocorreria se tivesse conhecimento sobre a realidade). Assim, difere-se do erro, na medida em que na fraude a deturpação da compreensão se dá por estímulos externos, enquanto no erro, trata-se de um processo intrapsíquico. A fraude pode ser causada, conforme já dito, pelo consentido ou por terceiro. O mesmo ocorre no erro, no entanto, na primeira o fraudador age dolosamente, enquanto no erro a atuação é culposa.

Consequentemente, o consentimento será nulo e o consentido responderá por crime doloso. Caso a fraude seja realizada por terceiro, o consentimento será válido para o consentido, devendo o terceiro responder por crime doloso.

Como a fraude pode ocorrer em relação a qualquer elemento ou circunstância fática relevante para a outorga do consentimento, tal relevância deverá ser analisada em cada caso concreto pelo magistrado. Tal como ocorre com o erro.

Claus Roxin também aponta divergência doutrinária existente na Alemanha sobre tal assunto. A jurisprudência ainda não desenvolveu critérios concretos, devendo o juiz decidir em cada caso individual<sup>110</sup>.

Por outro lado, com um posicionamento mais restritivo, Arzt elaborou uma teoria, na qual o engano torna ineficaz o consentimento apenas quando o ardil envolver o bem jurídico (seu modo, sua dimensão, a periculosidade de sua renúncia)<sup>111</sup>.

Depois de verificar as correntes liberal e restritiva, Claus Roxin propõe uma solução intermediária. Assim, indica que o consentimento somente pode ser considerado

---

<sup>109</sup> HUNGRIA, Nélson. *Fraude penal*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1934, p. 19.

<sup>110</sup> ROXIN, *op. cit.*, p. 538.

<sup>111</sup> ARZT *apud* GRECO; RASSI, *op. cit.*, p. 105.

como eficaz quando o fato expressar a autonomia do portador do bem jurídico. Quando o engano for provocado pela fraude alheia, abarcando o bem jurídico, torna-se ineficaz o consentimento. O mesmo ocorrerá quando o autor simula um estado de necessidade, devendo, portanto, responder pelo crime<sup>112</sup>.

Ressalte-se que a fraude não fica restrita a forma verbal, podendo ocorrer também através de outros artifícios que enganem a vítima<sup>113</sup>.

### 1.2.6.3 Coação (ameaça e violência)

A coação ocorre quando o consentimento é concedido por meio de violência física ou moral, a qual pode ser exercida pelo consentido ou por um terceiro. Não há, portanto, um conhecimento equivocado, como no erro, nem um conhecimento deturpado, como na fraude. Nesse caso, o consenciente possui total conhecimento sobre os elementos e as circunstâncias que envolvem o seu consentimento. No entanto, manifesta vontade contrária à sua vontade interna, tendo em vista a contra-ação exercida pelo coator<sup>114</sup>.

É evidente que não é qualquer ameaça que é capaz de afastar a eficácia do consentimento, a não ser aquela que afeta a liberdade de decisão do consenciente, de forma que a sua atitude não corresponda ao exercício de sua liberdade de ação<sup>115</sup>.

Assim, o limite a ser observado é justamente o crime de ameaça, previsto no artigo 147 do Código Penal, já que nesse a liberdade de decisão da vítima é atingida. Com relação à violência, servem como parâmetro os crimes previstos no nosso Código Penal contra a vida e a integridade corporal.

A violência pode ser tanto um elemento objetivo do tipo, como no caso do crime de estupro (artigo 213, Código Penal), quanto circunstância de aumento de pena, como é o caso do tráfico internacional de pessoas (parágrafo 2º, artigo 231, Código Penal).

Nos crimes sexuais, por exemplo, quando a violência e a grave ameaça compõem a descrição típica, a doutrina aponta a violência como violência física, enquanto a grave

---

<sup>112</sup> ROXIN, *op. cit.*, p. 545-548.

<sup>113</sup> GRECO; RASSI, *op. cit.*, p. 108.

<sup>114</sup> LUCA, *op. cit.*, p. 754.

<sup>115</sup> GRECO; RASSI, *op. cit.*, p. 111-116.

ameaça corresponde à violência moral. Nesse sentido, o dissenso da vítima deve ser manifestado de forma inequívoca. Além disso, a ameaça deve ser grave, ainda que seja justa, representando um “mal maior”. A jurisprudência admite um conceito bastante amplo de violência, abarcando também as vias de fato, ou seja, agressões sem lesão etc.

### 1.2.7 Espécies

Com relação à forma do consentimento do ofendido, verifica-se que poderá ser manifestado de maneira expressa ou tácita.

Alessandra Orcesi Pedro Greco ensina que será expresso:

Quando titular do bem jurídico expressamente consente que uma determinada pessoa ou determinadas pessoas cumpram o fato consentido (ex.: será a autorização do hoteleiro a todos os hóspedes do sexo feminino para levarem determinado objeto a título de lembrança)<sup>116</sup>.

Corresponderá, portanto, àquela manifestação inequívoca de vontade externada, através da forma escrita ou oral.

Será considerado implícito, por sua vez, “*quando ficar condicionado a uma ou mais pessoas perfeitamente determinadas (ex.: em uma luta de boxe o contendor só consente em subir ao ringue para lutar com uma determinada pessoa), ficando excluídas quaisquer outras*”<sup>117</sup>. Assim, também há manifestação inequívoca de vontade externada, a qual é verificada por meio da conduta do indivíduo, a qual seria incompatível com o não assentimento.

A simples inércia da vítima perante a conduta do agente não pode ser apreendida como consentimento. Por exemplo, imagine-se a hipótese do ladrão que ingressa numa residência, e o proprietário o vê se apoderar da coisa, mas, por temor, permanece inerte. Nesse caso, evidentemente, não há que se falar em consentimento do ofendido<sup>118</sup>.

José Henrique Pierangelli ressalta que o consentimento tácito suscita um problema

<sup>116</sup> GRECO. *A autocolocação ...*, op. cit., p. 100.

<sup>117</sup> *Ibidem*, loc.cit.

<sup>118</sup> PIERANGELLI, op. cit., p. 145.



em relação à chamada *tolerância consuetudinária* do titular do bem jurídico em relação a certos fatos. Nessas hipóteses, geralmente persiste na vítima a vontade de renunciar à tutela do bem jurídico, tendo em vista a conscientização de uma constante e reiterada reprodução do mesmo fato lesivo, que ele não só o tolera, mas ao qual conscientemente consente. Como exemplo entre nós, tem-se o “pindura”, episódio em que os estudantes de direito brasileiros, comemorando a data da criação dos dois primeiros cursos jurídicos do país, consomem alimentos e bebidas em bares e restaurantes sem efetuarem o pagamento devido, e o proprietário, mesmo ciente de que isto vai acontecer, atende ao pedido de fornecimento feito pelos estudantes <sup>119</sup>.

Quanto à pessoa, o consentimento pode ser próprio ou de terceiro.

O consentimento será próprio quando a vítima manifestar o assentimento em relação à conduta do agente criminoso. Restam afastados, assim, problemas relacionados à disponibilidade do bem jurídico em questão, bem como o respeito ao poder de autodeterminação de cada indivíduo.

No entanto, o mesmo não ocorre quanto ao consentimento de terceiro, o qual pode ser entendido como o consentimento manifestado por terceiro em relação à conduta do sujeito ativo praticada perante a vítima. Trata-se de exceção à regra, que deve ser admitida apenas em algumas hipóteses, quando, por qualquer motivo, a vítima não puder expressar sua vontade. Nesse caso, tem-se como obstáculo a questão da disponibilidade do bem jurídico. Justamente por isso, sempre que possível, deve-se respeitar a vontade que havia sido manifestada pelo ofendido. Nesse sentido, a título de exemplo, podemos citar o testamento vital, chamado pelos americanos de *living will*. Trata-se de documento no qual o indivíduo (civilmente capaz), de forma antecipada, manifesta sua vontade quanto aos procedimentos médicos que deseja ou não ser submetido, caso, por qualquer razão, não possa expressar suas vontades em relação às intervenções médicas que afetem sua saúde, seu corpo, sua vida e sua morte <sup>120</sup>.

Tal documento é, como regra geral, composto por duas partes, quais sejam, uma sobre a obstinação terapêutica e a eutanásia passiva; e outra a respeito da eutanásia indireta. Seu objetivo é preservar a autonomia de cada um, conforme a sua noção de dignidade. Além disso, também acaba por proteger o profissional de saúde contra possíveis

---

<sup>119</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>120</sup> SILVA, Roberto Baptista Dias da. *Uma visão constitucional da eutanásia*. Tese de doutorado – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2007, p. 160-163.

reclamações acerca de sua atuação (civil e criminalmente).

No Brasil, não há qualquer referência legal expressa ao testamento vital. No entanto, inexistem motivos para rejeitar sua força jurídica, desde que observados os requisitos do artigo 104 do Código Civil. Sobre o aspecto formal, justamente por não haver forma prescrita em lei, basta sua redução a documento escrito, assinado por duas testemunhas (para provar o fato jurídico – artigo 212, incisos II e III, Código Civil). Para a sua revogação, que pode ocorrer a qualquer tempo, inexistente formalidade.

Tendo em vista a complexidade desse documento, também é possível a nomeação de um procurador de saúde, responsável por transmitir aos médicos a vontade do paciente. Nessa hipótese, fica vedado o substabelecimento, sendo a sua revogação também possível a qualquer tempo e não solene<sup>121</sup>.

Nesses dois casos o consentimento é próprio, realizado por meio de terceiro.

Vale lembrar que o Conselho Federal de Medicina (CFM), por meio da Resolução CFM n. 1.995/2012, dispõe sobre tal tema, com o uso da expressão “diretivas antecipadas de vontade dos pacientes”. De acordo com a regulamentação profissional, a vontade do paciente deve prevalecer sobre qualquer parecer não médico, inclusive a pretensão dos familiares. Tais diretivas podem ser passadas por um representante (caso o paciente tenha designado um) ou pelo próprio paciente e devem ser anotadas no prontuário médico. Caso o paciente não adiante seu entendimento e haja discordância entre o médico e a família, o Comitê de Bioética da instituição hospitalar deverá ser consultado.

Outra espécie de consentimento abordada pela doutrina é o presumido. Trata-se de hipótese na qual há presunção de sua existência, considerando as circunstâncias do caso. Vê-se, portanto, que não há um consentimento real do ofendido. Para superar tal dificuldade, duas teorias foram elaboradas, a objetiva e a subjetiva. Ambas consideram que o agente pratica a conduta tendo em vista o interesse do titular do bem jurídico, visto que há uma presunção de consentimento no caso fático<sup>122</sup>.

Para a teoria objetiva, três requisitos são necessários: presença dos pressupostos objetivos de validade, ausência de um consentimento real, e, por fim, contraposição entre dois ou mais bens jurídicos da vítima, de forma que o prevalente deve ser protegido em detrimento ao outro.

---

<sup>121</sup> *Ibidem*, p. 163-164.

<sup>122</sup> PIERANGELLI, *op. cit.*, p. 153-156.

Por outro lado, a teoria subjetiva considera que, além dos referidos requisitos, importante que o agente aja no interesse da vítima, considerando, ainda, sua vontade e seu interesse de agir. Não se trata da real vontade, mas sim de um juízo hipotético de probabilidade, no qual é considerada sua vontade racional.

Verifica-se, deste modo, que se trata de espécie subsidiária, tendo em vista que o consentimento presumido somente terá lugar quando não for possível obter manifestação expressa do consenciente.

Ao observar os casos de aplicação do consentimento do ofendido, Jorge de Figueiredo Dias preceitua que sua incidência ocorre principalmente nos casos de intervenções médico-cirúrgicas, quando o paciente não possui condições de manifestar seu consentimento (geralmente porque está inconsciente), mas há necessidade de realização da intervenção sem demora. Ou então casos da vida cotidiana, “*como quando alguém se introduz na casa de um vizinho sem autorização para fechar uma torneira que foi deixada aberta e está a causar uma inundação*”<sup>123</sup>. Divide, assim, as hipóteses de consentimento presumido em dois grupos distintos, quais sejam, (i) aquele que versa sobre “*uma colisão interna de bens ou de interesses na esfera da vida do lesado*” e que exige uma intervenção externa rápida (como no caso de intervenção médica em paciente inconsciente); e, (ii) aqueles outros casos em que a pequena monta do valor lesado faz supor a renúncia em favor do interesse do agente ou de terceiro<sup>124</sup>.

Ainda em relação às intervenções médico-cirúrgicas, a doutrina cita o consentimento dito “hipotético”. Trata-se de hipótese de intervenções médicas não são consentidas em razão da falta de esclarecimento dirigido à formação da vontade. No entanto, uma vez comprovado juízo *ex post*, de que o consentimento teria sido dado caso os esclarecimentos necessários tivessem sido prestados, restará afastado o crime. Para melhor ilustrar, Jorge de Figueiredo Dias cogita o seguinte caso:

Se, p. ex., A ouviu dizer a sua mulher, B, que ainda há-de deitar fora um quadro de valor elevado que lhe fora oferecido pelo seu primeiro marido e do qual não gosta e, um dia, destrói sem mais esse quadro, a A não deve objectivamente ser imputado o crime de dano do art. 213º se vier a determinar-se que, se B tivesse sido previamente informada da intenção de A, teria consentido no facto<sup>125</sup>.

<sup>123</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. (1ª ed. brasileira). Portugal: Coimbra/São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. t. 1, p. 488.

<sup>124</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 489.

É bom lembrar que se trata de discussão com origem na jurisprudência alemã para intervenção médico-cirúrgica não esclarecida. Assim, o referido doutrinador explica que sua aplicação está embasada na teoria da imputação objetiva.<sup>126</sup>

Por fim, verifica-se o consentimento putativo, o qual ocorre quando o agente incide em erro ao crer na existência de um consentimento inexistente. Assim, José Henrique Pierangelli explica que consiste em: “*um estado intelectual do agente, que falsamente ou por equívoco, deduz que lhe foi prestado um válido consentimento que o autoriza a atuar, quando, na realidade, esse consentimento não existe*”<sup>127</sup>.

Trata-se da hipótese prevista no art. 21 do Código Penal e não se confunde com o consentimento real.

Tais tipologias são construções doutrinárias importantes, que acabam por facilitar não apenas o estudo teórico do instituto do consentimento do ofendido, mas também a sua aplicação, proporcionando a correta adequação ao caso concreto.

#### 1.2.8 A Autocolocação da Vítima em Risco

O conceito de consentimento do ofendido não deve ser confundido com o instituto da autocolocação da vítima em risco.

Este último instituto surgiu na jurisprudência alemã, como desdobramento da teoria da imputação objetiva, sendo aplicado em três casos, quais sejam: para usuários de drogas que compartilham agulha e um deles, posteriormente, falece por Aids; na participação em suicídio; bem como na hipótese de transmissão de Aids por via sexual, quando o parceiro consente na relação, mesmo após prévia advertência dos riscos pela pessoa infectada<sup>128</sup>.

Assim, pode ocorrer de duas maneiras: quando a vítima se coloca em perigo, criando o risco para si mesma; ou quando consente em ser colocada em risco por terceiro.

---

<sup>126</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>127</sup> PIERANGELLI, *op. cit.*, p. 156-158.

<sup>128</sup> GRECO. *A autocolocação ..., op. cit.*, p. 103.

A autocolocação em risco integra o grupo genérico das chamadas “ações ao próprio risco”<sup>129</sup>, no qual estão reunidos todos os casos em que um terceiro favorece ou cria uma situação, em que o próprio titular do bem jurídico realiza uma ação perigosa para seus bens. O problema é justamente determinar até que ponto o comportamento daquele que se arrisca converte a conduta do terceiro em um risco juridicamente permitido, excluindo, portanto, a imputação<sup>130</sup>.

O tema não é pacífico na doutrina.

Quando o risco ocorrer fora do juridicamente permitido, não há imputação<sup>131</sup>. Para Günther Jakobs, é importante determinar se a vítima tinha ou não o dever de evitar o resultado. Assim, não considera relevante diferenciar a participação do consentimento e da autocolocação em perigo<sup>132</sup>. Considera, ainda, que ilícito seria apropriar-se do âmbito de organização alheio, o que não ocorre quando, através da divisão de trabalhos, foi a própria vítima quem configurou e modelou sua autolesão. Logo, tanto no consentimento, quanto na autocolocação da vítima em risco, restam violados os *deveres de autoproteção* do indivíduo. Assim, a inobservância desse dever (observados os requisitos dos institutos) exclui a imputação de terceiro<sup>133</sup>.

No entanto, outra parte da doutrina distingue os institutos. Claudia López Díaz apresenta dois elementos que demonstram essa delimitação, quais sejam: (i) na autocolocação em perigo, é a própria vítima que contribui para a organização da lesão. No consentimento isso não ocorre, sendo o autor o responsável por decidir sobre a ocorrência e a forma da lesão ao bem jurídico; (ii) na autocolocação em risco, usualmente, aceita-se a colocação em perigo de um bem jurídico, pois há confiança em um desfecho feliz. No consentimento, o titular do bem jurídico sabe que, ao concordar com a interferência do terceiro, ocorrerá uma lesão ou um dano<sup>134</sup>.

Trata-se de distinção acertada. Em resumo, o consentimento não se confunde com a autocolocação em perigo da vítima, conforme já afirmado. Haverá autocolocação em

---

<sup>129</sup> LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Introducción a la imputación objetiva*. Colombia: Universidad Externado de Colombia – Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2000. (Colección de Estudios nº 5), p. 143.

<sup>130</sup> *Ibidem*, p. 141.

<sup>131</sup> GRECO; RASSI, *op. cit.*, p. 77.

<sup>132</sup> JAKOBS *apud ibidem*, p. 78.

<sup>133</sup> GRECO, *op. cit.*, p. 123-124.

<sup>134</sup> LÓPEZ DÍAZ, *op. cit.*, p. 164.

risco quando o indivíduo praticar condutas criadoras de um perigo a si mesmo ou ao se expor a um perigo causado por terceiro, enquanto que existirá consentimento do ofendido se a pessoa se expuser conscientemente ao perigo causado única e exclusivamente pelo terceiro<sup>135</sup>.

Observa-se, ainda, a utilização da figura da heterocolocação em perigo consentida, que consiste, nas palavras de Claus Roxin: “*Eu entendo por heterocolocação em perigo consentida o caso de alguém que coloca um terceiro em perigo; este, no entanto, se expõe ao perigo criado, plenamente consciente do risco*”<sup>136</sup>.

