

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Faculdade de Direito

Sheyla Cristina da Silva Starling

**O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO NA  
TEORIA DO DELITO**

Belo Horizonte

2014

Sheyla Cristina da Silva Starling

# **O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO NA TEORIA DO DELITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de Pesquisa: Teoria do Delito

Orientadora: Professora Doutora Sheila Jorge Selim de Sales

Belo Horizonte

2014

Sheyla Cristina da Silva Starling

## **O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO NA TEORIA DO DELITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

---

Professora Doutora Sheila Jorge Selim de Sales

Orientadora

---

Professor Doutor Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva

---

Professor Doutor Felipe Martins Pinto

Belo Horizonte, 06 de fevereiro de 2014

Este trabalho é uma singela homenagem a meus pais, Euro e Francisca, com quem aprendi que o estudo é a única herança permanente.

## AGRADECIMENTOS

Um agradecimento especial à Profa. Dra. Sheila Jorge Selim de Sales, pela orientação séria e rigorosa, mas sempre afetuosa.

Aos Professores Carlos Augusto Canêdo e Fernando Galvão, que desde o início da graduação me despertaram a vocação para o Direito Penal.

Ao Procurador de Justiça Carlos Henrique Fleming Ceccon (*in memoriam*), pela ajuda no início de minha vida profissional.

Ao Delegado de Polícia Jésus Trindade Barreto Júnior, que me acolheu na carreira, pelo incentivo na continuidade dos estudos.

Aos meus alunos, pelo aprendizado mútuo.

Ao Anderson, meu companheiro.

E a Deus, sobre todas as coisas.

*O princípio axiológico da “separação entre direito e moral” impõe, para uma maior tutela da liberdade pessoal de consciência e da autonomia e relatividade moral, a tolerância jurídica de toda atitude ou conduta não lesiva a terceiros.*

Luigi Ferrajoli

## RESUMO

O presente trabalho tem como objeto a análise do consentimento do ofendido no âmbito da Teoria do Delito. De início, abordamos o tratamento do instituto na legislação brasileira, desde o Código Criminal do Império até os dias atuais. Em seguida, passamos à exposição da legislação estrangeira que trata expressamente do tema. Em capítulo seguinte, discutimos a natureza jurídica do instituto, propondo que atue sempre como causa de exclusão da tipicidade penal. Após, trazemos os requisitos de validade do consentimento, debatendo de forma mais aprofundada a questão da disponibilidade do bem jurídico. Por fim, expomos os efeitos processuais que o consentimento pode acarretar.

Palavras chave: Consentimento. Ofendido. Teoria do Delito. Garantismo.

## **ABSTRACT**

The present work aims analyzing the consent of the victim in the framework of Theory of Crime. We begin by addressing the treatment of the institute in the Brazilian legislation, since the Empire's Criminal Code to the present day. Then we move to the exposure of foreign law that deals expressly with the subject. In the next chapter, we discuss the legal nature of the institute, proposing that always acts as a cause for exclusion from criminal typicality. After we bring the requirements of validity of consent, debating in more depth the issue of availability of legal interest. Finally, we expose the procedural effects that consent may entail.

**Keywords:** Consent. Offended. Theory of Crime. Guaranteeism.



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	11
1.1 Relevância do tema.....	13
<b>2 NOTA HISTÓRICA</b> .....	15
2.1 O Código Criminal do Império.....	16
2.2 O Código Penal Republicano.....	16
2.3 O Projeto Sá Pereira.....	17
2.4 A Consolidação das Leis Penais de 1932.....	18
2.5 O Projeto Alcântara Machado.....	18
2.6 O Código Penal de 1969.....	19
2.7 O Código Penal de 1940 e a Reforma Penal de 1984.....	19
2.8 O Anteprojeto do novo Código Penal.....	20
2.9 O consentimento do ofendido no Código Penal vigente. Críticas.....	20
<b>3 O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO NA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA</b> .....	24
3.1 O Código Penal português.....	24
3.2 O Código Penal italiano.....	27
3.3 O Código Penal alemão.....	28
3.5 O Código Penal mexicano.....	29
3.6 O Código Penal colombiano.....	30
3.7 Outras legislações.....	31
<b>4 NATUREZA JURÍDICA</b> .....	33
4.1 O consentimento como ato ou negócio jurídico.....	33
4.2 O consentimento do ofendido na teoria do delito.....	35
4.2.1 A teoria dualista e a distinção entre consentimento e acordo.....	36
4.2.2 A teoria unitária e o consentimento como causa de exclusão da tipicidade.....	41
4.2.2.1 Repercussões práticas da adoção da teoria unitária.....	44
4.3 Nossa posição.....	47
4.3.1 O garantismo penal.....	47
4.3.2 O consentimento sob a ótica garantista.....	51
<b>5 REQUISITOS PARA O CONSENTIMENTO VÁLIDO</b> .....	55
5.1 A vontade livre.....	55
5.2 Disponibilidade do bem jurídico.....	56
5.2.1 Disponibilidade do bem jurídico “integridade física”.....	62
5.2.2 Disponibilidade do bem jurídico “vida”.....	64
5.2.3 Conclusão.....	74
5.3 Capacidade para consentir.....	75
5.4 Forma de manifestação do consentimento.....	82
5.4.1 Consentimento presumido.....	83
5.5 Momento da manifestação do consentimento.....	85
5.6 Consciência do consentimento por parte do agente.....	86
5.7 Adequação do consentimento aos bons costumes.....	88
<b>6 ASPECTOS PROCESSUAIS DO CONSENTIMENTO</b> .....	90
6.1 Renúncia.....	91

<b>6.2 Perempção</b> .....	93
<b>6.3 Perdão do ofendido</b> .....	95
<b>7 CONCLUSÕES</b> .....	98
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	100

## 1 INTRODUÇÃO

A manifestação de vontade de alguém é um gesto natural e corriqueiro, porém de consequências tão relevantes, que não poderia passar despercebido pelo Direito.

De fato, a prerrogativa que o ser humano dispõe de, através da manifestação da vontade, regular a própria vida e suas relações com os demais é tão intuitiva e original, que seria impossível passar à margem de qualquer codificação.

As codificações mais antigas, que coincidem com o início do desenvolvimento do direito privado, já davam conta dos efeitos jurídicos que a autonomia da vontade poderia alcançar.

Assim, no direito privado, desenvolveu-se toda uma detalhada doutrina acerca da manifestação da vontade, seus requisitos e condições, que redundam em uma das mais antigas categorias jurídicas – o direito das obrigações e, em especial, o direito contratual.

No entanto, a relevância jurídica da manifestação da vontade não poderia ficar adstrita ao âmbito do direito privado. Mesmo nos institutos regidos pelo direito público, em que o interesse estatal se sobrepõe através de uma normatização essencialmente impositiva, a manifestação da vontade adquire especiais contornos.

É o que ocorre com o direito penal. Em que pese sua natureza impositiva e sancionadora, aqui a manifestação da vontade do indivíduo também tem relevância. Isto porque a finalidade do Direito Penal, modernamente firmada, é a de proteção de bens jurídicos, de forma que a relação do titular com o bem protegido assume destaque.