Para o referido autor, a distinção entre a heterocolocação em perigo consentida e o consentimento é de fácil constatação, visto que este último é dirigido ao resultado. Contudo, o mesmo não pode ser dito em relação à diferenciação entre a heterocolocação em perigo consentida e a autocolocação da vítima em perigo<sup>137</sup>.

Assim, que o que justificaria o reconhecimento de que a heterocolocação em perigo consentida deve ser reconhecida como um grupo autônomo de casos é o fato de que aquele que se autocoloca em perigo deve possuir domínio sobre o desenrolar do acontecimento, com base nos critérios do domínio do fato.

Neste ponto, surge a dúvida de qual seria o tratamento mais adequado – se o relacionado ao consentimento ou aquele referente à autocolocação da vítima em risco.

Trata-se de diferenciação que não convence. Assim, deve-se tratar a figura da heterocolocação em perigo consentida tal como uma autocolocação da vítima em risco.

Como citado por Claus Roxin

A responsabilidade pelas consequências de uma heterocolocação em perigo consentida está então encerrada, quando esta equivale em todos os aspectos relevantes a uma autocolocação em perigo; isso ocorre quando: Aquele colocado em perigo está ciente do risco na medida em que aquele que coloca em perigo, o dano é consequência do risco assumido, e não de outros erros do autor, e o colocado em perigo detém a mesma responsabilidade pela ação conjunta do que aquele que coloca em perigo<sup>138</sup>.

---

<sup>135</sup> GRECO; RASSI, *op. cit.*, p. 80.

<sup>136</sup> ROXIN, Claus. Sobre a discussão acerca da heterocolocação em perigo consentida. In: AUTOR. *Novos estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco, Augusto Assis, Alaor Leite e Marina Coelho. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 130.

<sup>137</sup> *Ibidem*, p. 135.

<sup>138</sup> *Ibidem*, p. 148.

Deste modo, também não se confunde o consentimento com a heterocolocação em perigo consentida.

## 2 O ESTADO ATUAL DO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO: A QUESTÃO DA NATUREZA JURÍDICA

### 2.1 A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: ESCORÇO HISTÓRICO

O Código Penal vigente não faz qualquer menção expressa ao instituto do consentimento do ofendido em sua Parte Geral, o que parece ser a principal razão pela qual a matéria pouco é aplicada pelos tribunais, restando o seu debate restrito aos campos doutrinário e acadêmico.

A situação lacunosa não é diferente quando verificada a evolução histórica dos códigos penais do Brasil – pouco há para expor em relação ao assunto.

O Código Criminal do Império (1831) também não possuía qualquer disposição geral acerca do consentimento do ofendido. No entanto, o termo “consentimento” já aparecia como elemento dos crimes de “*abuso da liberdade de comunicar os pensamentos*” (art. 7º), de aborto (art. 199) e de invasão de domicílio, à época intitulado como “*entrada na casa alheia*” (art. 209).

Foi, então, o Código Penal de 1890 a primeira legislação penal brasileira a prever regra geral em relação ao instituto. Prescrevia no seu artigo 26 que o consentimento do ofendido não possuía o condão de excluir a pretensão criminosa, exceto nos casos de ação penal de iniciativa privada<sup>139</sup>.

Observa-se, desse modo, de pronto, o equívoco cometido pelo legislador – que confunde o consentimento com o oferecimento de queixa-crime. Trata-se de crítica assinalada por Galdino Siqueira: “*confundiu, assim, coisas essencialmente diversas – o consentimento, que exclui a possibilidade do crime – e a não apresentação da queixa que exclui apenas a perseguição ou punição do delinqüente*”<sup>140</sup>.

Em comentários ao Código Penal, Antônio Bento de Faria<sup>141</sup> avalia que o

---

<sup>139</sup> “Art. 26: *Não dirimem, nem excluem a pretensão criminosa:*

(...)

c) *O consentimento do ofendido, menos nos casos em que a lei só a ele permite ação criminal*”.

<sup>140</sup> SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947. (*parte geral*), p. 373.

<sup>141</sup> FARIA, Antônio Bento de. *Anotações teórico-práticas ao Código Penal do Brazil*. Rio de



consentimento prévio não seria válido, pois considera o instituto imoral. Ao explicar tal ponderação, afirma ser inaceitável que o crime de homicídio ou qualquer outro cometido contra a pessoa pudesse ser justificado pelo consentimento. Aborda, assim, a noção de indisponibilidade dos bens jurídicos personalíssimos.

Apesar da importância do debate em relação ao objeto do consentimento, válida a crítica feita por José Henrique Pierangeli<sup>142</sup>, que esclarece que a ação penal – mesmo nos crimes que tutelam os chamados bens indisponíveis – pode ser de iniciativa privada. Daí porque o critério baseado na legislação processual não parece ser adequado.

O Anteprojeto Alcântara Machado (1938) continha em seu artigo 14 previsão expressiva sobre o consentimento do ofendido, a qual afastava a punibilidade do agente quando houvesse assentimento válido e o bem jurídico fosse disponível<sup>143</sup>. No entanto, a Comissão Revisora do Código de 1940, composta por Vieira Braga, Néelson Hungria, Narcélio de Queiroz e Roberto Lyra, optou por excluir a referida disposição, por considerá-la supérflua.

Nesse sentido, destaca-se a explicação de Néelson Hungria:

Como é elementar, o direito penal não protege direitos individuais por si mesmos, senão porque e enquanto coincidentes com o interesse público ou social, mas, em certos casos, por exceção, condiciona a existência do crime ao dissenso do lesado. Assim, nos crimes patrimoniais e, em geral, naqueles em que o constrangimento, o engano ou o arbítrio por parte do agente entram como condições especiais. Em tais casos, o não consentimento do ofendido é elemento constitutivo do crime. Ora, se o inc. I do art. 15 do Projeto Alcântara a eles se referia, sua superfluidade chegava a ser inconveniente. É meridianamente claro que não se pode reconhecer a criminalidade de um fato que carece de uma das condições *sine quibus* da sua qualificação legal como crime. O axioma não precisava ser trazido para o texto de lei. Em crítica ao projeto revisto, porém, Alcântara Machado argumentou que podem apresentar-se outros casos em que o consentimento do ofendido seja excludente de crime. Quais seriam eles? Por isso mesmo que se trata de uma exceção ao caráter publicístico do direito penal, só se pode falar, do ponto de vista penal, em bem ou interesse jurídico renunciável ou disponível, a exclusivo arbítrio do seu titular, nos estritos casos em que a própria lei penal, explícita ou implicitamente, o reconheça. Não há investigar alhures as hipóteses de livre disponibilidade de direitos (bens, interesses) penalmente tutelados. É este o ponto intransponível para os que, seduzidos pelas chamadas questões elegantes, de interpretação do *jus positum* em matéria penal, defendem o critério aceito pelo ilustre projetista<sup>144</sup>.

---

Janeiro: Francisco Alves, 1913. t. 1, p. 102-103.

<sup>142</sup> PIERANGELI, *op. cit.*, p. 92.

<sup>143</sup> “Art.14: Não será também punível aquele que praticar ação ou omissão:

*I – com consentimento de quem possa validamente dispor do direito violado ou ameaçado”.*

<sup>144</sup> HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 433.

Contraproducente a supressão de previsão legal do instituto. Muito embora seja verdade que a previsão geral não é imprescindível para a aplicação do consentimento do ofendido – independentemente do posicionamento sobre sua natureza jurídica, não se pode deixar de reconhecer que a lacuna legal dá ensejo a divergências doutrinárias e, conseqüentemente, gera insegurança jurídica.

José Frederico Marques manifestou-se contra a referida eliminação, por não entender tratar-se de disposição desnecessária, assim como não são as demais causas legais de justificação<sup>145</sup>.

Diante do vazio legislativo, coube à doutrina o desenvolvimento das noções fundamentais sobre o consentimento do ofendido, principalmente quanto à natureza jurídica do instituto e à possibilidade de produção de efeitos.

Fundamental, assim, analisar o entendimento doutrinário atual, a fim de verificar quais são os contornos dados hodiernamente ao instituto.

## 2.2 O ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO ATUAL

Ao versar sobre a teoria do consentimento, a doutrina nacional é praticamente unânime ao afirmar que o consentimento do ofendido é causa de exclusão da antijuridicidade. O tema, pouco discutido entre nós, não parece tão pacífico quando verificados a doutrina estrangeira e o direito comparado.

É bem verdade que o consentimento é reconhecido nacionalmente como causa de exclusão da tipicidade quando o dissenso for elemento do tipo. Isto é, observa-se na Parte Especial do Código Penal e também na Legislação Penal Especial Esparsa diversos tipos penais nos quais a ausência de consentimento é parte integrante da estrutura típica. Diante de tais hipóteses, o consentimento possui o condão de afastar o crime, pois não restará configurado o tipo penal.

Apenas a título de exemplo, vale destacar o crime de violação de domicílio, previsto no art. 150 do Código Penal pátrio. Isso porque o referido tipo exige contrariedade

---

<sup>145</sup> MARQUES, *op. cit.*, p. 146.

à vontade do morador. Sem o elemento objetivo “*contra a vontade de quem de direito*” não se configura o tipo incriminador.

De qualquer modo, nos demais casos, prevalece o entendimento de que o consentimento é causa de exclusão da antijuridicidade. Condição esta suprallegal, à medida que a Parte Geral do nosso Código Penal não faz referência ao instituto do consentimento do ofendido [não há regramento legal expresso sobre o tema].

Assim, sua aceitação decorre da construção material do conceito de antijuridicidade, uma vez que não seria crível exigir que o legislador previsse em rol taxativo todas as hipóteses possíveis, especialmente em razão do caráter dinâmico da realidade social.

Não por outra razão, de acordo com a corrente doutrinária majoritária, considera-se que o consentimento pode tanto excluir a tipicidade, quanto a antijuridicidade, dependendo da estrutura típica do delito em apreço<sup>146</sup>.

Cabe, então, a análise dos fundamentos histórico-dogmáticos do conceito material de antijuridicidade, de modo a verificar o referido posicionamento.

### 2.3 FUNDAMENTOS HISTÓRICO-DOGMÁTICOS DO CONCEITO MATERIAL DE ANTIJURIDICIDADE

Sabe-se que a antijuridicidade penal exige a realização de um tipo penal, sem que exista qualquer causa de justificação. Assim, a tipicidade é requisito para a antijuridicidade<sup>147</sup>. Ao compreender o consentimento do ofendido como causa suprallegal de exclusão da antijuridicidade (ou causa de justificação), a doutrina reconhece a existência lógica de tipicidade.

No sentido formal, a antijuridicidade significa a relação de contradição entre um fato e o direito penal. No entanto, é o conceito de antijuridicidade penal material que

---

<sup>146</sup> Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2013, *parte geral 1*, p. 363; PIERANGELI, *op. cit.*, p. 264; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1, p. 400-402. Pelo consentimento apenas como causa suprallegal de exclusão da antijuridicidade: MIRABETE, Julio Fabrini; FABRINI, Renato N.. *Manual de direito penal*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 1, p. 162; NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 289.

<sup>147</sup> MIR PUIG, *op. cit.*, p.149.

define o seu conteúdo, levando em conta o grau de desvalor da conduta<sup>148</sup>.

A ciência penal do naturalismo, como produto do positivismo, no final do século XIX, definiu o delito como a conduta típica, antijurídica e culpável, conforme o chamado *sistema Beling e Von Liszt*. Assim, a tipicidade (elemento objetivo) era complementada pela culpabilidade (elemento subjetivo). Nesse contexto, a antijuridicidade nada mais era do que a incompatibilidade da ação típica com o direito positivo (conceito formal da antijuridicidade)<sup>149</sup>. A antijuridicidade também se referia ao aspecto objetivo-externo (causal) da ação.

A teoria do delito era concebida, então, do mesmo modo que as ciências naturais – que estavam no seu auge. Assim, o fato antijurídico é descrito como as ciências naturais descrevem qualquer outro fato – como um processo causal.

Por isso, a relação entre tipicidade e antijuridicidade neste momento é puramente lógica (não valorativa).

Já no início do século XX, tendo em vista a influência da filosofia neokantiana [que não se contentou com a descrição externa das características do delito e passou a analisar seu significado valorativo], a antijuridicidade apareceu então como juízo de desvalor sobre a conduta. No entanto, a concepção objetiva do positivismo não foi abandonada<sup>150</sup>.

Com isso, a antijuridicidade deixou de ser uma categoria meramente formal, com conteúdo definido pelo legislador. Surge aqui a noção de antijuridicidade material, compreendida como o comportamento socialmente danoso<sup>151</sup>.

Desse modo, a relação entre a tipicidade e a antijuridicidade não é mais independente como antes. A tipicidade passa a ser condição necessária para a configuração da antijuridicidade. Isso não significa que toda conduta típica seja antijurídica, pois pode ser hipótese de causa de justificação. Observe-se: a tipicidade continuará configurada, mas a conduta típica estará justificada.

---

<sup>148</sup> *Ibidem*, p.150.

<sup>149</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal. In: \_\_\_\_\_. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Buenos Aires: B de F, 2012. p. 21-22.

<sup>150</sup> MIR PUIG, *op. cit.*, p. 153.

<sup>151</sup> SCHÜNEMANN, *op. cit.*, p. 31.

Na sequência, com o giro metodológico empregado pelo finalismo de Welzel, desde 1930, a antijuridicidade – que é um juízo sobre a conduta – dependerá não apenas dos elementos objetivos, mas também do elemento subjetivo (finalidade) <sup>152</sup>. Assim o tipo torna a ser indício da existência de antijuridicidade – *ratio cognoscendi*. As causas de justificação não excluem, portanto, a proibição da norma, mas permitem sua infração. Trata-se de ação típica, mas permitida ou autorizada pelo ordenamento.

Claus Roxin <sup>153</sup> ensina que são três as razões da importância prática da antijuridicidade material.

A uma permite a graduação do injusto segundo sua gravidade. Assim, explica que a antijuridicidade formal não permite distinções quantitativas ou qualitativas. Para ilustrar, faz referência ao crime de furto, cujo injusto material é maior conforme o valor do bem furtado, ou ainda ao crime de homicídio em relação ao furto, cuja danosidade ou nocividade social é consideravelmente maior.

A duas resulta útil para a interpretação do tipo penal, principalmente nos casos em que a conduta poderia subsumir-se no teor literal do preceito penal, mas materialmente, ou seja, de acordo com o seu significado social, não concorda com o tipo incriminador. Destaca-se a teoria da adequação social.

A três desenvolve e determina o conteúdo das causas de justificação.

Nota-se, desse modo, que é a construção do conceito material da antijuridicidade que permitiu o enquadramento da natureza jurídica do consentimento do ofendido como causa de justificação.

Isso evidencia que se trata de conceito com considerável importância político-criminal, proporcionando uma interpretação mais adequada do tipo penal, a graduação do injusto e a ponderação de interesses dentro dos limites da legislação penal e da Constituição da República.

Partindo do pressuposto que a antijuridicidade implica o reconhecimento da existência de tipicidade, fundamental analisar em primeiro lugar como a eficácia do consentimento é refletida no tipo penal, de modo a legitimar o salto para a antijuridicidade e, assim, a sua configuração como causa supralegal de justificação.

---

<sup>152</sup> MIR PUIG, *op. cit.*, p. 153-156.

<sup>153</sup> ROXIN, *op. cit.*, p. 559-562.

### 3 O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO E A TIPICIDADE (FORMAL E MATERIAL)

#### 3.1 TIPO E TIPICIDADE: APROXIMAÇÃO CONCEITUAL

Com origem latina, *typus* é apontado como: figura, imagem, modelo, padrão, espécie, exemplar<sup>154</sup>.

Na linguagem comum, o seu significado consiste no seguinte: “1. *Coisa que reúne em si os caracteres distintivos duma classe. 2. Exemplar, modelo*”<sup>155</sup>.

No vocabulário jurídico, tipo penal “*é o modelo legal de comportamento proibido instituído em norma de conduta*”<sup>156</sup>.

Misabel de Abreu Machado Derzi, ao versar sobre os vários significados de tipo no Direito, destaca que o termo “tipo” possui sentidos equívocos dentro da ciência jurídica. Trata-se, portanto, de termo polissêmico ou plurívoco. Destarte, a doutrinadora referenciada indica a existência de três pontos fundamentais a serem considerados, nos quais o tipo adquire sentido especial<sup>157</sup>.

O primeiro ângulo leva em conta a metodologia jurídica. O tipo ostenta, assim, a função de “*instrumento de ordenação científica do conhecimento*”<sup>158</sup>. Nesse sentido, poderá assumir tanto um conceito classificatório, quanto um conceito de ordem. Isto é, presta-se à análise classificatória (noção de divisão) e tipológica (ideia de junção) dos institutos jurídicos. Ou serve, ainda, como método de interpretação para a correta aplicação ao caso concreto (investigação jurídica / tipicidade). Em outras palavras, trata-se do processo de verificação da correspondência recíproca entre a norma (dever ser) e a situação concreta (ser).

Já a segunda perspectiva volta-se para a criação legislativa, “*para designar o*

---

<sup>154</sup> ALVES, *op. cit.*, p. 477.

<sup>155</sup> FERREIRA, *op. cit.*, p. 740.

<sup>156</sup> ALVES, *op. cit.*, p. 478.

<sup>157</sup> DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 50.

<sup>158</sup> *Ibidem*, p. 50-51.

*conceito determinado e descritor da matéria penal que forma o Tatbestand*”<sup>159</sup>. Refere-se, pois, à descrição legal, que na seara penal exige a apresentação de conceitos seguros e precisos, conferindo ao ordenamento segurança jurídica.

Por fim, o terceiro âmbito analisado considera a “*regulamentação administrativa para execução em massa das leis*”. No entanto, trata-se de análise relacionada à execução da norma tributária, impertinente à proposta do presente trabalho<sup>160</sup>.

Vicente Greco Filho também ensina que a palavra “tipo” é polissêmica no Direito, ou seja, possui diversos significados. De tal modo, baseado nas formulações de Misabel de Abreu Machado Derzi, apresenta a seguinte sistematização, voltada apenas ao Direito Penal, conforme a funcionalidade da expressão tipo: (i) como modelo, podendo apresentar o objetivo de separar (função classificatória) ou englobar situações (função ordinatória); (ii) enquanto descrição estrita de certa conduta (modelo legal), atendendo, assim, ao princípio da reserva legal; e (iii) entendido como “*um modo de pensar simplificador, atribuindo a certos comportamentos o significado ou enquadramento legal independentemente de maiores indagações objetivas ou subjetivas do caso concreto*” (tipicidade)<sup>161</sup>.

Poder-se-ia pensar que é irrelevante o estudo da referida questão no direito penal hodierno. No entanto, diversas são as razões que justificam a sua necessidade e atualidade. Inicialmente, cumpre destacar que a segurança jurídica do indivíduo depende da estrutura típica da ordem jurídica como um todo. Nesse sentido, são inaceitáveis na área penal normas com conteúdo indeterminado.

Tais fatos são ainda mais agravados quando pensamos no fenômeno da hipertrofia da legislação penal, o que pode torná-la supérflua ou arbitrária. Daí também a importância do direito penal mínimo. Conforme ensina Luiz Luisi, o tipo penal somente deve ser criado quando a tutela penal for “*inarredável e inalteravelmente necessária*”<sup>162</sup>. O direito penal deve ser a *ultima ratio*, tendo caráter subsidiário e fragmentário.

Observa-se, ainda, péssima qualidade técnica legislativa, o que gera uma

---

<sup>159</sup> *Ibidem*, p. 64-66.

<sup>160</sup> *Ibidem*, p. 66-68.

<sup>161</sup> GRECO FILHO, Vicente. Tipicidade, bem jurídico e lavagem de valores. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais – visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 152-153.

<sup>162</sup> LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*, 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 40-46.

legislação penal descomprometida com a segurança jurídica e desintegrada do ordenamento (como sistema jurídico).

Por fim, porque o aplicador do direito utiliza-se da técnica da tipificação de forma errônea, deformada, sem examinar as peculiaridades do caso concreto e todas as circunstâncias relevantes – dentre as quais se destaca o consentimento do ofendido.

Assim, verifica-se que a tipicidade considerada como “*conformidade do fato praticado pelo agente com a moldura abstratamente descrita na lei penal*”<sup>163</sup> versa apenas sobre ponto de vista formal, no qual a tipicidade consiste na mera correspondência entre a conduta praticada e o tipo penal previsto.

No entanto, para que seja típico, o comportamento humano não deve apenas amoldar-se a certo tipo legal de crime, mas também ser substancialmente ou materialmente lesivo a bens jurídicos, ou ética e socialmente reprováveis. Logo, a tipicidade não se esgota no juízo lógico-formal. Deve o magistrado também exercer um juízo valorativo sobre o seu conteúdo<sup>164</sup>.

A dogmática constrói, então, a noção tipicidade substancial, que será analisada no tópico seguinte.

### 3.2 TIPICIDADE SUBSTANCIAL: FUNDAMENTOS DA CONSTRUÇÃO DOGMÁTICA

Como já abordado, foi com Beling (1906) que o conceito de tipicidade passou a ser estruturado. Luis Jiménez de Asúa<sup>165</sup>, ao sistematizar a evolução do referido conceito, aponta as seguintes fases:

(i) Fase da independência (Beling – 1906), na qual a única função da tipicidade era descritiva (elemento valorativamente neutro), sem qualquer relação com a ilicitude e a culpabilidade;

---

<sup>163</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 338.

<sup>164</sup> MAÑAS, Carlos Vico. Princípio da insignificância: excludente da tipicidade ou da ilicitude? In: SUANNES, Aduato Alonso Silvinho et al. *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 148-150.

<sup>165</sup> ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de derecho penal*. 5. ed. Buenos Aires: Losada, 1992, p. 72.



(ii) Fase do caráter indiciário da ilicitude – *ratio cognoscendi* (Mayer - 1915). Nesta etapa, a tipicidade (além da sua característica descritiva) passa a representar um indício da antijuridicidade. De tal modo, a prática de um fato típico faz com que sua ilicitude seja presumida. Verifica-se que tal elemento deixa de ser valorativamente neutro, admitindo-se o reconhecimento dos elementos normativos e subjetivos do tipo penal;

(iii) Por fim, elenca-se a terceira fase, da *ratio essendi* da ilicitude (Mezger - 1931). Aqui a tipicidade torna-se constitutiva da ilicitude. Isto é, sendo o fato lícito, será atípico.

Também já fora exposto que se atribui principalmente à escola neokantista a responsabilidade pelo desenvolvimento do conceito material de tipicidade. Exige-se, assim, não apenas a violação do tipo penal descrito, mas também a afetação das normas de valoração reconhecidas culturalmente.

Deste modo, a mera adequação típica formal deixa de ser o único parâmetro, devendo-se também observar outros aspectos (valorativos).

Não por outra razão, Pierpaolo Cruz Bottini ensina “*nem sempre a ação adequada ao tipo penal será materialmente típica – será necessário integrá-la com elementos valorativos que revelem seu prejuízo social*”<sup>166</sup>.

Nesta mesma esteira, Gonzalo Fernández preceitua

Aqueles casos onde, malgrado a tipicidade formal e apesar da plástica subsunção ao tipo da conduta, não medeia entretanto afetação ao bem jurídico protegido; (...) cremos que a conduta deve ser havida por atípica (inadequada ao tipo) e com isso se fecha a qualificação jurídico-penal, sem ingressar sequer em análises subsequentes da antijuridicidade e, muito menos, ao exame sobre a culpabilidade do sujeito<sup>167</sup>.

A noção de tipicidade passa, então, a ser atrelada às ideias de lesividade ao bem jurídico, discussão mais comumente relacionada aos princípios da insignificância e da adequação social.

Eugenio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista apresentam as funções sistemática e

---

<sup>166</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A confusa exegese do princípio da insignificância. In: RASCOVSKI, Luiz (coord.). *Temas relevantes de direito penal e processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 238.

<sup>167</sup> FERNÁNDEZ, Gonzalo D.. *Bien jurídico y sistema del delito*. Buenos Aires: Julio César Faira, 2004, p. 162.

conglobante do tipo objetivo. Assim, a tipicidade conglobante consiste na averiguação da “*conflitividade do pragma, que implica tanto a constatação da lesividade quanto a possibilidade de que possa ele ser imputado objetivamente ao agente como próprio (imputação por dominabilidade)*”<sup>168</sup>. Note-se que a noção de tipicidade conglobante busca analisar o fato em consonância com todas as normas (penais ou extrapenais). Sendo o fato permitido ou incentivado por outra norma, não haveria sentido falar na incidência do direito penal.

No entanto, a teoria da imputação objetiva torna desnecessária tal construção, pois os critérios de imputação objetiva permitem a obtenção do resultado almejado com a construção da tipicidade conglobante (atipicidade de determinado fato típico, porém lícito).

Vicente Greco Filho<sup>169</sup> também afasta a noção de tipicidade conglobante e defende a aplicabilidade da tipicidade substancial ou material, a qual compreende todos os elementos da conduta (teoria unitária do crime).

Pelo seu entendimento, a análise do crime inicia-se pela tipicidade formal, que abrange o entendimento do tipo conforme sua literalidade e sistemática.

Nesse momento, devem ser observados os métodos gramatical, lógico e sistemático de interpretação. Ainda no plano da formalidade da norma, devem ser identificados os elementos implícitos no tipo, os elementos normativos (jurídicos ou culturais), bem como a estrutura linguística do tipo (se de resultado, de conduta + resultado, de conduta ou de conduta ou resultado + determinado fim ou motivo).

Entretanto, tal etapa não é suficiente, razão pela qual se deve verificar os elementos externos ao tipo, possibilitando sua compreensão substancial.

Os métodos interpretativos desta fase são a interpretação teleológica e sociológica. Logo, devem ser considerados os seguintes elementos: (i) causalidade; (ii) imputação (objetiva e subjetiva); e (iii) punibilidade.

Trata-se, portanto, de toda a complexidade de elementos que levam a aplicação da pena em concreto. A tipicidade substancial pode ser entendida como sinônimo de crime,

---

<sup>168</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2010. v. 2, p. 159.

<sup>169</sup> GRECO FILHO, Vicente; GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Direito penal e processual penal eleitoral: comentários aos crimes da Lei n. 4.737 (Código eleitoral), Lei complementar 64/90 (inegibilidade), e Lei n. 9.504/97 (eleições)*, no prelo.

que pela teoria unitária existe apenas quando a aplicação da pena for possível<sup>170</sup>.

Nesse contexto, o consentimento do ofendido é aplicado como critério de imputação objetiva.

Trata-se de operação que modifica totalmente os efeitos jurídicos. Seu impacto pode ser percebido até mesmo no campo moral do imputado. Isso porque, em primeiro lugar, os critérios objetivos são analisados. Em segundo, “*porque é absolutamente diferente dizer a alguém ‘não foi você, você não tem nada com isso’, objetivamente falando, e dizer ‘foi você, mas está excluído porque não agiu com dolo ou culpa’*”<sup>171</sup>. Daí a evidente vantagem em adotar a teoria da imputação objetiva, a qual se infere pelo exposto acima pode sim ser aplicada no nosso ordenamento.

### 3.3 O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO COMO CAUSA DE EXCLUSÃO DA TIPICIDADE SUBSTANCIAL

É exatamente com base no conceito de tipicidade substancial que se entende o consentimento do ofendido como causa de exclusão da tipicidade (e não da antijuridicidade).

O primeiro fundamento já foi abordado e consiste no exercício de liberdade de ação daquele que consente. Nesse sentido, Claus Roxin destaca:

Não considero o consentimento uma causa de justificação. Pois, quando alguém consente eficazmente que outrem intervenha sobre os seus bens jurídicos, esta intervenção não constitui um dano para o portador dos bens jurídicos, antes configura um auxílio na realização da liberdade de ação que lhe é constitucionalmente assegurada (artigo 2º da Lei Fundamental) e que se exprime precisamente na disposição sobre os bens jurídicos ao seu dispor. À semelhança do que sucede com a disposição dos bens jurídicos por parte do próprio portador, também esta conduta não preenche o tipo criminal. Assim e à partida, é a sua tipicidade que é excluída<sup>172</sup>.

Convergem para este entendimento outros importantes argumentos.

<sup>170</sup> GRECO FILHO, Vicente. Aula proferida em 20 de março de 2013 ao curso de Pós Graduação do Departamento de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

<sup>171</sup> *Idem*. Imputação objetiva ... *op. cit.*

<sup>172</sup> ROXIN *apud* ANDRADE, Manuel da Costa. Consentimento em direito penal médico: o consentimento presumido. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 14, n. 1-2, p. 123, 2004.

Observe-se: diante do consentimento eficaz, não há desvalor de resultado. E assim sendo (se não há lesão ao bem jurídico), não há que se falar na realização do tipo penal. Por desvalor de resultado, entende-se, conforme explica Jorge de Figueiredo Dias, “a criação de um estado juridicamente desaprovado”, o qual torna perfeito o amoldamento da conduta humana ao tipo penal<sup>173</sup>.

Importante lembrar que a noção de desvalor de resultado, ligada à noção de lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, não se confunde com o resultado naturalístico. Assim, o direito penal não precisa abarcar apenas os fatos que causem dano concreto ao bem jurídico (denominados delitos de dano), mas pode também incidir sobre as condutas que exponham o bem jurídico a perigo, que pode ser exigido pelo tipo no caso concreto (caso em que denominados delitos de perigo concreto) ou presumido pelo legislador, por sua experiência (nesse caso, conhecidos como delitos de perigo abstrato)<sup>174</sup>.

Mais uma vez é a teoria do bem jurídico que parece limitar a incidência do direito penal. Logo, não cabe a atuação do direito penal diante do consentimento.

Ademais, a natureza jurídica do consentimento é diferente das causas de justificação<sup>175</sup>. Assim, Claus Roxin indica que as causas de justificação observam os princípios de ponderação de interesses e de necessidade, o que não ocorre no consentimento, no qual não há qualquer conflito de interesses entre o indivíduo que atua e o que consente<sup>176</sup>.

Há, como já afirmado, a confirmação da liberdade de ação daquele que consente. Outro forte argumento para considerar o consentimento uma causa de exclusão de tipicidade e não de justificação.

Diante de toda a explanação, verifica-se que o consentimento do ofendido deve ser aplicado como um critério de imputação objetiva, de modo a afastar a tipicidade.

A respeito dos critérios de imputação, Vicente Greco Filho<sup>177</sup> ensina que tais critérios podem ser de quatro ordens:

---

<sup>173</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral ...*, op. cit., p. 285-286.

<sup>174</sup> *Ibidem*, p. 308-309; PRADO, op. cit., p. 356.

<sup>175</sup> GRECO; RASSI, op. cit., p. 93.

<sup>176</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal ...*, op. cit., p. 520-524.

<sup>177</sup> GRECO FILHO; GRECO; RASSI, op. cit.

- (i) Critérios de inclusão: dentre os quais estão a criação de risco não permitido e o domínio do fato (que justifica a autoria mediata e a responsabilidade pela estrutura de poder);
- (ii) Critérios de não inclusão: tal como as ações neutras, o âmbito de proteção da norma e a insignificância;
- (iii) Critérios de exclusão: autocolocação da vítima em risco, adequação social, causas de exclusão da criminalidade, imunidade substancial e valor e desvalor da conduta e resultado;
- (iv) Critérios de não exclusão: curso causal hipotético.

Partindo desta lógica, consentimento do ofendido está enquadrado entre os critérios de exclusão da imputação objetiva.

#### 3.4 O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO E O ACORDO: PELA FUNDAMENTAÇÃO DA TEORIA UNITÁRIA

São basicamente três as correntes doutrinárias que versam sobre o consentimento do ofendido e o acordo.

A primeira delas é a teoria dualista, a qual diferencia o acordo do consentimento, considerando o primeiro causa de atipicidade e o segundo causa de justificação.

Deste modo, muito embora ambas as figuras (acordo e consentimento) consistam na aquiescência do titular do bem jurídico, entende-se que o acordo consiste naquelas hipóteses em que o dissenso da vítima é elemento integrante do tipo penal. Residualmente, o consentimento ocorreria quando não se pode verificar tal característica.

É o que ensina Manuel da Costa Andrade, que considera os dois institutos jurídicos autônomos, tal como o paradigma dualista originário de Friedrich Geeds, e conceitua o acordo do seguinte modo:

Só poderá, concretamente, falar-se de acordo quando o tipo legal expressa ou implicitamente postula que o agente actue sem ou contra a vontade do lesado, isto é, *invito laeso*. O que pressupõe a utilização da força ou, de qualquer modo,

a superação da vontade contrária do lesado<sup>178</sup>.

A segunda teoria, conhecida como unitária ou da atipicidade, desconsidera tal distinção, preceituando que todo consentimento (ou acordo) exclui o tipo.

Por fim, há também a doutrina diferenciadora. Esta, por sua vez, distingue o acordo (causa de atipicidade), do consentimento excludente do tipo e do consentimento excludente da antijuridicidade<sup>179</sup>.

No presente trabalho, tendo em vista a divergência doutrinária, abordar-se-á a teoria dualista e a unitária, com o objetivo de diferenciá-las e justificar a opção pela segunda.

A teoria dualista é a doutrina majoritária na Alemanha. É também o modelo adotado pelo direito positivo português. Assim, conforme já dito, aponta a existência de diferença teórica entre o acordo e o consentimento. Esse último seria uma justificante, enquanto o acordo excluiria o tipo<sup>180</sup>.

Trata-se da delimitação doutrinária estabelecida por Friedrich Geerds, que em sua tese de doutoramento (1953) chamou atenção para a necessidade de distinguir os referidos institutos jurídicos. Dessa forma, reconheceu que as duas figuras possuem em comum a característica de que “*o lesionado aceita um fato que, de algum modo, o afeta; ele permite, configura, aceita; não tem nada contra*”. Apesar disso, o tratamento jurídico da referida vontade aprovadora opera-se de maneira muito diferente (em ambos os casos), não devendo ser confundido<sup>181</sup>.

Assim, entende-se que o acordo exclui a tipicidade. Isso porque o assentimento ou a vontade aprovadora provocam a ausência de um dos elementos integrantes do tipo, havendo atipicidade da conduta. Os tipos penais, em sua descrição típica, possuem como elemento ou pressuposto que a ação típica seja contra ou sem a atuação do sujeito passivo<sup>182</sup>.

O consentimento, por sua vez, ao ser manifestado, apenas possui efeito de

---

<sup>178</sup> ANDRADE. *Consentimento e acordo em direito penal ...*, op. cit., p. 143.

<sup>179</sup> GRECO; RASSI, op. cit., p. 82-83.

<sup>180</sup> ANDRADE. *Consentimento em direito penal médico ...*, op. cit., p. 122.

<sup>181</sup> GEERDS *apud* POLAINO-ORTS, op. cit., p. 165.

<sup>182</sup> GRECO; RASSI, op. cit., p. 84-89.

justificação, sem excluir a tipicidade. Logo, a lesão é tida como existente. Tem-se, de tal modo, uma renúncia ao bem jurídico, cuja força justificante deriva do direito de autodeterminação individual.

Miguel Polaino-Orts sistematiza as diferenças estabelecidas entre acordo e consentimento segundo o entendimento dualista, conforme a esquematização também apresentada por Alessandra Orcesi Pedro Greco e João Daniel Rassi:

(i) para o acordo a vontade interna seria a relevante, enquanto no consentimento haveria necessidade de exteriorização da vontade aprobatória. No entanto, tal entendimento não pode ser admitido, conforme destacado por Miguel Polaino-Orts<sup>183</sup>. Isso porque a aprovação interna é irrelevante, não sendo capaz de configurar o acordo. Nesse sentido, também deve ser negado efeito aos casos em que a vítima apresente satisfação interna ou aprovação íntima após o fato. A satisfação interna não é comunicante. Assim, exige-se em ambos os casos a manifestação exterior;

(ii) no acordo bastaria a vontade natural (podendo abarcar o menor e o deficiente mental). Já no consentimento far-se-ia necessária capacidade de compreensão sobre o alcance da lesão ao seu bem jurídico. Miguel Polaino-Orts também afasta tal argumento. Ora, para que seja reconhecida a atipicidade de uma conduta, tendo em vista a vontade do titular do bem jurídico, deve-se considerar as garantias formais (manifestação de vontade em si) e materiais (capacidade de compreensão). Caso contrário, determinados bens jurídicos ficariam sem proteção, quando sua disponibilidade ocorresse de forma imatura ou desarrazoada por parte do seu titular<sup>184</sup>;

(iii) quanto aos vícios de vontade (erro, fraude e coação), estes seriam irrelevantes para o acordo, atingindo apenas o consentimento. Miguel Polaino-Orts explica que tal distinção possui fundamentação civilista, não podendo ser aplicada no Direito Penal<sup>185</sup>. Isso porque a natureza dos interesses envolvidos é diferente. No direito privado, a não ocorrência do consentimento acarretaria apenas na omissão de realizar um negócio jurídico a que as partes não são obrigadas. Já no direito penal, a não ocorrência do consentimento faz com que a conduta seja considerada típica, ou seja, merecedora de sanção. Além disso, no

---

<sup>183</sup> POLAINO-ORTS, *op. cit.*, p. 170-172.