La valoración subjetiva de los bienes jurídicos por el individuo es reconocida decisivamente por el Ordenamiento jurídico, debido a que el uso sin restricciones de la libertad personal como tal es considerado como un valor social en un Estado de Derecho liberal, que tiene que ser ponderado frente al interés de la comunidad en la preservación de los bienes jurídicos.<sup>1</sup>

Assim, a depender da natureza do bem jurídico, maior ou menor grau de relevância será conferida à manifestação da vontade de seu titular, expressada em sua relação cotidiana com o bem protegido e as demais pessoas.

No presente trabalho, buscamos estudar os contornos que o consentimento

---

<sup>1</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, p. 405.

do titular do bem jurídico pode assumir no âmbito do direito penal.

Para tanto, inicialmente traçamos um panorama histórico, apresentando a evolução do instituto no ordenamento jurídico brasileiro, bem como seu tratamento por outras legislações.

Em seguida, discutimos sua natureza jurídica e seus efeitos na teoria do delito para, então, traçarmos os requisitos para manifestação válida do consentimento, com especial destaque para a discussão relativa à disponibilidade do bem jurídico.

Por fim, expomos os efeitos processuais que o consentimento pode acarretar.

Procuramos, desta forma, contribuir para o desenvolvimento do instituto e o adensamento da doutrina pátria, ainda bastante carente de estudos neste setor.

Desde já, a título de registro, cumpre ressaltar que a expressão “consentimento do ofendido” merece críticas, tendo em vista que o ofendido e o titular do bem jurídico nem sempre coincidem.

Antes de tudo, é preciso distinguir o sujeito passivo da ação do sujeito passivo do crime. Este último é o titular do bem jurídico tutelado penalmente, enquanto o sujeito passivo da ação é o objeto material, ou seja, a pessoa, ou a coisa, sobre a qual incide a ação típica.<sup>2</sup>

Por esta razão, alguns autores preferem a rubrica “consentimento do titular do bem jurídico” ou “consentimento do sujeito passivo”, para maior exatidão técnica, já que este seria o único legitimado a manifestar o consentimento.

A propósito, Alfonso Reyes Echandía destaca esta questão terminológica, ponderando que

Aunque la doctrina se refiere a este fenómeno con los nombres de “consentimiento del ofendido”, “consentimiento de la víctima”, “consentimiento del derecho-habiente”, o “consentimiento del paciente”, nosotros preferimos la de “*consentimiento del sujeto pasivo*”, por ser más precisa. En efecto, las expresiones “ofendido” y “víctima” no son de contenido estrictamente jurídico-penal; aquella apunta más bien hacia la persona que ha sufrido ofensa, daño o agravio por el delito cometido y en tal situación se encuentra no solo el sujeto pasivo sino cualquiera otra persona allegada a él; en cuanto a la palabra “víctima”, es más apropiada en el ámbito de la criminología, de la cual constituye hoy importante capítulo con el nombre “*victimología*”. “Derecho-habiente” es quien tiene el derecho del cual puede eventualmente disponer, pero como quiera que tal expresión ha de predicarse del titular de un derecho penalmente tutelado, debe convenirse que esta significación corresponde exactamente a la de sujeto pasivo; la palabra “paciente” tiene sentido

<sup>2</sup> VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*, p. 91-92.

y alcance médicos; por eso se la usa al estudiar este fenómeno del consentimiento en el ejercicio de aquella profesión; en consecuencia es demasiado estrecha. En cambio la acepción “sujeto pasivo” dice lo que realmente se quiere significar, porque siendo este el titular del interés jurídico o del derecho que el Estado ha querido tutelar penalmente y refiriéndose el consentimiento que aquí se estudia a ese titular, resulta lógico concluir que la expresión más adecuada para designar dicho fenómeno es la de “consentimiento del sujeto pasivo”.<sup>3</sup>

De toda forma, para o desenvolvimento deste trabalho, optamos pela clássica rubrica “consentimento do ofendido”, em razão de sua ampla aceitação na doutrina e na jurisprudência.

### 1.1 Relevância do tema

Indubitável é a relevância do tema em comento, principalmente quando o tratamos no âmbito do Estado Democrático de Direito.

A positivação do consentimento do ofendido, e, mais que isso, seu posicionamento sistêmico na teoria do delito fazem-se necessários, mormente em uma sociedade onde as relações intersubjetivas se tornam cada vez mais complexas e variadas.

Em séculos passados, quando as relações sociais eram mais simples, sequer se cogitava de hipóteses que hoje só são devidamente explicadas sob a ótica do consentimento do ofendido.

Em geral, as demais causas de exclusão da ilicitude bastavam para amparar determinadas condutas, e muito pouco se desenvolveu o estudo da natureza e dos efeitos do consentimento, que restou isolado no âmbito do Direito Civil.

Assim, corroboramos o entendimento de Bitencourt e Muñoz Conde, quando defendem que

[...] o caráter dinâmico da realidade social permite e incorporação de novas pautas sociais que passam a integrar o cotidiano dos cidadãos, transformando-se em normas culturais amplamente aceitas. Por isso, condutas, outrora proibidas, adquirem aceitação social, legitimando-se culturalmente. Como o legislador não pode prever todas as hipóteses em que as transformações produzidas pela evolução ético-social de um povo passam a autorizar ou permitir a realização de determinadas condutas, inicialmente proibidas, deve-se, em princípio, admitir a existência de causas supraleais de exclusão da antijuridicidade, em que pese alguma resistência

<sup>3</sup> ECHANDÍA, Alfonso Reyes. *La Antijuridicidad*, p. 317.

oferecida por parte da doutrina.<sup>4</sup>

Como afirma Nucci,

Não se trata, pois, de uma mera *questão elegante* de interpretação do direito posto, como afirmado, mas sim de uma evolução da análise da esfera de proteção obrigatória dada pelo direito penal, colocando inúmeros bens e interesses em patamares intocáveis (indisponíveis), não mais condizentes com a realidade.<sup>5</sup>

De fato, as noções do garantismo penal, a ideia de intervenção mínima que deve nortear o Direito Penal, bem como o postulado da segurança jurídica, apontam para a necessidade de uma codificação da excludente.

Ora, uma norma permissiva, que tanto relevo assume no mundo contemporâneo, por sua própria natureza de isenção da relevância penal da conduta, deveria estar prevista expressamente na legislação.

Tão importante quanto delinear a clareza e os limites de uma conduta proibida através de um tipo penal incriminador é prever expressamente as hipóteses em que uma conduta permanece na esfera do indiferente penal.

Isso é fundamental se queremos assumir uma postura contrária a autoritarismos e subjetivismos que tantas vezes norteiam os ordenamentos e as decisões jurídicas.

---

<sup>4</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria Geral do Delito*, p. 275/276.

<sup>5</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: Parte Geral – Parte Especial*, p. 273.

## 2 NOTA HISTÓRICA

A referência histórica mais antiga que se tem notícia sobre o consentimento do ofendido é oriunda do direito romano.