<sup>184</sup> *Ibidem*, p. 172-173.

<sup>185</sup> *Ibidem*, p. 173-175.

Direito Civil observa-se a autonomia de contratar ou não, ao passo que no Direito Penal a liberdade é regida pela autonomia de vontade<sup>186</sup>;

(iv) haveria irrelevância do atentado aos bons costumes no acordo. Por outro lado, seria relevante para o consentimento. Ensina Miguel Polaino-Orts que este argumento também não deve prevalecer, principalmente por causa de sua imprecisão (qual o significado de “bons costumes”, qual a sua delimitação etc.);

(v) no caso do desconhecimento sobre a existência da aprovação do acordo por parte do titular do bem jurídico, estar-se-á diante de uma tentativa, pois o tipo objetivo não foi realizado e o dolo do autor se dirige a um objeto inidôneo. No entanto, caso o autor não saiba sobre o consentimento da vítima, restará consumado o crime, pois seu resultado é típico e o dolo do autor está dirigido para a sua ocorrência<sup>187</sup>;

(vi) por fim, a última diferença apontada versa sobre uma suposição errônea de aprovação inexistente. Nesse caso, no acordo o dolo é excluído, no consentimento o erro recairá sobre os pressupostos objetivos das causas de justificação. Miguel Polaino-Orts destaca com relação aos dois últimos itens (v e vi) que também não admitem um tratamento diferenciado, tendo em vista que são solucionados pela aplicação das regras do erro de tipo<sup>188</sup>.

Os autores Zipf, Schmidhäuser, bem como Claus Roxin retomaram o pensamento de Ortmann, Kessler e Klee (séc. XIX), segundo os quais há uma paridade entre todas as manifestações de concordância do titular do bem jurídico, que invariavelmente conduzem às causas de exclusão do tipo. Trata-se da teoria unitária<sup>189</sup>.

Conforme foi demonstrado, a diferenciação defendida pela doutrina dualista não deve prevalecer, já que os argumentos apresentados são inconsistentes e não são capazes de apresentar a suposta conveniência de um tratamento distinto. Miguel Polaino-Orts demonstra que tal distinção não é apenas dogmaticamente improdutiva, mas também incorreta, concluindo que o acordo e o consentimento devem ter o mesmo tratamento

---

<sup>186</sup> GRECO; RASSI, *op. cit.*, p. 90-92.

<sup>187</sup> *Ibidem*, p. 88.

<sup>188</sup> POLAINO-ORTS, *op. cit.*, p. 196-197.

<sup>189</sup> ANDRADE. *Consentimento em direito penal médico ...*, *op. cit.*, p. 122.



jurídico e que o consentimento exclui a tipicidade da conduta<sup>190</sup>.

---

<sup>190</sup> *Ibidem*, p. 197.

## 4 O DIREITO COMPARADO

Sabe-se que o tratamento conferido ao instituto do consentimento do ofendido é variado no panorama internacional, especialmente no que diz respeito à sua natureza jurídica, ao seu objeto, seus efeitos e sua extensão. Justamente por isso, importante tratar sobre o direito comparado, o que permitirá uma reflexão mais abrangente do instituto.

Se, por um lado, entende-se que as experiências estrangeiras revelam-se adequadas para as realidades para as quais estão voltadas, respeitadas as características de cada local – o que significa dizer que a “pura importação” não parece ser solução eficiente, por outro, defende-se que não se trata de estudo dispensável, pois respeitadas tais diferenças, as experiências e reflexões desenvolvidas por outros locais podem ser de grande valia para o desenvolvimento de soluções hábeis. Com o tema do consentimento do ofendido não é diferente.

Assim, a escolha dos países para o presente estudo foi realizada com base na sua importância no cenário internacional, bem como a disponibilidade ou acessibilidade de material de pesquisa de qualidade e atualizado. Os países de origem anglo-saxônica foram excluídos, tendo em vista a grande diferença de sistemas (direito consuetudinário ou *common law system* para o direito estatutário ou *civil law*).

Desta feita, inicia-se pelo tradicional direito italiano, origem da grande maioria dos institutos jurídicos brasileiros. Em seguida, o direito português, dado o intenso intercâmbio com a doutrina pátria, a qual é certamente facilitada pela língua comum. Ainda, o direito espanhol, considerada também a troca doutrinária, além do desenvolvimento sobre o tema. Logo, direito alemão, onde vêm sendo desenvolvidas as correntes mais modernas sobre o assunto abordado, bem como o referencial teórico do presente trabalho. Por fim, insere-se, ainda, uma visão geral sobre a América Latina, tendo em vista a maior proximidade (não apenas territorial, mas principalmente cultural) com o Brasil.

Ao final, algumas conclusões parciais são lançadas, a fim de melhor comparar as realidades apresentadas com a experiência brasileira.

#### 4.1 O DIREITO ITALIANO

O instituto do consentimento do ofendido integra o ordenamento jurídico-penal italiano, sendo tratado no Código Penal de 1930, em seu artigo 50, o qual dispõe: “*non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, col consenso della persona che può validamente disporre*”, ou seja, “não é punível quem ofende ou põe em perigo um direito, com o consentimento da pessoa que dele podia validamente dispor”<sup>191</sup>.

Desde então, grande tem sido a colaboração da doutrina italiana sobre o tema, propiciando significativas construções teórico-práticas, bem como enfoques inéditos. Nesse sentido, não é pacífico o entendimento quanto à natureza jurídica do consentimento.

A doutrina, então, divide-se entre as teorias (já vistas no item 1.2.1): (i) do negócio jurídico (Grispigni, Santoro, Delogu, Saltelli e Tesauro); (ii) da renúncia do Estado à punição (Battaglini, Antolisei e Ranieri); e, (iii) da ação jurídica (Bettiol)<sup>192</sup>.

Independentemente do enfoque dado, verifica-se que nas correntes italianas prevalece o entendimento pela exclusão da antijuridicidade, entendimento este ainda hoje prevalente na doutrina do país.

Assim, Michele C. del Re, ao versar sobre o consentimento, explica que no Código Penal italiano o consentimento do ofendido constitui uma causa geral de justificação:

*La tesi più diffusa è quella che riconosce nel consenso una causa di esclusione dell'antigiuridicità: sussiste il fatto tipico, ma manca quella contrarietà all'ordinamento, quella rottura nei confronti della norma penale, in cui consiste appunto l'antigiuridicità.*<sup>193</sup>.

Isso quando o dissenso não for parte constitutiva do tipo: “*Così, quando il titolare della libertà sessuale consente all'atto sessuale, non si realizza la fattispecie dell'art. 519 cod. Pen., di cui elemento costitutivo è il dissenso*”<sup>194</sup>.

<sup>191</sup> PIERANGELLI, *op. cit.*, p. 76-77.

<sup>192</sup> *Ibidem*, p. 81-82.

<sup>193</sup> DEL RE, Michele C.. Il consenso della vittima. In: FERRACUTI, Franco (coord.). *L'intervento medico e psicologico sul testimone, sull'imputato e sul condannato*. Milano: Giuffrè, 1990. p. 354.

<sup>194</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

Como requisitos de eficácia do consentimento, são apontados <sup>195</sup>:

(i) a capacidade de entender e querer do sujeito titular do bem jurídico (pressuposto subjetivo): especificamente em relação à capacidade e o requisito etário, Michele C. del Re explica que a lei italiana não indica um limite etário para a prestação de um consentimento válido. Deste modo, destaca, por temas (liberdade sexual, disposição do corpo e matéria patrimonial), quais são as hipóteses de presunção legal, que revelam a incapacidade de consentir. É o que ocorre, por exemplo, com o menor que quatorze anos em relação à conjunção carnal, hipótese em que se estará diante de estupro presumido, tendo em vista a legislação em vigor. Já entre dezesseis e quatorze anos, o tratamento é diverso, podendo-se configurar a corrupção de menores. No que diz respeito à disposição do corpo (excetuada a esfera sexual), observa a existência de algumas presunções de incapacidade: seja para doação de sangue, seja para o transplante de rins, quanto aos menores de dezoito anos. O mesmo marco (maioridade civil) deve ser considerado em matéria patrimonial<sup>196</sup>;

(ii) a disponibilidade do bem jurídico (pressuposto objetivo). Isto é, o interesse tutelado pelo ordenamento deve ser subjetivo e não objetivamente valorado na sua função social: são considerados disponíveis, em geral, os direitos patrimoniais. Por outro lado, são indisponíveis os bens relacionados à família, à fé pública e aos bons costumes. No que diz respeito à disponibilidade do corpo, indica-se observância ao art. 5º do Código Civil italiano (primeiro livro) <sup>197</sup>, o qual veda os atos de disposição do corpo que ocasionem uma diminuição permanente da integridade física ou que sejam contrários à lei, à ordem pública e aos bons costumes. Nesta segunda hipótese, a própria doutrina reconhece a relatividade do conceito, que deverá ser preenchido de acordo com a história, o tempo e o local. Deste modo, seguindo classificação de Mantovani, agrupa os atos de disposição do corpo da seguinte forma: (a) atos desvantajosos à própria saúde, os quais são aceitos desde que não envolvam uma diminuição permanente da integridade física; (b) atos que, além de serem desvantajosos para a saúde, também são ofensivos para os interesses de terceiros. Neste caso, além da impossibilidade de diminuição permanente da integridade física, ganha relevo a segunda cláusula, mais aberta, que veda atos contrários à lei, à ordem pública e

---

<sup>195</sup> *Ibidem*, p. 357-358.

<sup>196</sup> *Ibidem*, p. 358-359.

<sup>197</sup> “Art. 5 *Atti di disposizione del proprio corpo. Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume (1418)*”.

aos bons costumes; (c) atos vantajosos à saúde, com limite na razoável relação entre as vantagens esperados e os danos previstos pela intervenção; e, por fim, (d) atos dispositivos para o benefício de terceiros, hipótese na qual novamente se destaca a segunda cláusula, a qual proíbe os atos contrários à lei, à ordem pública e aos bons costumes.<sup>198</sup> Ainda que a classificação acima busque contribuir para a solução de casos práticos, a exemplificação demonstra que a matéria não é simples. Michele C. del Re assim demonstra com a hipótese de esterilização voluntária, que envolve o dever ético de procriação e a reprodução responsável<sup>199</sup>;

(iii) a correta formação do ato volitivo que consiste no consentimento. Neste ponto, considera-se que o consentimento, à medida que é um ato de vontade e disposição, deve ser livre. Isso significa que pressupõe conhecimento sobre os fatos. E mais:

*La corretta formazione dell'atto di consenso exige che poi il consenso non sia <<estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con l'ingano>>. Questa locuzione – che il legislatore usa per escludere la validità del consenso nell'art. 579 – può essere considerata riassuntiva della clausola generale di validità del consenso<sup>200</sup>.*

Diante de tal panorama, avalia-se importante observar que a positivação do instituto do consentimento do ofendido, o qual integra a Parte Geral do Código Penal italiano (isso desde 1930), possibilitou sua ampla aplicação. Verifica-se, assim, grande avanço em relação à legislação brasileira, a qual não aborda expressamente a possibilidade de aplicação do referido instituto.

Quanto aos requisitos exigidos para a sua eficácia, verifica-se que estão absolutamente de acordo com aqueles exigidos pela doutrina brasileira para a aplicação do consentimento. Nesse sentido, o problema em relação à capacidade e a ausência de limite etário expresso revelam dificuldade semelhante à encontrada no Brasil, o que parece indicar a necessidade de previsão legal.

---

<sup>198</sup> DEL RE, *op. cit.*, p. 360-361.

<sup>199</sup> *Ibidem*, p. 362.

<sup>200</sup> *Ibidem*, p. 364.

## 4.2 O DIREITO PORTUGUÊS

Assim como o direito italiano, diferentemente do ordenamento jurídico brasileiro, o direito positivo português também trata sobre o instituto do consentimento do ofendido, em seu Código Penal.

Isso desde o Código de 1852, o qual previa: “*contra a disposição da lei penal não são causas justificativas as circunstâncias do ofendido pelo crime ou o seu consentimento ou aprovação*”. Logo, não possuía o condão de afastar a responsabilidade penal do agente. O mesmo ocorreu no Código de 1886<sup>201</sup>.

Atualmente, vigora o Código aprovado pelo Decreto-Lei n. 400/82, o qual dispõe em seu artigo 38º:

### Consentimento

1 - Além dos casos especialmente previstos na lei, o consentimento exclui a ilicitude do facto quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofender os bons costumes.

2 - O consentimento pode ser expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido, e pode ser livremente revogado até à execução do facto.

3 - O consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 14 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta.

4 - Se o consentimento não for conhecido do agente, este é punível com a pena aplicável à tentativa.

Em seu artigo 39º estabelece as regras em relação ao consentimento presumido, equiparando-o ao consentimento real<sup>202</sup>.

Percebe-se, então, que o consentimento passou a eximir a responsabilidade penal do agente, sendo tratado como causa de exclusão de ilicitude, nos termos dos artigos supracitados<sup>203</sup>.

<sup>201</sup> PIERANGELLI, *op. cit.*, p. 80.

<sup>202</sup> “Artigo 39º Consentimento presumido

*Ao consentimento efectivo é equiparado o consentimento presumido.*

*Há consentimento presumido quando a situação em que o agente actua permite razoavelmente supor que o titular do interesse juridicamente protegido teria eficazmente consentido no facto, se conhecesse as circunstâncias em que este é praticado”.*

<sup>203</sup> PIERANGELLI, *op. cit.*, p. 81.

Com relação à natureza jurídica, prevalece a teoria dualista, conforme já exposto. Logo, o consentimento exclui a ilicitude e o acordo afasta a tipicidade (confira-se o item 3.4). Com relação à doutrina, merecem destaque os estudos de Manuel da Costa Andrade sobre o tema, os quais servem como referência teórica.

Em relação aos bens jurídicos passíveis do consentimento, o artigo deixa claro: são aqueles disponíveis. Sobre o tema, Jorge de Figueiredo Dias esclarece:

(...) Em nossa opinião, casos haverá em que a validade do consentimento – enquanto verdadeira causa justificativa – deverá ser negada perante factos dolosos, máxime, de homicídio, mas já poderá ser afirmada, sob certas circunstâncias, relativamente a factos negligentes. Indiscutível nos parece, com efeito, a existência de um sem número de mortes – devidas, p. ex., a intervenções médico-cirúrgicas, ao tráfico rodoviário, à prática de desportos perigosos, “clássicos ou radicais” – em que a responsabilização por negligência deve ser em definitivo excluída, apesar de ser muito difícil ou mesmo impossível negar a realização do tipo de ilícito incriminador e (se disso fosse o caso) do tipo de culpa; e de, nesses casos, se apresentar como argumento decisivo a circunstância de a vítima ter dado o seu consentimento ao risco de produção do resultado. Muitos autores pretendem resolver o problema esconjurado o recurso à causa de justificação do consentimento – seja em nome da indisponibilidade absoluta do bem jurídico, seja em nome da cláusula dos bons costumes – e reconduzindo-o a outras constelações justificadoras, v. g., as do risco permitido ou da adequação social. E todavia: continua a parecer-nos menos farisaico e mais verdadeiro reconhecer que uma eventual justificação fica a dever-se, de um ponto de vista material, à auto-colocação consciente em perigo da vítima apesar da participação não dolosa do agente no seu facto, sendo nessa medida possível falar da eficácia de um consentimento da lesão do bem jurídico (mesmo o da vida) perante certos factos negligentes<sup>204</sup>.

Vale aqui esclarecer: a doutrina de Jorge de Figueiredo Dias não corresponde ao entendimento prevalente em Portugal. Ainda assim, reflete importante discussão doutrinária sobre o tema.

Novamente a cláusula aberta dos “bons costumes” aparece na legislação. Manuel da Costa Andrade esclarece que, em regra, trata-se de expressão associada à problemática das ofensas corporais. No entanto, como visto acima, trata-se regra geral em Portugal, estendida a todas as manifestações de consentimento. Lembre-se: tal recurso é criticado por parte doutrina, justamente por sua “indeterminação”, que afrontaria o princípio da legalidade, tornando a norma inconstitucional. Outra parte da doutrina, porém, entende ser possível uma leitura em conformidade com a Constituição. E é nesta segunda corrente que se enquadra o doutrinador citado, que explica: o principal referencial é o grau da agressão

---

<sup>204</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal – sobre os fundamentos da doutrina penal, sobre a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 373-374.

típica ao bem jurídico, com referência à interpretação referente às lesões, que levam em conta principalmente a reversibilidade, teor das sequelas e a sua finalidade<sup>205</sup>.

Quanto aos demais requisitos relacionados à eficácia, observa-se que o artigo 38º, por ser mais detalhado, apresenta importantes elementos, ao elencar aspectos relacionados (i) ao modo do consentimento, que deve ser livre e esclarecido; (ii) seu tempo, o que significa que revogável a qualquer instante; e, (iii) a capacidade do consenciente, que deve ser maior de quatorze anos e capaz de entender seus termos e consequências.

Sobre este último ponto, ao definir o marco etário de quatorze anos, a legislação afasta a dúvida gerada quanto à capacidade. Lembre: é normal que o ordenamento jurídico de determinado país possua diferentes marcos etários (maioridade civil, presunções legais etc.), o que gera certa insegurança para se determinar qual destes é o mais adequado para efeitos do consentimento.

Nota-se, com isso, também evidente avanço em relação à legislação brasileira, já que prevê a possibilidade de aplicação do referido instituto também na Parte Geral do Código Penal português. Isso de maneira ainda mais detalhada que a legislação italiana. Manuel da Costa Andrade observa que são raros os Códigos Penais que privilegiam o regime do consentimento do ofendido, tratando-o em sua Parte Geral (como acontece na Itália e em Portugal). Em regra, a maior parte das codificações dispõe sobre o tema de forma muito limitada, regulamentando alguns aspectos do consentimento, por meio de normas esparsas e da Parte Especial do Código. Assim, cabe à doutrina e à jurisprudência a sua sistematização<sup>206</sup>, o que pode ser um problema, especialmente em um país com as dimensões do Brasil, no qual se sabe que os julgados não costumam ser uniformes, preceituando os mais variados entendimentos.

Justamente por isso, não parece demais reiterar. O fato de a legislação detalhar os requisitos para eficácia do consentimento também parece importante, como forma de facilitar a aplicação do instituto, diferencial da legislação portuguesa em relação ao Brasil e à Itália.

---

<sup>205</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal ...*, op. cit., p. 537 e seguintes.

<sup>206</sup> *Ibidem*, p. 11-12.



### 4.3 O DIREITO ESPANHOL

No direito penal espanhol, o Código Penal não prevê o consentimento em sua Parte Geral. No entanto, em sua Parte Especial, verifica-se que foi conferida eficácia justificante ao consentimento em alguns casos de lesão, tal como dispõe o artigo 156:

*Artículo 156.*

*No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz; en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.*

*Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz.*

Ademais, o art. 10 da Constituição espanhola declara como fundamento da ordem política e da paz social o “livre desenvolvimento da personalidade”, razão pela qual Santiago Mir Puig considera que “*ha de conducir a considerar, por lo menos, justificadas aquellas conductas típicas que aparezcan como una forma del libre desarrollo de la personalidad del que las consiente*”<sup>207</sup>. Assim, defende que em certos casos o referido princípio constitucional possui como consequência o afastamento da imputação do fato ao sujeito que atua em conformidade com o consentimento do titular do bem jurídico em questão.

Contudo, o próprio autor admite que, excetuados os casos nos quais o dissenso da vítima é elemento integrante do tipo, é mais problemático aceitar que o consentimento do ofendido possa operar como uma causa de justificação na Espanha, o que bem revela a dificuldade (ou receio) de aplicação do instituto quando inexistente sua previsão legal como cláusula geral<sup>208</sup>.

Quanto ao âmbito de aplicação do consentimento, os bens jurídicos sujeitos à

---

<sup>207</sup> MIR PUIG, *op. cit.*, p. 519.

<sup>208</sup> *Ibidem, loc. cit.*

disposição são aqueles individuais – lembre: é o “livre desenvolvimento da personalidade” o seu principal fundamento. Assim, os crimes contra a coletividade não são atingidos.

De maneira sistemática, Santiago Mir Puig<sup>209</sup> destaca:

(i) os crimes contra a vida: não estão sujeitos ao consentimento como eximente eficaz. Isso porque o direito à vida é concebido como irrenunciável, dotado de valor social que transcende o interesse do particular. Nesse sentido, cumpre salientar que o Código Penal espanhol pune o homicídio a pedido (art. 143.3)<sup>210</sup>, bem como indução ou auxílio ao suicídio (art. 143, 1 e 2)<sup>211</sup>. Não obstante, nestes casos, a vontade da vítima influenciará a penalidade aplicada, diminuindo-a;

(ii) o aborto (especificamente): trata-se de hipótese que exige observância às regras específicas do Código Penal espanhol. Assim, deve-se considerar, em primeiro lugar, que a princípio o consentimento da gestante por si só não é eficaz. Assim, possui apenas o condão de atenuar a pena, nos termos dos artigos 144 e 145<sup>212</sup>. Entretanto, caso o consentimento da gestante coincida com as indicações (médica, eugênica ou ética) previstas no artigo 417 bis (do Código anterior, mantido em vigor), estar-se-á diante de causa de justificação<sup>213</sup>;

---

<sup>209</sup> *Ibidem*, p. 520-523.

<sup>210</sup> “Artículo 143. (...) 3. Será castigado con la pena de prisión de seis a diez años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte”.

<sup>211</sup> “Artículo 143. 1. El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años. 2. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona. (...)”.

<sup>212</sup> “Artículo 144. El que produzca el aborto de una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de tres a diez años. Las mismas penas se impondrán al que practique el aborto habiendo obtenido la anuencia de la mujer mediante violencia, amenaza o engaño”.

“Artículo 145. 1. El que produzca el aborto de una mujer, con su consentimiento, fuera de los casos permitidos por la ley será castigado con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de uno a seis años. El juez podrá imponer la pena en su mitad superior cuando los actos descritos en este apartado se realicen fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado. 2. La mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la ley, será castigada con la pena de multa de seis a veinticuatro meses. 3. En todo caso, el juez o tribunal impondrá las penas respectivamente previstas en este artículo en su mitad superior cuando la conducta se llevare a cabo a partir de la vigésima segunda semana de gestación”.

<sup>213</sup> “Artículo 417 bis. 1. No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: 1.ª Que sea necesario para

(iii) as lesões: abarcam a discussão de maior complexidade em relação à eficácia do consentimento. Isso porque é discutível a concepção da integridade física como interesse exclusivamente privado ou renunciável. Foi somente após a reforma legislativa de 1983 que restou consagrada a eficácia do consentimento em casos considerados significativos (transplante de órgãos, esterilizações, cirurgia transexual), o que foi mantido no Código Penal de 1995<sup>214</sup>.

Por fim, em relação aos requisitos, exige-se<sup>215</sup>:

(i) capacidade natural de discernimento, o que significa que basta que o sujeito tenha condições de entender o significado e as consequências essenciais do seu consentimento. Não há previsão de uma faixa etária específica. Apesar disso, alguns casos exigem determinada idade. Isto é, será necessário verificar as presunções previstas na legislação. É o que ocorre em caso de abuso sexual (maior de treze anos) ou em relação à integridade física (maior de idade);

---

*evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso. 2.ª Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado. 3.ª Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. 2. En los casos previstos en el número anterior, no será punible la conducta de la embarazada aún cuando la práctica del aborto no se realice en un centro o establecimiento público o privado acreditado o no se hayan emitido los dictámenes médicos exigidos”.*

<sup>214</sup> “Artículo 155. En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados. No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o un incapaz.

Artículo 156. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz; en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales. Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz”.

<sup>215</sup> MIR PUIG, *op. cit.*, p. 524-526.

(ii) manifestação, ou seja, é fundamental que o consentimento seja expressado pelo titular do bem jurídico, de qualquer modo, desde que seja reconhecível (teoria da direção intermediária);

(iii) conhecimento por parte do agente. Isto é, para que o consentimento produza seus efeitos, deverá o agente ter prévio conhecimento. Caso o consentimento seja válido e o autor não tenha conhecimento a seu respeito, será hipótese de crime impossível. Em relação ao consentimento justificante, vale alertar para a necessidade do elemento subjetivo de justificação; bem como,

(iv) ausência de coação, fraude ou erro, uma vez que representam vício de vontade.

Na doutrina, destacam-se as obras de Jacobo López Barja de Quiroga (“*El consentimiento en derecho penal*”) e de María José Segura García (“*El consentimiento del titular del bien jurídico en derecho penal*”).

Este último, a respeito do direito vigente, dispõe:

*Por lo que se refiere a la contemplación legal de la cuestión del consentimiento, el Código penal de 1995 ha optado, al igual que todos sus predecesores históricos, por no recoger, de forma general y expresa, el consentimiento entre las causas de exención de responsabilidad criminal. Esta misma línea político-criminal es la seguida por el Código penal alemán y por el Código penal francés, aunque hay otros textos legales, en cambio, que sí recogen, de forma expresa, la eficacia eximente del consentimiento, como es el caso del Código penal italiano o el del Código penal portugués<sup>216</sup>.*

Em seguida, adverte ainda que tal ausência de referência expressa não impede a regulamentação especial em relação a determinados temas na Parte Especial, de modo a regulamentar a eficácia e os efeitos do consentimento do ofendido, tal como ocorre na Espanha e em outros tantos países<sup>217</sup>.

É bem verdade. No entanto, não se pode negar que a própria divergência doutrinária a respeito da natureza jurídica do instituto, seus requisitos etc. dificulta sua aplicação.

Desta forma, nota-se que, muito embora desenvolvida a doutrina sobre o

---

<sup>216</sup> SEGURA GARCÍA, María José. *El consentimiento del titular del bien jurídico en derecho penal: naturaleza y eficacia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 18.

<sup>217</sup> *Ibidem, loc. cit.*

consentimento, a legislação penal espanhola pouco acrescenta, ao menos de forma geral, em relação ao regramento do instituto do consentimento do ofendido – tal como ocorre no Brasil.

#### 4.4 O DIREITO ALEMÃO

É exatamente o mesmo que ocorre no direito penal alemão. O *Strafgesetzbuch* (*StGB*), Código Penal alemão, não versa sobre o consentimento do ofendido em sua Parte Geral<sup>218</sup>.

Deste modo, são a doutrina e a jurisprudência que sistematizam a sua aplicação, tendo em vista a teoria da imputação objetiva.

Assim como no direito português, a posição majoritária da doutrina alemã também adota a teoria dualista, conforme já abordado (confira-se o item 3.4). Assim, distingue-se o consentimento do ofendido do acordo, conforme o modelo dualista de Friedrich Geerds.

Vale destacar que o não detalhamento sobre o tema – de forma geral – no direito positivo alemão decorre do seu próprio sistema, diferente do brasileiro. Assim, trata-se de ordenamento desenvolvido quanto à matéria, sendo ampla a sua aplicação na jurisprudência (tanto do instituto do consentimento do ofendido, bem como da autocolocação da vítima em risco).

Isso porque com a aplicação da teoria da imputação objetiva, ocorreu a redescoberta da vítima e da relevância do seu papel perante o crime, realidade ainda muito distante da nossa<sup>219</sup>.

Ainda de acordo com a doutrina, observa-se que o consentimento, no Direito Penal alemão, encontra fundamento sob o ponto de vista jurídico-consuetudinário como consequência do direito de autodeterminação individual, bem como em razão da previsão jurídico-constitucional de liberdade de ação, nos termos do artigo 2 do *Grundgesetz* (*GG*),

---

<sup>218</sup> CÓDIGO Penal alemão. Versão em espanhol. Trad. de Claudia López Diaz. Disponível em: <[http://www.juareztares.com/textos/leis/cp\\_de\\_es.pdf](http://www.juareztares.com/textos/leis/cp_de_es.pdf)>. Acesso em 28 mar. 2013.

<sup>219</sup> GRECO; RASSI, *op. cit.*, p. 72.

Constituição alemã <sup>220</sup>.

A exemplo do que ocorre na Espanha, em relação a alguns temas, o consentimento aparece expressamente na Parte Especial do Código Penal alemão. Isso porque, como esclarece Hans-Heinrich Jescheck, muito embora tais bens jurídicos sejam individuais, entende-se que ocupam uma posição especial <sup>221</sup>.

É o que se verifica em relação:

(i) Aos crimes contra a vida: nos quais se observa que não é causa de justificação o consentimento para o próprio homicídio, executado de maneira dolosa. E isso fica claro quando da leitura do § 216 do *StGB* <sup>222</sup>. O mesmo pode ser dito em relação ao crime de abandono <sup>223</sup>. Isto é, o consentimento para a colocação em perigo da própria vida também carece de eficácia justificante <sup>224</sup>;

(ii) Ao aborto (especificamente): neste caso, o consentimento terá eficácia tão somente se tratar-se de recomendação médica, nos termos do § 218<sup>a</sup> (2) do *StGB* <sup>225</sup>, ou diante de outra

<sup>220</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal ...*, op. cit., p. 512.

<sup>221</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Colmares, 2002, p. 406.

<sup>222</sup> “§ 216. Homicidio a petición (1) Si alguien ha pedido a otro que lo mate por medio de expresa y seria petición del occiso, entonces debe imponer pena privativa de la libertad de seis meses a cinco años. (2) La tentativa es punible”. Disponível em: «[http://www.juareztavares.com/textos/leis/cp\\_de\\_es.pdf](http://www.juareztavares.com/textos/leis/cp_de_es.pdf)», p. 79. Acesso em: 03 mar. 2014.

<sup>223</sup> “§ 221. Abandono.

(1) *Quien*

1. ponga a una persona en situación de desamparo, o

2. la abandone en situación de desamparo aunque este bajo su custodia o este obligado de otra manera para asistirle y la exponga de esta forma al peligro de muerte o a un grave perjuicio de salud, será castigado con pena privativa de la libertad de tres meses hasta cinco años o con multa.

(2) *la pena privativa de la libertad será de uno a cinco años cuando el autor*

1. cometa el hecho contra su hijo o una persona que le es encomendada para la educación o formación o,

2. le cause un grave perjuicio de salud a la víctima a causa del hecho

(3) *Si el autor causa la muerte de la víctima a través del hecho, entonces la pena es pena privativa de la libertad no inferior a tres años.*

(4) *En casos menos graves del inciso 2 se impondrá pena privativa de la libertad de seis meses a cinco años; en casos menos graves del inciso 3 se impondrá pena privativa de la libertad de un año hasta cinco años*”. Disponível em: «[http://www.juareztavares.com/textos/leis/cp\\_de\\_es.pdf](http://www.juareztavares.com/textos/leis/cp_de_es.pdf)», p. 81. Acesso em: 03 mar. 2014.

<sup>224</sup> JESCHECK, op. cit., p. 406.

<sup>225</sup> “§ 218a. No punibilidad de la interrupción del embarazo.

das hipóteses legais. Caso contrário, não terá força justificante, sendo ineficaz o consentimento da gestante;

(iii) às lesões: também são consideradas de forma especial, tendo em vista que a saúde é tida como valor insubstituível<sup>226</sup>. Assim, deve-se considerar o disposto no § 228 do *StGB*<sup>227</sup>. Mais uma vez nota-se presente a ideia de respeito aos bons costumes. De acordo com Claus Roxin:

*Jurídicoconstitucionalmente es posible tal limitación de la facultad de disposición, puesto que según el art. 2 I GG, en el que se basa la eficacia del consentimiento, la libertad general de acción solo está garantizada hasta el límite de los derechos ajenos, del ordenamiento constitucional y de la ley moral. Sin embargo, non se puede extraer de ello un salvoconducto para restricciones de la facultad de disposición por motivos puramente morales. Pues la 'ley moral' a la que se refiere el art. 2 I GG, habrá que entenderla en el sentido que con ella sólo se alude a los principios éticos cuya lesión cause daño social*<sup>228</sup>.

Como já aludido, a jurisprudência alemã sobre o assunto é rica. Ainda em relação às lesões, pode-se citar como exemplo caso referente à esterilização (*BGHSt* 20, 81), no qual o consentimento foi considerado eficaz pelo *Bundesgerichtshof* (*BGH*) – Tribunal

---

(1) *El tipo penal del § 218 no se realiza cuando: 1. la embarazada solicita la interrupción del embarazo y le ha demostrado al médico por medio de un certificado según el § 219 inciso 2 frase 2, que ella se ha dejado asesorar por lo menos tres días antes de la intervención 2. la interrupción del embarazo es practicada por un médico, y 3. desde la concepción no han transcurrido más de doce semanas.*

(2) *La interrupción del embarazo practicada por un médico con consentimiento de la embarazada no es antijurídica cuando de acuerdo con el conocimiento médico sea necesaria la interrupción para eliminar un peligro para la vida de la embarazada y el peligro de un perjuicio muy grave para su salud física o anímica, y éste peligro no pueda ser eliminado de otra manera exigible para ella.*

(3) *Los presupuestos del inciso 2, se dan como cumplidos también en el caso de una interrupción del embarazo que ha sido practicado por un médico con consentimiento de la embarazada cuando según dictamen médico, se ha cometido contra la embarazada uno de los hechos antijurídicos según los §§ 176 a 179 del Código Penal y existan razones fundadas para la creencia de que el embarazo se fundamenta en el hecho y que desde la concepción no han transcurrido más de doce semanas.*

(4) *La embarazada no se castigara de acuerdo con el § 218, cuando la interrupción del embarazo haya sido practicada después de asesoramiento (§ 219) de un médico y desde la concepción no hayan transcurrido más de 22 semanas. El tribunal puede prescindir del castigo según el § 218 cuando la embarazada al tiempo de la intervención se hubiera encontrado en especial situación de apremio".* Disponível em: <[http://www.juareztavares.com/textos/leis/cp\\_de\\_es.pdf](http://www.juareztavares.com/textos/leis/cp_de_es.pdf)>, p. 79. Acesso em: 03 mar. 2014. Grifos nossos.

<sup>226</sup> JESCHECK, *op. cit.*, p. 406.

<sup>227</sup> “§ 228. Consentimiento. Quien efectúe una lesión personal con consentimiento del lesionado, entonces solo actúa antijurídicamente, cuando el hecho a pesar del consentimiento vaya en contra de las buenas costumbres”. Disponível em: <[http://www.juareztavares.com/textos/leis/cp\\_de\\_es.pdf](http://www.juareztavares.com/textos/leis/cp_de_es.pdf)>, p. 83. Acesso em: 03 mar. 2014.

<sup>228</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal ...*, *op. cit.*, p. 529-530.

Federal alemão, mesmo se tratando de intervenção irreversível. Isso porque houve uma supressão legal que regulamentava a esterilização (dos tempos de Hitler). Trata-se de argumento rechaçado pela doutrina, que considera que o enquadramento da situação nos crimes de lesão deve ser afastado pela inexistência de contrariedade aos bons costumes <sup>229</sup>.

Deve-se observar o importante é a moralidade ou não do fato e não do consentimento <sup>230</sup>.

Em relação à manifestação do consentimento, à possibilidade de revogação e aos vícios de consentimento, além do que já foi abordado em relação aos países anteriores, não se constatou nenhuma diferença doutrinária relevante para fins de registro. Isso parece se dever ao fato de que a ausência de estabelecimento de regras gerais acabou por induzir uma produção doutrinária a respeito dos requisitos, que dialoga entre os diferentes países, especialmente na Europa.

#### 4.5 O DIREITO DA AMÉRICA LATINA

A literatura latino-americana revela que os autores da região pouco têm se dedicado ao assunto, muito provavelmente, como bem assinala José Henrique Pierangeli, pelo fato de seus códigos, em sua grande maioria, não versarem, em sua Parte Geral, sobre o consentimento do ofendido <sup>231</sup>.

Especificamente em relação à Argentina, prevalece o entendimento doutrinário de que o consentimento do ofendido pode ser causa de justificação de um ato formalmente ilícito, com consequências no âmbito penal (afastamento da responsabilidade do agente), bem como no civil (com a isenção da obrigação de indenizar). No entanto, nem o Código Civil, nem o Penal, nem nenhuma outra lei de caráter geral possuem referência explícita ao consentimento como justificante do ilícito <sup>232</sup>.

Assim, as referências ao consentimento como causa justificante podem ser observadas na Parte Especial do Código (expressa ou implicitamente): sejam aquelas

---

<sup>229</sup> *Ibidem*, p. 531.

<sup>230</sup> *Ibidem*, p. 532.

<sup>231</sup> PIERANGELLI, *op. cit.*, p. 87.