Durante muito tempo, os penalistas se apegaram à máxima de Ulpiano para justificar a não punibilidade da conduta delituosa em que se apresentasse o consentimento do ofendido: *nulla injuria est quae volentem fiat* (Digesto, XLVII, 10.1. §5), ou, em forma simplificada, *volenti non fit injuria*.<sup>6</sup>

Explica Roxin que “con ello hay que entender por “*iniuria*” no sólo la injuria en sentido estricto, sino cualquier lesión de los derechos de la personalidad (honor, salud, libertad, e incluso la vida).”<sup>7</sup>

Roxin ainda ressalta que,

No obstante, la máxima ha regido siempre con limitaciones. Los autores inspirados en la doctrina del Derecho natural – como, posteriormente, los hegelianos y también el Derecho actual – permitían que el consentimiento surtiera efecto sólo en la renuncia de los derechos subjetivos, en cuanto éstos estaban sujetos a la facultad de disposición del particular y de ahí que la intervención no atentaba contra la voluntad objetiva común.<sup>8</sup>

Apesar da previsão antiga, o instituto manteve-se adstrito aos delitos considerados, pelo direito romano, como de natureza privada, restando carente de uma normatização mais genérica e abrangente, mesmo nos tempos atuais, e com o grande desenvolvimento experimentado pela dogmática penal.

Tradicionalmente fazia-se, como ainda se faz, a distinção entre crimes públicos e particulares; e estes, que no direito antigo constituíam maioria, só podiam ser punidos mediante acusação ou queixa particular, como podia extinguir-se o procedimento penal pelo perdão de parte.<sup>9</sup>

Como se verá, a ausência de positivação adequada do consentimento do ofendido foi sistemática em nossa legislação, embora sua previsão tenha ocorrido em determinados momentos históricos.

---

<sup>6</sup> PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*, p. 72.

<sup>7</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General – Tomo I*, p. 511.

<sup>8</sup> Op. cit., p. 511.

<sup>9</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal*, p. 138.

## 2.1 O Código Criminal do Império

O Código Criminal do Império<sup>10</sup>, de 1830, previu no Capítulo II do Título I de sua Parte Geral os chamados “crimes justificáveis.” Assim dizia o Art. 14 do mencionado diploma legal:

Art. 14 – Será o crime justificável, e não terá lugar a punição delle:  
 1º Quando fôr feito pelo delinquente para evitar mal maior. [...].  
 2º Quando fôr feito em defesa da própria pessoa ou de seus direitos.  
 3º Quando fôr feito em defesa da família do delinquente. [...].  
 4º Quando fôr feito em defesa da pessoa de um terceiro [...].  
 5º Quando fôr feita em resistência à execução de ordens ilegais, não se excedendo os meios necessários para impedi-la.  
 6º Quando o mal consistir no castigo moderado, que os pais derem a seus filhos, os senhores a seus escravos e os mestres a seus discípulos; ou desse castigo resultar, uma vez que qualidade delle não seja contrária às Leis em vigor.

Percebe-se daí que não foi aventada expressamente a hipótese de consentimento do ofendido como excludente de ilicitude, ou causa de justificação.

O que havia eram causas de exclusão mais ou menos semelhantes ao que temos hoje como a legítima defesa e o estado de necessidade, bem como uma mescla de institutos correicionais de âmbito familiar, mais afetos ao direito civil.

De toda forma, mesmo aquelas excludentes não eram de todo bem explicadas pela legislação, restando distante da ampla doutrina que se apresenta hoje acerca das causas de exclusão da ilicitude.

## 2.2 O Código Penal Republicano

Em 1890, o Código Penal Republicano (Decreto 847<sup>11</sup>) inova ao prever, pela primeira vez em nossa legislação, o consentimento do ofendido.

No entanto, o fez apenas em uma hipótese excepcional, deixando claro que, regra geral, aquela circunstância não excluiria a responsabilidade pelo delito.

Assim, a teor do Art. 26, c, que constava do Título III daquele diploma legal, definido como “Da Responsabilidade Criminal; as Causas que Dirimem a Criminalidade e Justificam os Crimes.”:

<sup>10</sup> Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm). Consulta em 10/05/2013.

<sup>11</sup> Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>. Consulta em 10/05/2013.



Art. 26 – Não derimem, nem excluem a intenção criminosa:

[...]

c) o consentimento do ofendido, menos nos casos em que a lei só a elle permite a acção criminal.

“A disposição tratava do consenso do ofendido manifestado após a prática do crime e a expressão “ação criminal” era empregada no sentido de “ação penal” e não de conduta criminosa.”<sup>12</sup>

Da leitura do dispositivo percebe-se a confusão do legislador, ao considerar o consentimento – que deveria excluir o crime – da forma como hoje consideramos a renúncia ao direito de queixa.

Como justifica Reiss,

A explicação para tal fato é simples: o “Código Penal dos Estados Unidos do Brasil” (Decreto 847) é datado de 11 de outubro de 1890. Sendo assim, chega a ser desnecessário dizer que o referido diploma não poderia ter acompanhado a evolução científica do Direito Penal ocorrida no século XX.<sup>13</sup>

Ressalta, ainda:

O consentimento do sujeito passivo [...] não guarda estrita relação com a norma do Código Penal de 1890. Na verdade, esta tem natureza jurídica de ordem processual, o que não ocorre com o consentimento do sujeito passivo, segundo a atual doutrina dominante.<sup>14</sup>

Portanto, embora mereça destaque a previsão expressa do consentimento do ofendido na legislação da época, o Código Penal Republicano ainda pecava pela atecnia do legislador e pela confusão entre institutos de direito material e direito processual.

### 2.3 O Projeto Sá Pereira

Embora não tenha entrado em vigor, o Projeto Sá Pereira,<sup>15</sup> apresentado em 1927, inova e evolui no tratamento do consentimento do ofendido ao desvinculá-lo do âmbito processual e prevê-lo como causa de isenção de pena, “quando o objeto do crime for um bem ou um interesse jurídico de que o respectivo titular possa

<sup>12</sup> JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal: Parte Geral*, p. 349

<sup>13</sup> REISS, Michel Wencland. *Sobre o consentimento do sujeito passivo*, p. 46.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 47.

<sup>15</sup> PEREIRA, Virgílio de Sá. *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil* (Projecto apresentado ao governo). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1928.

validamente dispor.”

A previsão como causa de isenção de pena, no entanto, é falha, haja vista que tal expressão é atrelada às causas de exclusão da culpabilidade, e não da ilicitude ou da tipicidade, categorias sob as quais se discute a previsão do consentimento do ofendido.

Inegável, no entanto, que, se tivesse entrado em vigor, o Projeto Sá Pereira teria representado uma inovação ao firmar o consentimento do ofendido como categoria de direito material, embora ainda não situada corretamente na teoria do delito como a concebemos hoje.

## 2.4 A Consolidação das Leis Penais de 1932

A Consolidação das Leis Penais de 1932 não constituiu um novo Código Penal, mas a reunião do Código de 1890 com a ampla legislação esparsa então em vigor.

Situa-se a Consolidação como um texto de transição entre o Código de 1890 e a grande reforma penal que seria empreendida durante o Estado Novo, em 1940/1941, sob os auspícios do Ministro da Justiça Francisco Campos, abrangendo não só a legislação penal material como também a processual.<sup>16</sup>

Como o projeto Sá Pereira não vingou, a Consolidação das Leis Penais manteve a confusão feita no art. 26 do Código Penal de 1890, que conferia ao consentimento do ofendido efeitos processuais, e não de direito material.