<sup>232</sup> MESA, Marcelo J. López; CESANO, José Daniel. *Antijuridicidad y causas de justificación: contribuciones a su estudio desde las ópticas civil y penal*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2010, p. 403.



hipóteses nas quais é a ausência de consentimento do ofendido que configuram a ilicitude, tal como se verifica no delito de rapto (art. 130<sup>233</sup>), na violação de domicílio (art. 150<sup>234</sup>) e na usurpação (art. 181<sup>235</sup>); sejam, ao contrário, os casos nos quais se declara expressamente que a ilicitude do fato existe ainda que presente o consentimento, por exemplo, o crime de aborto (art. 85<sup>236</sup>) e de corrupção de menores (art. 125<sup>237</sup>).

Marcelo López Mesa elenca como requisitos do consentimento eficaz<sup>238</sup>:

(i) capacidade do sujeito que consente o dano, destacando a necessidade de compreensão da situação que é consentida. Especificamente em relação à questão do marco etário, para fins penais, o referido doutrinador explica: *“La edad de la imputabilidad penal marca, a mi juicio, en estos casos, el inicio de la relevancia de la opinión del menor, que no puede per*

---

<sup>233</sup> “Artículo 130. Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que sustrajere o retuviere a una persona por medio de la fuerza, intimidación o fraude, con la intención de menoscabar su integridad sexual.

*La pena será de seis meses a dos años, si se tratare de una persona menor de dieciséis años, con su consentimiento. La pena será de dos a seis años si se sustrajere o retuviere mediante fuerza, intimidación o fraude a una persona menor de trece años, con el mismo fin”.*

<sup>234</sup> “Artículo 150. Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, si no resultare otro delito más severamente penado, el que entrare en morada o casa de negocio ajena, en sus dependencias o en el recinto habitado por otro, contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho de excluirlo”.

<sup>235</sup> “Artículo 181. Será reprimido con prisión de seis meses a tres años:

*1º el que por violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad despojare a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes*

*2º el que, para apoderarse de todo o parte de un inmueble, destruyere o alterare los términos o límites del mismo; 3º el que, con violencias o amenazas, turbare la posesión o tenencia de un inmueble”.*

<sup>236</sup> “Artículo 85. - El que causare un aborto será reprimido:

*1º Con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer. 2º Con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si obrare con consentimiento de la mujer. El máximo de la pena se elevará a seis años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer”.*

<sup>237</sup> “Artículo 125. El que promoviere o facilitare la corrupción de menores de dieciocho años, aunque mediare el consentimiento de la víctima será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años.

*La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando la víctima fuera menor de trece años.*

*Cualquiera que fuese la edad de la víctima, la pena será de reclusión o prisión de diez a quince años, cuando mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, como también si el autor fuera ascendiente, cónyuge, hermano, tutor o persona conviviente o encargada de su educación o guarda”.*

<sup>238</sup> MESA; CESANO, *op. cit.*, p. 408-417.

*se disponer de bienes jurídicos suyos, pero que sí debe ser escuchado al respecto*”<sup>239</sup>;

E esta talvez seja a diferença mais relevante, no que diz respeito aos requisitos para o consentimento, em relação ao visto nos países europeus. Enquanto na Europa a idade da imputabilidade penal não aparece como marco para determinação de capacidade do consenciente, na América Latina a prevalência de tal referencial é patente.

(ii) expressão suficiente da vontade de consentir, no sentido de que a vontade deve ser percebida de forma inequívoca, o que significa que se permite até mesmo sua forma tácita, a não ser quando necessário observar as formalidades estabelecidas pela lei (tal como ocorre em relação a certos procedimentos médicos – art. 7 da Lei nº. 26.529<sup>240</sup>);

(iii) temporaneidade do consentimento. Isto é, o consentimento deve ser prévio (ou contemporâneo) à lesão do bem jurídico. Isso porque se entende que o consentimento posterior nada mais é do que o perdão daquele que sofre a conduta lesiva. Trata-se de característica com relação direta com a característica essencial da revogação, que pode ocorrer a qualquer tempo;

(iv) ausência de vícios. Para que produza efeitos, o consentimento deve ser conscientemente e livremente outorgado. Isso significa dizer que não pode ser viciado pelo erro, sendo imprescindível que o sujeito tenha noção da magnitude e da natureza da lesão. Também sinaliza que outros vícios, tal como a coação, possuem o condão de afastar sua eficácia; e, por fim,

(v) deve tratar-se de bem jurídico disponível: *“El consentimiento de la víctima sólo es penalmente frente a bienes disponibles; de otro modo, el consentimiento no disipa el injusto”*<sup>241</sup>.

A realidade é semelhante quando observada as legislações e as doutrinas do Chile

---

<sup>239</sup> *Ibidem*, p. 411.

<sup>240</sup> “Artículo 7º. Instrumentación. El consentimiento será verbal con las siguientes excepciones, en los que será por escrito y debidamente suscrito:

- a) Internación;
- b) Intervención quirúrgica;
- c) Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos;
- d) Procedimientos que implican riesgos según lo determine la reglamentación de la presente ley;
- e) Revocación”.

<sup>241</sup> MESA; CESANO, *op. cit.*, p. 413-414.

e da Colômbia, por exemplo.

São exceções: a Costa Rica e o México. Isso porque estes dois países dispõem expressamente e de forma geral sobre o consentimento. Vejamos:

Código Penal da Costa Rica.

*Artículo 26. No delinque quien lesiona o pone en peligro un derecho con el consentimiento de quien válidamente pueda darlo.*

Código Penal do México.

*Artículo 15. El delito se excluye cuando:*

*(...) III - Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:*

- 1. Que el bien jurídico sea disponible;*
- 2. Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y*
- 3. Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo;*

Em ambos os casos, portanto, trata-se o consentimento como causa de justificação.

A clara semelhança do modelo costa-riquenho com o italiano é anotada por José Henrique Pierangeli<sup>242</sup>. De fato, a mera leitura revela a aludida inspiração.

Já o modelo mexicano apresenta o consentimento em dispositivo mais detalhado, a semelhança do Código Penal português. Isso se deve à reforma do Código Penal Federal, publicada em 20 de agosto de 2009.

São estes últimos os referenciais mais adequados, no que diz respeito à estruturação legal, de forma a permitir que os principais parâmetros constem da Parte Geral do Código Penal.

---

<sup>242</sup> PIERANGELLI, *op. cit.*, p. 90.

## **5 O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO E O DIREITO PENAL BRASILEIRO**

Assim como a grande maioria dos países da América Latina, tal como visto acima, o Código Penal brasileiro não versa sobre o instituto do consentimento do ofendido em sua Parte Geral.

Apesar disso, quando observada a Parte Especial do Código, identificam-se diversas figuras penais nas quais o consentimento faz parte de sua estrutura típica, como um elemento normativo do tipo<sup>243</sup>.

Em outras normas, pode-se afirmar que esse elemento é implícito, sendo a observância do consentimento fundamental, tendo em vista a própria vitimodogmática. Importante lembrar que o dissenso faz parte da construção do injusto penal de toda norma penal incriminadora. Dessa forma, abordar-se-á os crimes que possuem relação mais íntima com o consentimento, de maneira a verificar como o instituto pode auxiliar na solução de diversas questões fáticas apresentadas no cotidiano.

### **5.1 O CÓDIGO PENAL**

#### **5.1.1 O Consentimento como Elemento Implícito**

O Título I da Parte Especial do nosso Código Penal versa sobre os crimes praticados contra a pessoa. Nesse caso, a possibilidade ou não do consentimento está fortemente vinculada à ideia de disponibilidade ou não do bem jurídico.

Com relação aos crimes contra a vida, percebe-se grande influência da bioética, sendo fundamental a realização de uma abordagem multidisciplinar. Vale relembrar o posicionamento de que, nesse caso, nem sempre o consentimento do portador do bem jurídico excluirá a tipicidade, visto que pode existir uma decisão precipitada ou influenciada por alterações psíquicas, devendo a vítima ser protegida de si mesma,

---

<sup>243</sup> GRECO. *A autocolocação ...*, op. cit., p. 92.

conforme exigem os próprios requisitos do consentimento do ofendido.

No âmbito médico, fundamental ainda a observância aos princípios da bioética (que servem não apenas aos crimes contra a vida, mas também contra a integridade física):

(i) Princípio da autonomia da vontade, o qual “*garante ao paciente o direito de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo nas hipóteses de iminente perigo de vida*”<sup>244</sup>;

(ii) Princípio da beneficência, que “*obriga o profissional da saúde a sempre agir em prol do bem-estar do doente, devendo utilizar de seus conhecimentos para fazer o bem ao paciente, não causando dor ou sofrimento e maximizando os benefícios*”<sup>245</sup>;

(iii) Princípio da não maleficência, que veda a prática de dano intencional ao paciente pelo profissional de saúde; e, por fim,

(iv) Princípio da justiça, segundo o qual deve haver “*uma repartição equânime dos benefícios, riscos e encargos proporcionados pelo serviço de saúde*”<sup>246</sup>.

Assim, em relação a casos polêmicos como a eutanásia<sup>247</sup> e a distanásia<sup>248</sup>, entende-se que somente poderiam ser cogitadas diante do raciocínio de disponibilidade do bem jurídico e a depender de como praticada a conduta. Em regra, restará configurado o crime de homicídio.

Lembre-se: mesmo em relação à distanásia, em regra rechaçada pela doutrina, importante a ponderação sobre a opinião do paciente para a sua própria definição. É o que ensina Débora Diniz

---

<sup>244</sup> SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 174

<sup>245</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>246</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>247</sup> Segunda a doutrina, trata-se do “*ato de privar a vida de outra pessoa acometida por uma afecção incurável, por piedade e em seu interesse, para acabar com os seus sofrimento e dor*”. Cf.: SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna ..., op. cit.*, p. 117.

<sup>248</sup> Para a doutrina, consiste no “*comportamento em que há um excesso do médico em lutar pela vida do paciente, verdadeira tenacidade traduzida na obstinação terapêutica, retardando inutilmente a morte natural do paciente através da utilização de métodos terapêuticos injustificáveis em pacientes que se encontrem em estado de morte iminente e irreversível*”. Cf.: SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna ..., op. cit.*, p. 128.

Não se define obstinação terapêutica em termos absolutos. Um conjunto de medidas terapêuticas pode ser considerado necessário e desejável para uma determinada pessoa e excessivo e agressivo para outra. Esta fronteira entre o necessário e o excesso nem sempre é consensual, pois o que há por trás desta ambiguidade são também diferentes concepções sobre o sentido da existência humana. Há casos de pessoas que, mesmo diante de situações irreversíveis e letais, desejam fazer uso de todos os recursos terapêuticos disponíveis para se manterem vivas. Outras pessoas definiram limites claros à medicalização de seu corpo, estabelecendo parâmetros que nem sempre podem estar de acordo com o que os profissionais de saúde considerariam como a conduta médica adequada e recomendada. O desafio ético para os profissionais da saúde, tradicionalmente treinados para sobrepor seu conhecimento técnico às escolhas éticas de seus pacientes, é o de reconhecer que as pessoas doentes possuem diferentes concepções sobre o significado da morte e sobre como desejam conduzir sua vida<sup>249</sup>.

Mais especificamente a ortotanásia, que consiste no

Comportamento do médico que, frente a uma morte iminente e inevitável, suspende a realização de atos para prolongar a vida do paciente, que o levariam a um tratamento inútil e a um sofrimento desnecessário, e passa a emprestar-lhe os cuidados paliativos adequados para que venha a falecer com dignidade<sup>250</sup>.

Deve-se entender como inexistente o crime de homicídio, privilegiando-se a autonomia e a liberdade individuais.

Lembre-se que o Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução CFM nº. 1.805/2006, determina que

Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal.

E não se diga que a referida resolução afronta o ordenamento jurídico-penal (configuração do crime de homicídio). Isso porque “*quando o médico pratica a ortotanásia não há dever legal de agir porque, apesar do seu dever de assistir ao paciente, carece da capacidade de agir exigida nos crimes omissivos impróprios, não havendo*

---

<sup>249</sup> DINIZ, Débora. Quando a morte é um ato de cuidado. In: *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 295-296.

<sup>250</sup> SANTORO. *Op. cit.*, p. 133.

*qualquer razão em submeter o paciente a um tratamento desumano (...)*<sup>251</sup>.

Com o direito penal moderno, o suicídio deixou de ser uma preocupação *per se*<sup>252</sup>. Porém, com relação à participação em suicídio, previsto no artigo 122 do Código Penal, tendo em vista o referido tipo incriminador, configura-se o crime.

Nesse sentido, Günther Jakobs, ao analisar a realidade alemã, defende que a descriminalização do suicídio deve ser paralela à descriminalização da participação em suicídio. Isso porque não há violência de um indivíduo contra o outro, não havendo, conseqüentemente, lesão a qualquer relação social, nem ato injusto<sup>253</sup>.

Outro crime muito relevante sobre o tema é o de lesão corporal, previsto no artigo 129 do Código Penal. Primeiramente, com relação ao bem jurídico em questão, qual seja, a integridade física, observe-se que não se trata de bem jurídico indisponível.

Apesar disso, não será sempre que o consentimento de seu portador excluirá a tipicidade quando houver lesão, exceto nos casos em que o consentimento não contrarie os bons costumes<sup>254</sup>. Muito embora a expressão seja criticável, os parâmetros desenvolvidos pela doutrina são importantes critérios e devem ser observados.

Há, na verdade, polêmica doutrinária (principalmente na Alemanha), onde é eficaz o consentimento, desde que a lesão não contrarie os bons costumes. Assim, considera-se eficaz o consentimento nas lesões sadomasoquistas, por exemplo. Isso por duas razões: primeiro, não há dano social; e, segundo, o legislador não reprovava tal conduta.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado para a realização de cirurgias em transexuais, cirurgias plásticas.

O direito desportivo também ganha relevo nesse ponto. Principalmente em relação aos esportes em que a violência é da sua essência (em contraposição aos esportes de modalidade de violência eventual). Como exemplo, pode-se citar o boxe. Dessa forma, as lesões desportivas são consideradas irrelevantes penais quando realizadas em esportes padronizados (necessidade de observação de suas regras), entendidos por toda a sociedade como práticas normais e adequadas. Para tanto, imprescindível que o participante consinta validamente (tendo em vista o risco normal da modalidade). Logo, o consentimento do

---

<sup>251</sup> *Ibidem*, p. 175.

<sup>252</sup> JAKOBS, Günther. *Suicídio, eutanásia e direito penal*. Barueri: Manole, 2003, p. 3.

<sup>253</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>254</sup> GRECO; RASSI, *op. cit.*, p. 94-95.

ofendido na violência desportiva consiste em uma causa de exclusão da tipicidade<sup>255</sup>.

Em relação ao Título II, que trata sobre os crimes contra o patrimônio, diversas são as considerações.

Inicialmente, importante lembrar que os bens patrimoniais são disponíveis por sua própria natureza. Além disso, são transmissíveis, podendo ser objeto de compra e venda, doação em pagamento, doação e empréstimo, já que o seu proprietário possui sobre eles o direito de uso, gozo e disposição<sup>256</sup>.

Assim, os crimes patrimoniais deveriam também permitir, por meio do consentimento da vítima, a exclusão da tipicidade, pois resguardam bens de interesse privado. Não há motivo para o legislador não permitir o afastamento da responsabilidade penal em um crime de furto, por exemplo, ou no crime de usurpação de águas, tendo em vista que em ambos os tipos apenas o interesse particular está em questão.

Não é o que ocorre nos crimes de roubo e de extorsão mediante sequestro. Isso porque ambos os tipos consistem em crimes complexos, ou seja, são compostos pela fusão de dois crimes. Na hipótese do roubo, tem-se a soma do furto com violência ou grave ameaça, e no caso da extorsão mediante sequestro, tem-se a extorsão e o crime de sequestro ou cárcere privado. Dessa forma, nota-se que não é atingido apenas o patrimônio da vítima, mas também sua integridade física ou sua liberdade pessoal, que são bens jurídicos personalíssimos. Logo, deve-se considerar as mesmas observações feitas em relação aos crimes contra a pessoa.

Quanto aos crimes de furto mediante fraude (artigo 155, parágrafo 4º, inciso II, Código Penal) e estelionato (artigo 171, Código Penal), observe-se que é justamente por causa do artil empregado que o agente criminoso obtém sucesso na sua empreitada criminosa. No entanto, isso ocorre de formas diferentes em cada um dos citados tipos. Com relação ao consentimento do ofendido, observa-se que no furto mediante fraude, o engodo é utilizado para reduzir o âmbito de vigilância da vítima (que não adere à conduta criminosa em si), ao passo que no estelionato, o artifício é empregado de maneira a induzir a vítima em erro. É justamente por causa dessa falsa apreciação da realidade que a vítima assente. Nesse sentido, seu consentimento é viciado. Observe-se, assim, que o

---

<sup>255</sup> CAPEZ, Fernando. *Consentimento do ofendido e violência desportiva: reflexos à luz da teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 189-191.

<sup>256</sup> GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação ...*, op. cit., p. 93-94.



consentimento no estelionato figura como um elemento implícito, conforme os preceitos da vitimodogmática.

O Título III refere-se aos crimes contra a propriedade imaterial. Considerável parte de seus artigos foi revogada pela Lei 9.279/1996, que dispõe sobre a propriedade industrial.

Sobre a violação de direito autoral (artigo 184, Código Penal), em sua modalidade qualificada (parágrafo 1º do referido dispositivo), a falta de autorização expressa do autor é elemento para a configuração do tipo. Mais uma vez, vê-se que o consentimento (nesse caso expresso) afasta o tipo.

Nos crimes contra a organização do trabalho, Título IV, impossível o consentimento do ofendido, posto ser o bem jurídico, na maior parte dos casos, coletivo, não passível de disposição pelo ofendido.

O mesmo ocorre em relação ao Título V, nos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos.

Assim, extremamente importante o capítulo que versa sobre o tráfico de pessoas. Principalmente o tráfico internacional, previsto no artigo 231 do Código Penal<sup>257</sup>.

A definição do tráfico de pessoas envolve diversas discussões internacionais há muito tempo, tais como a preocupação dos Estados com sua segurança nacional, suas fronteiras, manifestações de ativistas de direitos humanos e direitos das mulheres, as quais sinalizam apreensão com o tráfico de seres humanos (que consiste em uma grave violação do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos mais fundamentais)<sup>258</sup>.

O Aditivo a Convenção das Nações Unidas para o Combate ao Crime Organizado Transnacional relativo à Prevenção, Repressão e Punição ao Tráfico de Pessoas é o documento internacional mais recente sobre o tema. O Brasil é seu signatário, utilizando-o como pauta para combater o crime de tráfico de seres humanos.

Em seu artigo 3º há a definição do tráfico de pessoas:

(i) a expressão tráfico de pessoas consiste no recrutamento, no transporte, na transferência,

---

<sup>257</sup> Cf. RODRIGUES, Thaís de Camargo. *O tráfico internacional de pessoas para fim de exploração sexual e a questão do consentimento*. Dissertação de mestrado – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

<sup>258</sup> *Ibidem*, p. 163-164.

no alojamento ou no acolhimento de pessoas, através de ameaça ou do uso da força ou a de outras formas, quais sejam: coação, rapto, fraude, engano, abuso de autoridade ou situação de vulnerabilidade ou entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que exerça autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração inclui, ao menos, a exploração da prostituição ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravidão ou situação análoga, a servidão ou, ainda, a remoção de órgãos<sup>259</sup>;

(ii) o consentimento realizado pela vítima de tráfico de pessoas que sofra qualquer das explorações descritas na alínea *a* do artigo em comento será considerado irrelevante;

(iii) o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou, ainda, o acolhimento de uma criança com a finalidade de exploração serão considerados tráfico de pessoas mesmo que não estejam presentes os meios referidos na alínea *a* do artigo ora analisado.

A discussão, no âmbito do direito penal, gira em torno da sua legitimidade em incriminar determinadas condutas em face ao poder de autodeterminação de cada indivíduo e a disponibilidade dos seus direitos individuais. Nesse sentido, pode-se afirmar que a referida proteção é legítima, tendo em vista que a vítima, mesmo que não incapaz, encontra-se em alguma situação de fragilidade que a expõe mais facilmente a ação de indivíduos ou grupos, que se utilizam de tal condição para auferir vantagens.

Conforme já apontado, o tráfico de pessoas se desenvolve dentro de cada país e, no plano transnacional, apresenta-se de várias formas, auxiliando migrações clandestinas ou com aparente legalidade, para a prática de prostituição ou trabalho em péssimas condições. Logo, a identificação de situações como as descritas acima deve ocorrer em dois planos: no daqueles que promovem a condução das pessoas e no das próprias pessoas conduzidas, que muitas vezes estão em situação de irregularidade no país, como imigrante ilegal.

O *U.S. Immigration and Customs Enforcement (ICE)* lista alguns dos indícios dessa situação. Quando a pessoa não porta consigo seus documentos de identificação, que ficam em poder do transportador; quando a vítima foi aliciada para certa atividade, mas, na realidade, sua finalidade se revela outra; quando parte do salário prometido deve ser pago ao transportador; quando a vítima tenta escapar e é feita alguma ameaça pessoal ou a

---

<sup>259</sup> GRECO; RASSI, *op. cit.*, p. 164-166.

membros de sua família; quando a vítima pode entrar em contato com a sua família ou terceiros; quando a vítima é ameaçada pelo aliciador de deportação caso queira abandonar a atividade que exerce etc. Vê-se que tais hipóteses, quando reunidas com outros elementos, indicam a configuração do tráfico de pessoas<sup>260</sup>.

Antonio Rodrigues de Freitas Jr. aponta que, com relação ao tráfico de pessoas, sobre os predicados subjetivos da vítima, existem duas grandes categorias, quais sejam: o tráfico internacional de imigrante (realizado “*por via marítima, fluvial ou terrestre*”) e o tráfico genérico de “pessoas”, principalmente mulheres e crianças, com o uso dos meios indicados no art. 3º do Protocolo Adicional II. Com relação ao meio empregado, o aditivo aponta que pode ser violento, insidioso ou simplesmente ilegal, capaz de caracterizar o tráfico de migrantes. Por fim, quanto os fins do agente, distinguem-se duas situações. Sobre o tráfico de imigrantes, almeja-se a obtenção “*direta ou indireta de benefício financeiro*”. Já no tráfico de pessoas, a intenção é sujeitar a vítima à prostituição, ao trabalho escravo, à remoção de órgãos etc. Dessa forma, ao distinguir a finalidade do tráfico de imigrantes e do tráfico de pessoas, o autor destaca:

Um viés que se expressa mediante o contraste entre os dois Protocolos Adicionais a Palermo, qual seja, o de que a criminalização do tráfico de migrantes obedece mais a uma lógica de proteção à higidez dos limites de fronteira e de regularidade migratória, que propriamente à de coibir a exploração da pessoa do migrante, de regra exposto a situação de peculiar vulnerabilidade<sup>261</sup>.

Com relação ao comportamento da vítima, cumpre ainda salientar três diferentes situações relacionadas à sua capacidade de autodeterminação. A primeira diz respeito ao indivíduo que é aliciado com falsas promessas e, logo após a revelação da situação não desejada, não consegue revertê-la, tendo em vista as circunstâncias. Nesse caso, não podemos cogitar a aplicação dos institutos da autocolocação da vítima em risco ou do consentimento, já que falta a manifestação da vontade livre e não viciada do indivíduo. A segunda refere-se ao sujeito que sabe da situação que o espera e aceita esta situação, mas por causa dos meios de coação exercidos, não pode abandoná-la. Por fim, o terceiro caso, no qual a pessoa sabe da situação que a espera e aceita tal condição, pois, ainda que não

---

<sup>260</sup> *Ibidem*, p. 166-167.

<sup>261</sup> FREITAS JR., Antonio Rodrigues de. Tráfico de pessoas e repressão ao crime organizado. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*. Disponível em: <<http://www.iedc.org.br/REID/arquivos/00000086-01.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2013.

digna, a condição de vida será melhor do que na sua região de origem. Dessa forma, no segundo e no terceiro caso, faz-se necessário verificar a aceitação da vítima em relação às novas condições de vida, se livre e consciente, em caráter inicial ou permanente, pois ao assumir os riscos em casos desse tipo, resta excluído o crime de tráfico de pessoas. Logo, é possível a incidência dos dois institutos, tanto a autocolocação da vítima em risco (quando houver aceitação hipotética de desvio de finalidade e a vítima souber que isso pode ocorrer), quanto o consentimento sobre o próprio transporte e a condição de vida aceita após ele<sup>262</sup>.

Vale ressaltar que, por outro lado, existe a situação de proteção legal ao fragilizado ou vulnerável em sentido amplo. Nesse sentido, pouco importa o bem jurídico tutelado pelo crime de tráfico de pessoas. Tem-se de um lado o indivíduo maior e capaz que assume o risco ou consente e, de outro, a especial incriminação da lei à condução de pessoas para o exercício da prostituição (que consiste em finalidade lícita, já que em si mesma não configura crime).

Por fim, há também a possibilidade de um sujeito, intencionalmente, utilizar-se da estrutura de transporte de pessoas para seu interesse pessoal, para o tráfico de drogas ou até mesmo para ingressar de forma irregular em determinado país.

Tendo em vista as diferentes possibilidades descritas acima, bem como as circunstâncias jurídicas aparentemente conflitantes, autonomia da vontade da pessoa maior e capaz na autocolocação da vítima em risco e no consentimento, a incriminação de condutas que são atos preparatórios para fins lícitos, a solução está na identificação se o indivíduo possui condição de assumir o risco ou consentir, ou seja, na qualidade de quem é o objeto do deslocamento, não devendo estar em situação de fragilidade que justifique a própria configuração do crime de tráfico de pessoas.

Antes da Lei n. 11.106/2005, poder-se-ia pensar também no rapto violento (artigo 219 do Código Penal - atualmente revogado), o qual se exigia que fosse praticado contra a vontade da mulher, de forma que o seu consentimento afastava a tipicidade por absoluta impossibilidade de adequação da conduta à figura mencionada<sup>263</sup>.

O Título VII dispõe sobre os crimes contra a família. Observa-se, nesse caso, a indisponibilidade do bem jurídico, tendo em vista o interesse estatal em manter o núcleo

---

<sup>262</sup> GRECO; RASSI, *op. cit.*, p. 167-168.

<sup>263</sup> *Ibidem*, p. 92.

familiar como base da sociedade. Nesse sentido, destaque-se o artigo 226 da Constituição Federal.

O Título VIII, “dos crimes contra a fé pública”; o Título IX, “*dos crimes contra a paz pública*”; o Título X, “*dos crimes contra a fé pública*”; e o Título XI, “*dos crimes contra a administração pública*” possuem normas incriminadoras insuscetíveis ao consentimento do ofendido. Isso porque possuem bens jurídicos públicos, que são indisponíveis, portanto.

### 5.1.2 O Consentimento como Elemento Normativo do Tipo

Nestes casos, a própria construção do tipo penal, ao inserir o consentimento como elemento normativo do tipo, acaba por facilitar a discussão, que não deixa margem de dúvidas quanto à sua natureza jurídica.

Nesse sentido, deve-se pontuar:

Em primeiro lugar, sobre o crime de aborto consentido pela gestante, disposto no artigo 126 do Código Penal, observe-se que o seu consenso consiste em elemento essencial do tipo<sup>264</sup>. No entanto, neste caso, a hipótese fática não gera o desaparecimento da tipicidade, mas tão somente atenua a pena, em razão da construção típica.

O delito de violação de domicílio, previsto no artigo 150 do Código Penal, no qual o dissenso do titular do bem jurídico no ingresso ou na permanência do agente em sua casa ou em dependência desta é fundamental para a sua configuração. Trata-se de elemento normativo do tipo<sup>265</sup>.

O mesmo ocorre em relação ao consentimento do titular nos crimes de violação de correspondência (artigo 151, do Código Penal) e de inviolabilidade de segredos (artigo 153, do Código Penal).

E, por fim, os crimes previstos no Título VI, contra a dignidade sexual, no qual o tema adquire ainda maior relevo. Isso porque em tais crimes o dissenso é justamente a base para a construção do injusto penal.

---

<sup>264</sup> GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação ...*, op. cit., p. 92.

<sup>265</sup> *Ibidem*, p. 92.

Destaque especial para o capítulo dedicado a proteção do vulnerável (artigos 217-218-B, Código Penal). Ocorre que, em cada uma das hipóteses legais apontadas acima, o significado do termo “vulnerável” varia. Dessa forma, juridicamente, vê-se que o termo utilizado é polissêmico ou plurívoco, apresentando conceitos distintos. Tal fato evidencia falta de técnica legislativa e acaba por gerar maior dificuldade de interpretação e aplicação da lei. Faz-se necessário, portanto, analisar cada uma das situações.

A vulnerabilidade pode corresponder, portanto, ao menor de quatorze anos, ou de dezoito anos, ou o indivíduo que em razão da enfermidade ou da doença mental não tem discernimento para consentir, ou ainda, aquele que mesmo sendo maior e capaz esteja em situação de fragilidade tamanha que consente em ser objeto do tráfico de pessoas<sup>266</sup>.

A natureza jurídica da vulnerabilidade também irá variar de acordo com o seu significado. De forma resumida, podemos afirmar que a vulnerabilidade (nas hipóteses relacionadas ao consentimento) pode ser entendida como: capacidade de compreensão (artigo 217-A, *caput*, bem como o seu §1º; e artigo 218-B, última parte) ou vício do consentimento (artigo 218-B, primeira parte, artigo 231, e a alínea *b*, do artigo 3º do aditivo à Convenção das Nações Unidas para o Combate ao Crime Organizado Transnacional). Percebe-se que nesses crimes o legislador, por meio de uma presunção, impede a livre e responsável decisão da vítima, declarando no próprio tipo a ineficácia do seu consentimento.

## 5.2 AS LEIS PENAIS ESPARSAS

Também algumas leis penais esparsas merecem destaque quanto ao tema.

A Lei n. 9.263/1996, que versa sobre o planejamento familiar. Isso porque se trata de norma que criminaliza a realização de esterilização cirúrgica em desacordo com o estabelecido no art. 10<sup>267</sup> da própria lei, a qual, dentre seus requisitos, exige o expresse e

---

<sup>266</sup> GRECO; RASSI, *op. cit.*, p. 99-100.

<sup>267</sup> “Art. 10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações:

*I - em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce;*

formal consentimento daquele que se submete ao procedimento cirúrgico, nos termos do art. 15<sup>268</sup>.

Verifica-se aqui, que o consentimento é elemento fundamental, visto que a sua ausência ou seu desacordo com as formalidades previstas na lei tornam a conduta daquele que realiza a esterilização crime.

Pode-se elencar como requisitos legais específicos para o consentimento eficaz neste caso:

(i) Consentimento informado. Trata-se de expressão largamente utilizada na área da saúde e que possui o principal escopo de ressaltar a expressão da autonomia dos pacientes. Nas palavras de Joaquim Clotet

---

*II - risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro concepto, testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos.*

**§ 1º É condição para que se realize a esterilização o registro de expressa manifestação da vontade em documento escrito e firmado, após a informação a respeito dos riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldades de sua reversão e opções de contracepção reversíveis existentes.**

*§ 2º É vedada a esterilização cirúrgica em mulher durante os períodos de parto ou aborto, exceto nos casos de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores.*

**§ 3º Não será considerada a manifestação de vontade, na forma do § 1º, expressa durante ocorrência de alterações na capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental temporária ou permanente.**

*§ 4º A esterilização cirúrgica como método contraceptivo somente será executada através da laqueadura tubária, vasectomia ou de outro método cientificamente aceito, sendo vedada através da histerectomia e ooforectomia.*

**§ 5º Na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges.**

**§ 6º A esterilização cirúrgica em pessoas absolutamente incapazes somente poderá ocorrer mediante autorização judicial, regulamentada na forma da Lei.**” (Grifos nossos).

<sup>268</sup> “Art. 15. Realizar esterilização cirúrgica em desacordo com o estabelecido no art. 10 desta Lei.

*Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, se a prática não constitui crime mais grave.*

*Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço se a esterilização for praticada:*

*I - durante os períodos de parto ou aborto, salvo o disposto no inciso II do art. 10 desta Lei.*

*II - com manifestação da vontade do esterilizado expressa durante a ocorrência de alterações na capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental temporária ou permanente;*

*III - através de histerectomia e ooforectomia;*

*IV - em pessoa absolutamente incapaz, sem autorização judicial;*

*V - através de cesária indicada para fim exclusivo de esterilização”.*

Trata-se de uma decisão voluntária, verbal ou escrita, protagonizada por uma pessoa autônoma e capaz, **tomada após um processo informativo**, para a aceitação de um tratamento específico ou experimentação, ciente de seus riscos, benefícios e possíveis consequências<sup>269</sup>.

Nesse sentido, a própria lei destaca tomada de decisão deve ocorrer “*após a informação a respeito dos riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldades de sua reversão e opções de contracepção reversíveis existentes*”. Isso como forma de preservar a realização da autonomia do paciente, garantindo-lhe as informações necessárias para que disponha de forma responsável;

(ii) Expresso formalmente. A observação é fundamental, vez que, em regra, não se exige que o consentimento seja expresso de maneira formal, como já visto. É o que ensina Livia Haygert Pithan, que explica que o termo de consentimento (documento escrito) geralmente é restrito aos casos de procedimentos invasivos ou situações extraordinárias<sup>270</sup>;

(iii) Capacidade de discernimento. Tal como se exige para qualquer consentimento. Assim, “*alterações na capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental temporária ou permanente*” afastam a eficácia do consentimento;

(iv) Consentimento expresso também do cônjuge, caso o consenciente seja casado. Trata-se de previsão que revela a preocupação com a manutenção do matrimônio.

No entanto, ainda que possa parecer louvável a preocupação do legislador, trata-se de decisão de foro íntimo e relacionada a bem jurídico individual. Por isso, entende-se que, neste ponto, caminhou mal a legislação.

Não por outra razão, a Associação Nacional de Defensores Públicos ingressou com Ação Direta de Inconstitucionalidade especificamente em relação ao conteúdo do parágrafo 5º do art. 10 da Lei n. 9.263/96, ponderando que:

A exigência aqui trazida vai de encontro à liberdade de escolha e de disposição do próprio corpo, à autonomia privada e à dignidade humana (artigo 1º, III, e artigo 5º, caput, da Constituição Federal), bem como ao conteúdo do artigo 226,

<sup>269</sup> CLOTET, Joaquim. *Bioética: uma aproximação*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 228. (Grifos nossos).

<sup>270</sup> PITHAN, Livia Haygert. O consentimento informado como exigência ética e jurídica. In: CLOTET, Joaquim; FEIJÓ, Anamaria; OLIVEIRA, Marília Gerhardt de (coord.). *Bioética: uma visão panorâmica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. p. 138.



§7º da nossa Constituição<sup>271</sup>;

(v) Autorização judicial para os absolutamente incapazes. Isso como forma de preservá-los. Lembre-se: o consentimento emanado por incapaz não produz efeitos.

Verifica-se, portanto, que é detalhada a previsão legal em relação ao consentimento nos procedimentos de esterilização voluntária, o que parece adequado, tendo em vista o procedimento em questão.

A Lei n. 9.434/1997 trata sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Logo, está diretamente relacionada com o consentimento.

Com relação à disposição *post mortem* de tecidos, órgãos e partes do corpo humano para fins de transplante, o artigo 4º determina a necessidade de autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento assinado por duas testemunhas presentes à verificação da morte.

Já em relação à disposição de tecidos, órgãos e partes do corpo humano vivo para fins de transplante ou tratamento, prevê o artigo 9º<sup>272</sup>.

Quanto à forma, exige-se autorização específica, de preferência por escrito e assinada por testemunhas (parágrafo 4º, art. 9º, da referida lei). A revogação é possível a qualquer tempo (parágrafo 5º do mesmo dispositivo).

Quando o indivíduo for indivíduo juridicamente incapaz, com compatibilidade imunológica comprovada, poderá fazer doação nos casos de transplante de medula óssea, desde que haja consentimento de ambos os pais ou seus responsáveis legais e autorização judicial e o ato não oferecer risco para a sua saúde (parágrafo 6º).

O parágrafo 8º ainda do mesmo dispositivo legal trata sobre o autotransplante. Assim, exige apenas o consentimento do próprio indivíduo, registrado em seu prontuário

---

<sup>271</sup> Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/nConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4542708>. Acesso em: 06.08.2014.

<sup>272</sup> “Art. 9º É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4º deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea.”

médico ou, se ele for juridicamente incapaz, de um de seus pais ou responsáveis legais.

Nas disposições complementares, exige-se do receptor o consentimento expresso próprio ou de terceiro para transplante ou enxerto (artigo 10, *caput*, parágrafo 1º e parágrafo único da referida lei).

Na hipótese de não observância dessas disposições, configurar-se-á crime, de acordo com o estabelecido no artigo 14 da lei. Vê-se que o consentimento é essencial e a sua ausência acarreta na configuração do delito.