## 2.5 O Projeto Alcântara Machado

O Projeto Alcântara Machado, entregue ao Governo em 1938, dava ao consentimento do ofendido um tratamento técnico bem mais adequado, porém lamentavelmente também não entrou em vigor.

Em seu art. 14, I, determinava: “Não será também punível aquele que praticar a ação ou omissão com o consentimento de quem possa validamente dispor do direito ameaçado ou violado.”<sup>17</sup>

A previsão contida no Projeto merece elogios em razão de desfazer a

<sup>16</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*, p. 62.

<sup>17</sup> REISS, Michel Wencland. *Ibid.*, p. 50.

confusão e firmar o entendimento segundo o qual o consentimento do ofendido se situa no âmbito do direito material, e não do processo penal.

Por forte influência de Nelson Hungria, para quem a previsão expressa do consentimento do ofendido era desnecessária<sup>18</sup>, o Código Penal de 1940 se omitiu a seu respeito, prevendo apenas o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito como causas de exclusão da ilicitude penal.

## 2.6 O Código Penal de 1969

O Código Penal de 1969 (Decreto-Lei nº 1.004/69) também se manteve omissivo quanto à previsão do consentimento do ofendido.

Apesar de publicado, não entrou em vigor. Após sucessivas prorrogações de sua *vacatio legis*, foi o mesmo revogado, após quase dez anos, permanecendo em vigor o Código de 1940.<sup>19</sup>

## 2.7 O Código Penal de 1940 e a Reforma Penal de 1984

<sup>18</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, p.15. Assim sustenta o autor: “Sustentando uma crítica que fizéramos ao ante-projeto Alcântara Machado, assim nos externámos: Entre as causas objetivas de exclusão do crime, o ante-projeto, no art.15, nº 1, inclui o *consentimento do ofendido*, quando o objeto do crime foi um bem ou interêsse jurídico de que o respectivo titular possa validamente dispor. Critiquei o dispositivo por supérfluo. Raciocinemos. Como é elementar, o direito penal não protege interêsses individuais por si mesmos, senão porque e enquanto coincidentes com o interêsse 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 *constangimento*, o *engano* ou o *arbitrio* por parte do agente entram como condições essenciais. Em tais casos, o não consentimento do ofendido é *elemento constitutivo* do crime. Ora, se no inciso nº 1 do art. 1 a êles se refere, sua superfluidade salta aos olhos. 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 precisa ser trazido para o texto da lei. O Sr. Alcântara Machado, entretanto, entende que podem apresentar-se outros casos em que o consentimento do ofendido seria excludente do crime. Quais são 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 interêsse jurídico renunciável, a exclusivo arbítrio de seu titular, nos estritos casos em que a própria lei penal, na sua parte especial, explícita ou implicitamente, o reconheça. Op. Cit., p. 15.

<sup>19</sup> FRAGOSO relata que: “Em 1961, o governo decidiu promover completa reforma na legislação brasileira, inclusive na parte criminal, tendo solicitado a Nelson Hungria, insigne mestre do Direito Penal brasileiro, a elaboração de um anteprojeto de Código Penal. Tal anteprojeto, apresentado em 1963, foi submetido a revisão ministerial e finalmente promulgado, por decreto, em 1969, para entrar em vigor em 1º de janeiro de 1970. O prazo de vacância foi, no entanto, sucessivamente prorrogado, por várias vezes, inclusive após a introdução de numerosas emendas, em 1973. Após longa vacância, de quase dez anos, o CP de 1969 foi finalmente revogado pela Lei nº 6.578, de 11 de novembro de 1978. É evidente que aquele código, elaborado em época bem diversa, não correspondia às exigências atuais de nosso direito penal, e sua revogação merece aplauso.” FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal (A nova parte geral)*, p. 67.

Na legislação penal em vigor no Brasil (Código Penal de 1940, atualizado pela reforma da Parte Geral ocorrida em 1984<sup>20</sup>), não há admissão expressa do consentimento do ofendido para exclusão do crime.

Na reforma de 1984, a rubrica marginal da matéria foi alterada de “exclusão da criminalidade” para “exclusão da ilicitude”, porém não houve inclusão do tema ora tratado naquele rol.

Assim, toda a construção acerca do instituto é proveniente da doutrina e da jurisprudência, que, talvez pela omissão legislativa, muito pouco tenham se desenvolvido no estudo crítico do consentimento do ofendido e de sua natureza jurídica.

## 2.8 O Anteprojeto do novo Código Penal

Aos 18 de junho de 2012, a Comissão de Juristas para Elaboração de Anteprojeto de Código Penal apresentou o relatório final de seus trabalhos, incluindo o histórico, o Anteprojeto de novo Código Penal e a exposição de motivos das propostas efetuadas.<sup>21</sup>

O art. 28 do mencionado projeto prevê:

Exclusão do fato criminoso

Art. 28. Não há fato criminoso quando o agente o pratica:

I – no estrito cumprimento do dever legal;

II – no exercício regular de direito;

III – em estado de necessidade; ou

IV – em legítima defesa;

Como se vê, o Anteprojeto manteve o atual rol das causas de exclusão da ilicitude, porém alterou a inscrição marginal, de “causas de exclusão da ilicitude” para “exclusão do fato criminoso.”

Há inovação ao se prever expressamente os requisitos do princípio da insignificância como hipótese de exclusão do fato criminoso<sup>22</sup>, porém é mantido o

---

<sup>20</sup> Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984.

<sup>21</sup> PLS – Projeto de Lei do Senado nº 236/2012. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>. Consulta em 14/07/2013.

<sup>22</sup> O mencionado art. 28 dispõe ainda: “§ 1º Também não haverá fato criminoso quando cumulativamente se verificarem as seguintes condições: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; c) inexpressividade da lesão jurídica provocada.”

silêncio com relação ao consentimento do ofendido.

## 2.9 O consentimento do ofendido no Código Penal vigente. Críticas.

Como é sabido, as causas legais de exclusão da ilicitude – legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito –, previstas expressamente no art. 23 do Código Penal<sup>23</sup>, excluem a ilicitude da conduta, apesar de configurada a tipicidade penal.

Presente uma dessas causas, a conduta será típica, porém lícita, não se caracterizando o injusto e não ensejando, portanto, responsabilidade do indivíduo que agiu amparado por ela.

Majoritariamente, a doutrina admite o consentimento do ofendido como causa supralegal de exclusão da ilicitude penal.