A Lei n. 9.605/1998, por sua vez, dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Em que pese ser o meio ambiente um bem jurídico difuso e, portanto, indisponível, há na própria lei uma exceção, na qual o consentimento faz parte da construção do tipo penal. Recentemente, a Lei 12.408/2011 alterou a Seção IV, a qual aborda os crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural, mais especificamente o seu artigo 65<sup>273</sup>.

Dessa maneira, sendo o bem privado, torna-se possível o consentimento por parte de seu titular à prática de grafite realizado por terceiro, com o objetivo de valorizar o seu patrimônio. Diante do consentimento, inexistente o crime descrito acima. Busca-se, com isso, reconhecer o grafite como forma de manifestação artística, bem como observar o próprio princípio do respeito à propriedade privada (artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal).

Por fim, a Lei n. 11.105/2005, conhecida como Lei de Biossegurança, também está relacionada com o instituto do consentimento. Isso porque, ao permitir, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, exige o consentimento dos genitores (em seu artigo 5º, parágrafo 1º). Caso essa disposição não seja observada, resta configurado o crime previsto no artigo 24 da mesma lei.

Nota-se, ante o exposto, que tais previsões no nosso ordenamento jurídico não são

---

<sup>273</sup> “Art. 65. Pichar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano:

*Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.*

§ 1º *Se o ato for realizado em monumento ou coisa tombada em virtude do seu valor artístico, arqueológico ou histórico, a pena é de 6 (seis) meses a 1 (um) ano de detenção e multa.*

§ 2º *Não constitui crime a prática de grafite realizada com o objetivo de valorizar o patrimônio público ou privado mediante manifestação artística, desde que consentida pelo proprietário e, quando couber, pelo locatário ou arrendatário do bem privado e, no caso de bem público, com a autorização do órgão competente e a observância das posturas municipais e das normas editadas pelos órgãos governamentais responsáveis pela preservação e conservação do patrimônio histórico e artístico nacional”.* (Grifos nossos).

suficientes, havendo ainda diversos crimes relacionados ao tema sem qualquer disposição legal pertinente. Nesse sentido, tendo em vista a postura tradicional positivista dominante, muito importante seria a introdução do consentimento como instituto da Parte Geral do nosso Código, a fim de solucionar de maneira mais abrangente e efetiva o problema, como forma de política criminal legislativa.

Apesar da referida postura, nada impede a imediata aplicação do instituto, como política criminal judicial, adotando-se o funcionalismo. Assim, o consentimento deve ser entendido como um dos critérios da imputação objetiva. Isso porque o funcionalismo não afasta o finalismo (teoria bipartida do crime). Nesse sentido, primeiramente, deve-se fazer uma análise normativa objetiva e, num segundo momento, se for o caso, deve-se indagar a respeito do aspecto subjetivo, conforme já explanado. Dessa forma, não existe qualquer incompatibilidade, do ponto de vista legal.

Ora, a doutrina e a jurisprudência praticamente ignoram o instituto do consentimento. Tal situação, que não considera o papel exercido pela vítima (vitimodogmática), tendo em vista a sua participação na conduta criminosa, não pode persistir. Deve-se, portanto, incentivar as pesquisas sobre o assunto, de maneira a possibilitar maior embasamento técnico-científico para a sua aplicação.

Visa-se com isso aplicar de forma mais racional a pena, proporcionando soluções mais justas para os conflitos. Busca-se também respeitar o poder de autodeterminação de cada indivíduo (decorrente do próprio princípio da dignidade humana), sendo incompatível com a realidade atual uma postura paternalista por parte do Estado.

## CONCLUSÕES

Após o desenvolvimento do presente estudo, algumas conclusões podem ser lançadas a título de condensação das ideias expostas:

1 - A vitimologia é o ramo das ciências criminais atrelado à criminologia responsável pelo estudo das vítimas.

2 - A vítima é o indivíduo que sofre a conduta do agente criminoso. Suas diferentes espécies possibilitam uma tipificação mais adequada, contribuindo para a compreensão do caso concreto.

3 - O papel exercido pela vítima (vitimodogmática) não pode ser desconsiderado, tendo em vista a sua participação na conduta criminosa. Visa-se com isso aplicar de forma mais racional a pena, proporcionando soluções mais justas para os conflitos, o que possibilita inclusive a exoneração da responsabilidade do agente (e não apenas a atenuação de sua pena).

4 - O nosso ordenamento jurídico possui preocupação muito tímida com a vítima. Deve-se, portanto, buscar políticas criminais legislativas e judiciais que considerem os postulados vitimológicos e vitimodogmáticos, especialmente considerado o consentimento do ofendido no presente trabalho.

5 - O consentimento do ofendido consiste na maneira deste expressar sua vontade ao autorizar o agente à prática da conduta formalmente descrita no tipo incriminador.

6 - Tendo em vista a sua natureza jurídica (teoria unitária), o consentimento não deve ser diferenciado do acordo e sempre excluirá o tipo, ainda que o dissenso não seja um elemento do tipo penal em análise.

7 - O seu principal fundamento consiste no exercício do poder de autonomia (princípio da dignidade humana), nos termos do art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, bem como da liberdade de ação, conforme art. 5º da Constituição Federal.

8 - Para tanto, faz-se necessário que o seu objeto seja um bem jurídico disponível. Logo, os bens jurídicos coletivos não são passíveis de consentimento. Quanto aos individuais, deve-se considerar o caso concreto, observados os critérios acima assinalados.

9 - Especificamente em relação à vida, entende-se que se trata de bem jurídico disponível (assim como a integridade física). No entanto, alguns cuidados especiais são necessários, principalmente em relação à verificação da capacidade do consenciente, que geralmente estará em situação de vulnerabilidade. Tendo em vista a existência do crime de participação em suicídio no ordenamento jurídico-criminal pátrio, a princípio, o consentimento somente será considerado eficaz para a ortotanásia. Nas demais hipóteses, não poderá produzir efeitos.

10 - Imprescindível que todos os requisitos do consentimento sejam respeitados. Além da necessidade do bem jurídico ser disponível, devem ser observados os critérios relativos: à pessoa, que deve ser capaz; à sua forma, devendo a manifestação seguir a teoria intermediária; ao objeto, o qual compreende a ação e o resultado; bem como ao seu momento, sendo a revogação possível a qualquer tempo.

11 - Os vícios de vontade (erro, fraude e coação) afastam a aplicação do instituto do consentimento do ofendido. Lembre-se: no erro e na fraude deve-se considerar o grau de limitação do efetivo exercício de autonomia pelo consenciente (para que se verifique se são penalmente relevantes).

12 - As diversas tipologias são construções doutrinárias importantes, as quais facilitam não apenas o estudo teórico do instituto do consentimento do ofendido, mas também a sua aplicação, proporcionando a correta adequação ao caso concreto.

13 - O consentimento não deve ser confundido com a autocolocação em perigo da vítima. Haverá autocolocação em risco quando o indivíduo praticar condutas criadoras de um perigo a si mesmo ou ao se expor a um perigo causado por terceiro, ao passo que existirá consentimento do ofendido se a pessoa se expuser conscientemente ao perigo causado única e exclusivamente pelo terceiro.

14 - O direito penal comparado demonstra que o Brasil caminha muito lentamente em relação ao instituto do consentimento do ofendido. Isso porque, diferentemente dos outros ordenamentos jurídicos (principalmente em relação à Parte Geral dos Códigos italiano, português, costa-riquenho e mexicano), no caso pátrio inexistente qualquer previsão quanto à possibilidade do consentimento. Mesmo no caso da Alemanha ou da Espanha, que também não dispõem nada na Parte Geral do seu Código, o Brasil demonstra estar menos desenvolvido em relação ao tema, tendo em vista que nos referidos países europeus existe larga aplicação jurisprudencial do instituto (e do acordo, prevalecendo a teoria dualista).

15 - O nosso ordenamento possui diversas figuras penais nas quais o consentimento faz parte de sua estrutura típica. No entanto, tais previsões não são suficientes, havendo ainda diversos crimes relacionados ao tema sem qualquer disposição legal pertinente. Nesse sentido, em razão da postura tradicional positivista dominante, importante seria a introdução do consentimento como instituto da Parte Geral do nosso Código, a fim de solucionar de maneira mais efetiva o problema, respeitando o poder de autodeterminação das pessoas (decorrente do princípio da dignidade humana) e de liberdade de ação.

16 – Deve-se considerar, neste caso, a necessidade de detalhar os principais requisitos, quais sejam, natureza jurídica, objeto (bem jurídico disponível), modo de expressão, possibilidade de revogação e capacidade – tal como o exemplo português. Destaca-se especialmente a questão da capacidade, cuja doutrina e o direito comparado demonstram enorme diversidade de posicionamentos – o que também dificulta a aplicação do instituto. Assim, sugere-se a indicação de marco etário, a fim de facilitar a aplicação do instituto.

17 – Em que pese tal postura, nada impede a imediata aplicação do instituto, adotando-se o funcionalismo. Assim, o consentimento deve ser entendido como um dos critérios da imputação objetiva. Nesse sentido, primeiramente, deve-se fazer uma análise normativa objetiva e, num segundo momento, se for o caso, deve-se indagar a respeito do aspecto subjetivo.

18 – No que diz respeito à utilização da expressão “bons costumes”, utilizada em outros ordenamentos jurídicos como parâmetro para eficácia ou não do consentimento, considera-se que se trata de expressão inadequada à realidade atual. São a dignidade humana, entendida como poder de autodeterminação, bem como a liberdade de ação os principais

paradigmas para tal verificação.

## REFERÊNCIAS

- ALVES, Geraldo Magela. *Novo vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2006.
- AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura (coord.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.
- ANCEL, Marc. La défense sociale devant le problème de la victime. In: *RScC (Revue de science criminelle et de droit pénal comparé)*, Paris, n. 4, p. 184, 1978.
- ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra: Coimbra, 2004.
- \_\_\_\_\_. Consentimento em direito penal médico: o consentimento presumido. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 14, n. 1-2, p. 117-148, 2004.
- \_\_\_\_\_. A vítima e o problema criminal. In: *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, n. 31, p. 195-447, 1980.
- ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de derecho penal*. 5. ed. Buenos Aires: Losada, 1992.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Magalhães. São Paulo: Hemus, 1983.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2013. parte geral 1.
- BITTENCOURT, Edgard de Moura. Vitimologia como ciência. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, p. 143-146, 1963.
- \_\_\_\_\_. *Vítima*. São Paulo: Universitária de Direito, 1978.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos da personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- \_\_\_\_\_. A confusa exegese do princípio da insignificância. In: RASCOVSKI, Luiz (coord.). *Temas relevantes de direito penal e processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 237-252.
- BRAVO, Otávio. O consentimento do ofendido na teoria do direito e na teoria da pena. *O direito em movimento, Revista do Instituto Capixaba de Estudos*, Vitória, n. 2, p. 195-216, 2000.
- CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de política criminal: orientado para a vítima de crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais/Coimbra: Coimbra, 2008.
- CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho:*



estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. Barcelona: Bosh, 1998.

CAPEZ, Fernando. *Consentimento do ofendido e violência desportiva: reflexos à luz da teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2003.

CASTRO, José Nieves Luna. Los derechos de la víctima en el proceso penal contemporáneo: el caso del México en el derecho comparado. *Cuadernos de política criminal*, Madrid, n. 89, p. 181-223, 2006.

CHAVES, Virgínia Márcia Nepomuceno. A participação da vítima no crime. *MPMG jurídico*, Belo Horizonte, a. 2, n. 7, p. 47-49, 2006.

CLOTET, Joaquim. *Bioética: uma aproximação*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

CÓDIGO Penal alemão. Versão em espanhol. Trad. de Claudia López Diaz. Disponível em: <[http://www.juareztavares.com/textos/leis/cp\\_de\\_es.pdf](http://www.juareztavares.com/textos/leis/cp_de_es.pdf)>. Acesso em 28 mar. 2013.

DEL RE, Michele C.. Il consenso della vittima. In: FERRACUTI, Franco. *L'intervento medico e psicologico sul testimone, sull'imputato e sul condannato*. Milano: Giuffrè, 1990. p. 353-366.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. (1ª ed. brasileira). Portugal: Coimbra/São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. t. 1.

\_\_\_\_\_. *Temas básicos da doutrina penal – sobre os fundamentos da doutrina penal, sobre a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra, 2001.

DÍAZ-ARANDA, Enrique. El consentimiento en el derecho penal mexicano. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 49, n. 3, p. 1005-1020, 1996.

DINIZ, Débora. Quando a morte é um ato de cuidado. In: *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. 14. ed. São Paulo: Perspectiva, 1996.

ESER, Albin. *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

FARIA, Antônio Bento de. *Anotações teórico-práticas ao Código Penal do Brasil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1913. t. 1.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D.. *Bien jurídico y sistema del delito*. Buenos Aires: Julio César Faira, 2004.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Aurélio: o dicionário da língua portuguesa*. Curitiba: Positivo, 2008.

FREITAS JR., Antonio Rodrigues de. Tráfico de pessoas e repressão ao crime organizado. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*. Disponível em: <<http://www.iedc.org.br/REID/arquivos/00000086-01.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2013.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

\_\_\_\_\_. *A autocolocação da vítima em risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. Vítima, consentimento e imputação objetiva. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 1, p. 185-197, 2004.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *Lei de drogas anotada*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Aula proferida em 20 de março de 2013 ao curso de Pós Graduação do Departamento de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

\_\_\_\_\_. Crime: essência e técnica. In: *Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel*, São Paulo, v. 5, n. 21, p. 11-12, 2002.

\_\_\_\_\_. *Imputação objetiva: o que é isso?* Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur\\_id=972](http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur_id=972)>. Acesso em 02 jun. 2011.

\_\_\_\_\_. Tipicidade, bem jurídico e lavagem de valores. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais – visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 152-153.

\_\_\_\_\_; GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Direito penal e processual penal eleitoral: comentários aos crimes da Lei n. 4.737 (Código eleitoral), Lei complementar 64/90 (inegibilidade), e Lei n. 9.504/97 (eleições), no prelo*.

GRISPIGNI, Filippo. *La natura giuridica del consenso del'offeso*. Modena: Modenese, 1922.

\_\_\_\_\_. *Consenso dell'offeso*. Roma: Athenaeum, 1924.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

HASSEMER, Winfried. Consideraciones sobre a la víctima del delito. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 43, fasc. 1, p. 241-259, jan./abr. 1990.

\_\_\_\_\_; LARRAURI, Elena. *Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal*. Madrid: Tecnos, 1997.

HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como a pedra angular da norma penal. In: GRECO, Luis; LARA, Fernanda (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 57-75.

HENTIG, Hans. *The criminal and his victims*. New Haven: Yale University Press, 1948.

HUNGRIA, Néilson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

\_\_\_\_\_. *Fraude penal*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1934.

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. *Suicídio, eutanásia e direito penal*. Barueri: Manole, 2003.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Colmares, 2002.

LOBATO, José Danilo Tavares. O meio ambiente como bem jurídico e as dificuldades de

- sua tutela pelo direito penal. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 5, p. 54-84, set./dez. 2010.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El consentimiento en el derecho penal*. Madrid: Dykinson, 1999.
- LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Introducción a la imputación objetiva*. Colombia: Universidad Externado de Colombia – Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2000. (Colección de Estudios nº 5).
- LUCA, Heloisa Merotto de. O consentimento do ofendido à luz da teoria da imputação objetiva. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 100, p. 739-815, 2005.
- LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 2003.
- MAÑAS, Carlos Vico. Princípio da insignificância: excludente da tipicidade ou da ilicitude? In: SUANNES, Adauto Alonso Silvinho et al. *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 143-150.
- MARINHO, Renato Silvestre. *Princípio da autorresponsabilidade no direito penal*. Dissertação de mestrado – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.
- MARQUES, José Frederico. *Curso de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1956. v. 2.
- MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Dissertação de mestrado – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.
- MAYR, Eduardo [org.]; KOVOSKI, Ester; PIEDADE, Heitor Júnior. *Vitimologia em debate*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- MELLO, Maria Chaves de. *Dicionário jurídico inglês-português português-inglês*. 8. ed. São Paulo: Método, 2006.
- MESA, Marcelo J. López; CESANO, José Daniel. *Antijuridicidad y causas de justificación: contribuciones a su estudio desde las ópticas civil y penal*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2010.
- MIRABETE, Julio Fabrini; FABRINI, Renato N.. *Manual de direito penal*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 1.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 9. ed. Barcelona: Reppertor, 2011.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- NUNES, Rizzatto. *Manual da monografia jurídica: como se faz: uma monografia, uma dissertação, uma tese*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o direito penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- PASCHOAL, Nohara. *O estupro: uma perspectiva vitimológica*. Dissertação de mestrado – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho e Constitución*.

8. ed. Madrid: Tecnos, 2003.

PIERANGELLI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

PITHAN, Livia Haygert. O consentimento informado como exigência ética e jurídica. In: CLOTET, Joaquim; FEIJÓ, Anamaria; OLIVEIRA, Marília Gerhardt de (coord.). *Bioética: uma visão panorâmica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. p.135-152.

POLAINO-ORTS, Miguel. Alegato en favor de un tratamiento jurídico-penal unitario para los casos de acuerdo y consentimiento como causas de atipicidad. *Cuadernos de Política Criminal - CESEJ*, Madrid, n. 82, p. 163-204, 2004.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.

RIZ, Roland. *Il consenso dell'avente diritto*. Padova: Dott. Antonio Milani, 1979.

RODRIGUES, Thaís de Camargo. *O tráfico internacional de pessoas para fim de exploração sexual e a questão do consentimento*. Dissertação de mestrado – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general*. 2. ed. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. 1.

\_\_\_\_\_. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luis; LARA, Fernanda (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 179-209.

\_\_\_\_\_. *Novos estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco, Augusto Assis, Alaor Leite e Marina Coelho. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

\_\_\_\_\_. Sobre a discussão acerca da heterocolocação em perigo consentida. In: LEITE, Alaor (org.). *Novos estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco, Augusto Assis, Alaor Leite e Marina Coelho. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 129-151.

SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*. Curitiba: Juruá, 2010.

SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal. In: \_\_\_\_\_. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Buenos Aires: B de F, 2012, p. 1-78.

SEGURA GARCÍA, María José. *El consentimiento del titular del bien jurídico en derecho penal: naturaleza y eficacia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

SILVA, Roberto Baptista Dias da. *Uma visão constitucional da eutanásia*. Tese de doutorado – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947. (parte geral).

TRINDADE, André Fernando dos Reis. *Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoiético*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2010. v. 2.