Como afirma Galvão,

[...] a melhor compreensão sobre o conteúdo material da ilicitude levou os penalistas nacionais a reconhecerem que as causas de justificação não se limitam aos casos expressamente previstos em lei, admitindo-se a existência de causas supraleais de exclusão da ilicitude.”<sup>24</sup>

Esta também é a posição de Toledo, quando afirma que

[...] o consentimento expresso do ofendido pode e deve ser reputado, entre nós, uma causa supralegal de justificação, quando se imponha de fora do tipo para a exclusão da ilicitude (o *Einwilligung* do direito alemão) de fatos lesivos a bens plenamente disponíveis por parte de seus respectivos titulares.<sup>25</sup>

Defende o penalista:

É que as causas de justificação, ou normas permissivas, não se restringem, numa estreita concepção positivista do direito, às hipóteses previstas em lei. Precisam igualmente estender-se àquelas hipóteses que, sem limitações legalistas, derivam necessariamente do direito vigente e de suas fontes. Além disso, como não pode o legislador prever todas as mutações das condições materiais e dos valores ético-sociais, a criação de novas causas de justificação, ainda não traduzidas em lei, torna-se uma imperiosa necessidade para a correta e justa aplicação da lei penal.<sup>26</sup>

Há quem discorde dessa opinião, argumentando justamente o oposto – no

<sup>23</sup> Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

<sup>24</sup> GALVÃO, Fernando Antônio. *Direito Penal – Parte Geral*, p. 320.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 214.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 171.

sentido da impossibilidade de existência de uma causa de exclusão de ilicitude que não decorra expressamente da lei. É como se posicionam Zafaroni e Pierangeli, ao afirmarem que

Devido a carências do código penal alemão de 1871, a doutrina alemã entendeu que era necessário construir uma teoria das causas de justificação 'suprlegais', particularmente no tocante ao estado de necessidade justificante. Hoje, esta teoria já foi abandonada, e, em nosso país, é totalmente desnecessária, pois nosso CP tem as causas de justificação perfeitamente estruturadas, incluindo o exercício regular de direito (art. 23, III, que implica uma remissão às disposições permissivas encontráveis em outra parte da ordem jurídica)<sup>27</sup>

E concluem:

Como consequência do que acabamos de dizer, negamos que a antijuridicidade possa ter outro fundamento além da lei, ainda que para sua determinação nos casos concretos, eventualmente, se deva recorrer a valorações sociais.<sup>28</sup>

De toda forma, para os que defendem o consentimento como causa de exclusão da ilicitude, presentes os requisitos referentes à capacidade de consentir, ao momento e às formas de expressão do consentimento, bem como à natureza do bem jurídico em jogo, excluída estará a ilicitude da conduta, já que o ofendido validamente consentiu com a lesão ao bem jurídico tutelado.

Galvão explana que, para legitimar o consentimento do ofendido como causa de exclusão da ilicitude, a doutrina valeu-se das mesmas teorias que embasam a legitimidade das demais hipóteses de exclusão da antijuridicidade.

Entre elas destacam-se as teorias do *fim reconhecido pelo Estado*; da *esfera de liberdade deixada ao indivíduo pelo Estado*; da *valoração dos bens*; e da *justificação decorrente das normas de cultura*, e outras.<sup>29</sup>

A ausência de previsão expressa do consentimento do ofendido no ordenamento penal brasileiro deixa uma lacuna cujo preenchimento seria importante, mormente se considerarmos os postulados do garantismo penal, da intervenção mínima e da segurança jurídica.

Isto porque o consentimento do ofendido legitima e ampara uma série de condutas cotidianas, banais, que, sem a excludente, poderiam ser objeto de

---

<sup>27</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*, p. 490/491.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 492.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 321.

responsabilizações abusivas e contrárias aos fins perseguidos pelo direito penal.

Nesse sentido, afirma Galvão:

Como exemplos de situações em que o ofendido pode consentir a lesão de seu bem, tem-se o caso do cientista que se deixa aprisionar para a realização de um experimento; o ator que se deixa insultar por outro em uma peça teatral; o paciente que permite ao médico a revelação de um segredo relacionado com seu tratamento; o tio que permite ao sobrinho desmontar peças de seu automóvel para treinar reparos que eventualmente possam ser necessários no curso de uma viagem; a pessoa que permite que lhe façam uma tatuagem definitiva na pele, etc.<sup>30</sup>

Estes exemplos deixam claro que os casos amparados pelo consentimento do ofendido são muitos, e que tais hipóteses não se submeteriam adequadamente ao socorro das causas de exclusão da ilicitude expressamente previstas em nossa legislação.

A ausência de previsão expressa do consentimento em nossa legislação, ao contrário de fomentar, inibiu a produção doutrinária a respeito, que é bem mais profícua e abundante no que diz respeito às causas legais de exclusão da ilicitude.

Por esta razão, optamos, no presente trabalho<sup>31</sup>, por expor a experiência da doutrina estrangeira e o tratamento por ela dispensado ao consentimento do ofendido, uma vez que, em outras legislações, a excludente é expressamente prevista, contribuindo para o desenvolvimento doutrinário do tema.

---

<sup>30</sup> Ibid., p. 322.

<sup>31</sup> Neste ponto, remetemos o leitor ao Capítulo 3, infra.

### 3 O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO NA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

Diversas legislações estrangeiras prevêm o consentimento do ofendido como fator relevante na responsabilização penal do agente.

A título ilustrativo, interessa expor o tratamento dispensado por outros Códigos ao consentimento no âmbito do Direito Penal, de forma a enriquecer a compreensão do instituto e estabelecer sua posição sistemática na teoria do delito.

Em virtude da codificação do instituto, as legislações portuguesa e italiana merecem destaque. Nestes países, a lei penal prevê de forma minuciosa a excludente e as condições de sua aplicação.

#### 3.1 O Código Penal português

Entre as codificações europeias, o Código Penal português é, sem dúvida, o que dispensa o tratamento mais detalhado acerca do consentimento do ofendido.

Dispõe o art. 31º do Código lusitano<sup>32</sup>:

Art. 31º

Exclusão da ilicitude

1 - O facto não é punível quando a sua ilicitude for excluída pela ordem jurídica considerada na sua totalidade.

2 - Nomeadamente, não é ilícito o facto praticado:

a) Em legítima defesa;

b) No exercício de um direito;

c) No cumprimento de um dever imposto por lei ou por ordem legítima da autoridade; ou

d) Com o consentimento do titular do interesse jurídico lesado.

A disposição legal citada encontra-se grafada sob a rubrica “Exclusão da ilicitude”, e é inserida no capítulo III do *Codex* português, intitulado “Causas que excluem a ilicitude e a culpa.”

Não bastasse a previsão expressa do consentimento entre as causas tradicionais de exclusão da ilicitude, o legislador português foi zeloso ao trazer, no art. 38º, amplo tratamento da matéria.

A propósito:

Art. 38º

Consentimento

---

<sup>32</sup> Disponível em [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l\\_20080626\\_10.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20080626_10.pdf). Consulta em 29/05/2013.



1 - Além dos casos especialmente previstos na lei<sup>33</sup>, 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.

A leitura da disposição legal nos leva a extrair diversas conclusões:

a) o legislador português optou expressamente por considerar o consentimento uma das causas de exclusão da ilicitude;

b) a possibilidade de consentimento fica adstrita a bens jurídicos disponíveis, e ao respeito aos bons costumes.

c) A forma, o momento de manifestação e a possibilidade de revogação do consentimento estão expressamente previstas em lei.

d) A lei exige o requisito etário – 14 anos de idade – somado ao discernimento do titular do bem jurídico para que o consentimento manifestado seja válido. Tais requisitos devem estar presentes no momento em que se exterioriza o consentimento.

e) Se o sujeito pratica o crime sem o conhecimento da aquiescência do titular do bem jurídico afetado, pune-se o crime com a pena da tentativa. A propósito, é óbvia a opção da lei penal em exigir o vínculo subjetivo por parte do agente, que só será amparado pela excludente se agir com o conhecimento e em razão dela.

Por outro lado, a ausência deste conhecimento não pode levar à apenação plena da conduta, como se não houvesse consentimento. Daí a opção por punir o crime com a pena do crime tentado.

É o que afirma Jorge de Figueiredo Dias, ao expor que, nos casos em que faltar a consciência do consentimento,

[...] o agente deve em todo o caso ser punido não por crime consumado, mas (analogicamente) por tentativa, nos termos e nos limites em que esta seja efectivamente punível relativamente ao tipo

<sup>33</sup>

Cavaleiro de Ferreira destaca que “[...] há casos em que normas da parte especial regulam o consentimento como causa de justificação em alguns crimes; os requisitos do consentimento que assim estejam previstos para alguma incriminação prevalecem sobre a regra geral do art. 38º.” Ibid., p. 141.

de ilícito concretamente preenchido.<sup>34</sup>

Sobre esta opção do legislador, conforme explanado por Reiss,

[...] é inconteste que o interesse na proteção do bem jurídico é menor, em cotejo com a situação em que não haja consentimento. Isto por uma razão muito simples: o titular do bem tutelado não se preocupa com sua lesão. Portanto, mesmo existindo crime, nada mais justo do que atenuar a sanção penal.”<sup>35</sup>

Por fim, prevê a legislação portuguesa a hipótese de consentimento presumido<sup>36</sup>. Aduz expressamente o Art. 39º do Código Penal português:

Art. 39º

Consentimento presumido

1 - Ao consentimento efectivo é equiparado o consentimento presumido.

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

Nesta hipótese, o agente pratica a conduta supondo que o titular do bem jurídico, se tivesse condições de consentir, o faria, tendo em vista as circunstâncias presentes.

No consentimento presumido, é decisivo estabelecer o valor ou desvalor do interesse a partir da presumida vontade do titular do bem jurídico. Claro está que essa vontade não é conhecida do agente e, por consequência, deve-se presumi-la colocando-se na situação do titular do bem jurídico. Porém, como do autor não se pode exigir um prévio conhecimento do pensamento daquele, é de se adotar um critério de probabilidade e uma vontade *racional* do titular do bem juridicamente tutelado.<sup>37</sup>

Sobre a previsão expressa do consentimento presumido pela legislação portuguesa, Manuel Cavaleiro de Ferreira destaca que a possibilidade já era admitida pelo Código Civil lusitano:

Entre o regime legal do nº 5 do art. 29º do Cód. Penal de 1886 e o regime legal dos arts. 38º e 39º do novo Cód. Penal surgiu o regime do Código Civil que admitiu como causa de justificação de responsabilidade civil o consentimento do lesado. É do seguinte teor o art. 340º do Cód. Civil:

“1. O acto lesivo dos direitos de outrem é lícito, desde que este tenha consentido na lesão. 2. O consentimento do lesado não exclui, porém, a ilicitude do acto, quando este for contrário a uma proibição

<sup>34</sup> DIAS, Jorge de Figueredo. *Direito Penal – Parte Geral*, p. 488.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 61.

<sup>36</sup> Para uma abordagem mais detalhada do tema, remetemos o leitor ao item 5.4.1 deste trabalho.

<sup>37</sup> PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*, p. 163.

legal ou aos bons costumes. 3. Tem-se por consentida a lesão quando esta se der no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível.”

Contudo, este preceito do Cód. Civil, porque recusa eficácia justificativa ao consentimento do lesado quando ele seja contrário a uma proibição legal, não tornava possível a extensão da justificação aos actos lesivos que constituíssem crimes.<sup>38</sup>

E acrescenta, com relação à legislação penal portuguesa, que

Está fundamentalmente de acordo com o nº 3 do art. 340º do Cód. Civil, embora este seja mais preciso na indicação dos factos de que se infere a presunção: que a lesão se deu no interesse do lesado e que com a lesão se conformaria a sua vontade presumível. No art. 39º não é tão clara a indicação do fim objectivo da lesão – no interesse daquele que sofre a lesão – mas esta circunstância como que se inclui na presunção racional de que, se conhecesse as circunstâncias em que o facto é praticado, teria consentido.<sup>39</sup>

### 3.2 O Código Penal italiano

A legislação italiana prevê expressamente o consentimento do ofendido como causa de exclusão da ilicitude.

O art. 50 do Código Penal italiano dispõe que “*non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, col consenso della persona che può validamente disporre.*”<sup>40</sup>

Para Marinucci e Dolcini,

Si tratta di una *causa di giustificazione a portata limitata*: possono essere giustificati solo i fatti penalmente rilevanti che ledono o pongono in pericolo diritti individuali che le norme penali proteggono nell'esclusivo interesse del titolare.<sup>41</sup>

A norma do art. 50 do Código Penal italiano sofre, ainda, uma outra limitação, imposta pelo que dispõe o art. 5º do ítaló Código Civil.

Este determina:

Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica, o quanto siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume<sup>42</sup>

Segundo Ramacci,

<sup>38</sup> Ibid., p. 138/139.

<sup>39</sup> Ibid., p. 143/144.

<sup>40</sup> MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di Diritto Penale – Parte Generale*, p. 202.

<sup>41</sup> Op. Cit., p. 202.

<sup>42</sup> ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale – Parte Generale*, p. 293. Sobre a consideração dos costumes como critério apto a determinar a disponibilidade ou indisponibilidade do bem jurídico, cf. item 5.7 deste trabalho.

La rinuncia al diritto disponibile implica come derivazione logica che la tutela apprestata dalla legge a quel diritto non há ragion d'essere nel caso particolare; implicitamente, dunque, la rinuncia al diritto è anche rinuncia alla tutela giuridica penale. La scelta del singolo deve essere fatta própria dallo Stato, perché se il diritto è disponibile essa rientra nella sfera dell'autonomia privata e sarebbe inutilmente vessatorio che lo Stato intervenisse nonostante che il privato, titolare del bene, non vi abbia interesse: *nulla poena sine necessitate*, posto che la pena deve rappresentare l'*extrema ratio*.<sup>43</sup>

Bettiol e Mantovani destacam que uma causa de justificação deve operar não apenas nas hipóteses em que um interesse menor cede a um de maior peso (como ocorre com nossas causas legais de exclusão da ilicitude), mas também diante da ausência de um interesse a ser tutelado.<sup>44</sup>

Em outras palavras, sentido algum faz a tutela do Estado e sua interferência na vida privada dos indivíduos, quando estes próprios, legitimamente, dispõem de bens jurídicos dos quais são titulares.

O consentimento, nestes casos, faz desaparecer a própria razão de ser da proteção estatal, que vigora unicamente em favor da liberdade de dispor do indivíduo.

Daí a relevância do estudo do consentimento do ofendido, cujas hipóteses de incidência extrapolam aquelas que podem ser amparadas pelo exercício regular do direito ou pelo estado de necessidade.

### 3.3 O Código Penal alemão

O Código Penal alemão confere um tratamento excepcional ao consentimento do ofendido ao prevê-lo na Parte Especial, uma vez que as codificações ora examinadas, que prevêem o instituto, o fazem na Parte Geral.

O § 228 do Código alemão, inserido na seção dedicada aos crimes contra a integridade corporal, dispõe:

#### § 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<sup>45</sup>

<sup>43</sup> RAMACCI, Fabrizio. *Corso di Diritto Penale*, p. 302.

<sup>44</sup> BETTIOL, Giuseppe; MANTOVANI, Luciano Pettoello. *Diritto Penale – Parte Generale*, p. 400.

<sup>45</sup> Tradução sugerida por Cláudia Lopez Diaz, da Universidad Externado de Colombia. Disponível em: [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj\\_20080609\\_13.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf). Consultado em 14/10/2013.

Assim, para a legislação alemã, o consentimento atua como causa de exclusão da ilicitude, e só é admitido no âmbito das lesões corporais, desde que a ação não contrarie os bons costumes.

El hecho – a pesar del consentimiento – no debe ser contrario a las buenas costumbres. Es perfectamente posible que el consentimiento como tal sea relevante, pero que a pesar de él, el hecho sea contrario a las buenas costumbres.

Ejemplo: una mujer consiente em lesiones sádicas, para no perder su trabajo. El consentimiento puede ser válido, pero hecho es contrario a las buenas costumbres y, por lo tanto, no queda justificado.<sup>46</sup>

Além da limitação do consentimento apenas aos casos de lesões corporais, a legislação alemã peca no tocante à vinculação do consentimento aos bons costumes, sem, no entanto, traçar maiores parâmetros para tal avaliação.

A doutrina, no entanto, entende que a previsão do consentimento no âmbito das lesões deve ser estendida analogamente aos demais bens jurídicos considerados disponíveis.<sup>47</sup>

A propósito, afirma Welzel que “[...] los principios ahí contenidos rigen en forma análoga para los demás casos de consentimiento justificante.”<sup>48</sup>

### 3.5 O Código Penal mexicano

O Código Penal mexicano prevê o instituto de forma similar ao Código Penal português. Assim, prevê expressamente o consentimento do ofendido entre as “causas de exclusão do delito” e estabelece seus requisitos, nos termos seguintes:

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:

- a) Que el bien jurídico sea disponible;
- b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo;
- c) 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

<sup>46</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman*, p. 141.

<sup>47</sup> Acerca da discussão sobre a disponibilidade dos bens jurídicos, remetemos o leitor ao item 5.2 deste trabalho.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 138.

titular, éste hubiese otorgado el mismo<sup>49</sup>

Como se vê, a legislação mexicana exige, como é de costume, que o consentimento só possa operar sobre bens jurídicos disponíveis, e que a aquiescência seja expressa por agente capaz.

A propósito, afirma Villalobos:

[...] en estos casos, si el que pudiera considerarse ofendido consiente el acto, no hay ataque a la libertad sino ejercicio de la misma y, en consecuencia, desaparece la antijuricidad, pero sin que ello sea por falta de interés del particular que consienta sino por falta de interés social, que no se refiere a prohibir absolutamente un género de conducta sino a prohibir la ejecución de los actos que la constituyen, sin el concurso de la voluntad de la persona con quien se ejecutan.<sup>50</sup>

A legislação mexicana admite, ainda, que o consentimento seja tácito, desde que não haja vícios na formação ou na manifestação da vontade. Também prevê, expressamente, a figura do consentimento presumido.

### 3.6 O Código Penal colombiano

A legislação colombiana traz expressa a possibilidade de exclusão da responsabilidade (e não da ilicitude) em razão do consentimento do ofendido, ao dispor:

Artículo 32. Ausencia de responsabilidad.

No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

[...]

2. Se actúe con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se puede disponer del mismo.<sup>51</sup>

Trata-se de uma previsão mais genérica que a portuguesa e a mexicana, uma vez que não há detalhamento sobre os requisitos de validade do consentimento, nem sobre os critérios de determinação de disponibilidade ou indisponibilidade dos bens jurídicos.

El consentimiento del sujeto pasivo debe versar sobre un derecho del cual sea titular la persona individualmente considerada y solo respecto de aquellos bienes de los cuales pueda válidamente

<sup>49</sup> Disponível em: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/9.pdf>. Consultado em 14/10/2013.

<sup>50</sup> VILLALOBOS, Ignacio. *Derecho Penal Mexicano*, p. 264.

<sup>51</sup> Disponível em: [http://www.ub.edu/dpenal/CP\\_Colombia\\_2000\\_atualizado.pdf](http://www.ub.edu/dpenal/CP_Colombia_2000_atualizado.pdf). Consultado em 06/09/2013.

disponer; tales son, entre outros, la propiedad privada, la libertad sexual, la libertad de locomoción, el honor.<sup>52</sup>

Assim, os requisitos da excludente ficam a cargo do trabalho da jurisprudência e da doutrina.

La doctrina considera que el consentimiento del sujeto pasivo solo puede aceptarse [...] cuando reúna los siguientes requisitos:

- 1º) Que se trate de un derecho susceptible de disposición;
- 2º) Que la persona sea capaz de consentir;
- 3º) Que el consentimiento se otorgue previa o coetáneamente a la acción típica, y
- 4º) Que el consentimiento sea voluntario y manifiesto.<sup>53</sup>

### 3.7 Outras legislações

O consentimento do ofendido também encontra previsão expressa em outras legislações, tando de matriz romano-germânica quanto de origem anglo-saxônica. A título de exemplo,

La doctrina austríaca admite el consentimiento com la misma extensión que la alemana. [...]. En Francia, a causa del carácter jurídico-público del Derecho penal y del principio de “legalité des excuses” recogido em el (anterior) art. 65 C.p., el consentimiento sólo es admitido cuando se encuentra em un texto legal o cuando el caso puede ser equiparado a una “autorisation légale”. Lógicamente, también conoce los supuestos del acuerdo que excluye la tipicidad. Al igual que el Derecho anterior, el Código penal de 1994 no contiene ninguna regulación sobre el consentimiento. El derecho belga coincide com el francés. La doctrina española trata el consentimiento como causa de justificación, pero también distingue los casos em los que existe un acuerdo; todo ello es considerado como un problema interpretativo. En los Países Bajos se subraya el carácter público del Derecho penal y, de acuerdo com la naturaleza del consentimiento, aparece como una excepción. [...] el Derecho norteamericano enfatiza la primacía de la “public morals” y de la “public peace” frente a la libertad de decisión de carácter individual. En el Derecho inglés son discutidos sobre todo casos concretos que gozan de cierta similitud com una teoría general.<sup>54</sup>

Outros códigos latino-americanos también trazem previsão expressa do consentimento do ofendido. Conforme resalta Pierangeli,

O Código do Uruguai trata da questão no art. 44, dispondo: “Art. 44 (lesión consensual). No es punible la lesión causada com el consentimiento del paciente, salvo que ella tuviera por objeto sustraerlo al cumplimiento de una ley, o inferir un daño a outros.” O Código da Costa Rica o coloca entre as causas de justificação,

<sup>52</sup> ECHANDÍA, Alfonso Reyes, *La antijuridicidad*, p. 325.

<sup>53</sup> ECHANDÍA, Alfonso Reyes. *Derecho Penal*, p. 184.

<sup>54</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Ibid.*, p. 412/413.

dispondo o art. 26: “No delinque quien lesiona o pone en peligro un derecho con el consentimiento de quien validamente pueda darlo”.<sup>55</sup>

Embora estas não sejam as únicas codificações a considerarem expressamente o consentimento do ofendido como gerador de efeitos penais favoráveis ao agente, prestam-se a ilustrar como o tema pode ser tratado pelo legislador, e como um tratamento adequado do instituto garante segurança jurídica para os que agem amparados pela excludente.

Não vemos, portanto, razões para a permanente omissão do legislador pátrio, que em nada favorece o desenvolvimento doutrinário a respeito do instituto, e dá azo a punições exageradas e contrárias aos ditames de um direito penal mínimo.

---

<sup>55</sup> Ibid., p. 73, nota 2.



## 4 NATUREZA JURÍDICA

Acerca do estudo das consequências jurídicas do consentimento do ofendido na esfera penal, a discussão mais relevante situa-se na determinação de sua natureza jurídica<sup>56</sup>.

De fato, ao lado dos debates sobre a disponibilidade dos bens jurídicos<sup>57</sup>, a discussão acerca da posição dogmática do consentimento na tripartição proposta pela teoria dominante encontra especial relevância.

Antes, porém, de trazermos as discussões sobre o consentimento no âmbito da teoria do delito, necessária se faz sua definição como ato ou negócio jurídico, pertencente ao âmbito da filosofia do Direito.

### 4.1 O consentimento como ato ou negócio jurídico

Tradicionalmente, no âmbito da filosofia do direito, o consentimento manifestado pelo titular do bem jurídico era tratado como negócio jurídico. Conforme destaca 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, licença, autorização ao destinatário para que cumpra aquilo se estabeleceu.<sup>58</sup>

Pela teoria do negócio jurídico, situada no âmbito privado do direito das obrigações, o consentimento firmaria para o titular do bem jurídico a obrigação de suportar sua perda ou deterioração.

Segundo Jescheck e Weingend,

La *teoría del negocio jurídico* sostiene que el consentimiento del ofendido viene a ser un negocio jurídico que tiene como efecto conceder al autor un derecho revocable a la infracción; dado que el ejercicio de un derecho no puede ser antijurídico, el consentimiento también vendría a ser para el Derecho penal una causa de

<sup>56</sup> “A finalidade da averiguação da natureza jurídica de uma instituição é descobrir a *ratio essendii* da mesma, o porquê que esclarece de uma vez para sempre o instituto. Desse modo, determinada a razão de ser da instituição, o porquê de seu nascimento e a função que cumpre dentro do ordenamento jurídico, será mais fácil sua compreensão.” LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *A relação extradicional no direito brasileiro*, p. 35/36.

<sup>57</sup> Neste ponto, remetemos o leitor ao item 5.2 do presente trabalho, onde apresentamos a discussão sobre o tema.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 76

justificación.<sup>59</sup>

Assim, para o destinatário do consentimento, importaria na aquisição da faculdade de praticar a ação ou omissão consentida, que acarretaria a lesão do bem ou sua exposição a perigo.

Este posicionamento decorre da tendência inicial de transportar os institutos do Direito Civil para o Direito Penal. Reside aí seu mérito e poder de sedução, tendo em vista que pressupõe a unidade do ordenamento jurídico e sustenta-se no próprio direito positivo.

No entanto, ressalta Reiss que, “Mesmo considerando o caráter unitário do ordenamento jurídico, a essência do instituto não pode fugir aos limites da ciência do direito penal.”<sup>60</sup>

Por esta razão, ressalta Figueiredo Dias que

Pelo menos nesta forma “pura”, porém, pode dizer-se que esta teoria não encontra hoje mais defensores, filha como é de uma já ultrapassada fase de desenvolvimento do pensamento da autonomia (e da “libertação”) do direito e do ilícito penais face ao direito e ao ilícito civis.<sup>61</sup>

Na doutrina italiana, por exemplo, a teoria do negócio jurídico é amplamente rechaçada:

Quanto alla qualificazione tecnica, il consenso *non* ha natura di negozio giuridico né di diritto privato, né di diritto pubblico: conformemente all’opinione oggi dominante, esso va qualificato come un semplice *atto giuridico*, cioè un permesso col quale si attribuisce al destinatario un potere di agire, che non crea alcun vincolo obbligatorio a carico dell’avente diritto e non trasferisce alcun diritto in capo all’agente. Sicché, il consenso è sempre *revocabile*, a meno che l’attività consentita, per le sue stesse caratteristiche, non possa essere interrotta se non ad avvenuto esaurimento.<sup>62</sup>

É este também o posicionamento de Mantovani, ao afirmar que

Circa la controversa natura giuridica, il consenso non è un negozio né di diritto penale né di diritto privato, ma, come ormai si riconosce, è un mero atto giuridico, un “permesso” com cui si conferisce al destinatario un potere di agire, senza che si crei alcun rapporto di diritti-obblighi, e che há come único effetto di escluderne l’illiceità per el semplice “abandono” del próprio interesse ed “accettazione” del fato.<sup>63</sup>

---

<sup>59</sup> Ibid., p. 404.

<sup>60</sup> Ibid., p. 19

<sup>61</sup> Ibid., p. 471.

<sup>62</sup> FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto Penale – Parte Generale*, p. 124.

<sup>63</sup> MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale – Parte Generale*, p. 262.

No mesmo sentido, para Ramacci, o efeito do consentimento não é a transferência ao outro sujeito do direito disponível por parte de seu titular, mas simplesmente a renúncia ao exercício daquele direito (ato jurídico abdicativo).<sup>64</sup>

O consentimento é considerado, portanto, mero ato jurídico que atribui a seu destinatário um poder de agir, sendo sempre revogável.

De fato, não há como admitir, para o consentimento dado no âmbito do Direito Penal, o tratamento concedido pelo Direito Civil aos negócios jurídicos, uma vez que não há a criação de obrigações mútuas para as partes.

O que ocorre, de fato, é a renúncia do titular do bem jurídico à sua tutela, renúncia esta que a qualquer tempo pode ser revogada.

De outro lado, não se cria, para o destinatário do consentimento, a obrigação de lesionar o bem, mas apenas uma permissão para tanto, nos limites do manifestação exarada pelo titular do bem jurídico.

#### **4.2 O consentimento do ofendido na teoria do delito**

Afora a discussão preliminar sobre a natureza de ato ou negócio jurídico, mais importante para o direito penal é a discussão sobre a natureza que o consentimento do ofendido assume na teoria do delito.

Como veremos adiante, a doutrina, tanto nacional quanto estrangeira, divide-se em duas correntes.

A primeira corrente sustenta a denominada teoria dualista, segundo a qual o consentimento operaria como causa – legal ou supralegal, a depender do ordenamento jurídico em comento – de exclusão da ilicitude. Poderia atuar, também, como causa de exclusão da tipicidade, porém apenas nos casos em que o dissenso integre a redação do tipo penal.

Concettualmente, le ipotesi del consenso “giustificante” devono essere nettamente distinte dalle ipotesi in cui il consenso esclude la stessa tipicità del fatto.<sup>65</sup>

Por outro lado, uma corrente ainda minoritária, porém em franca ascensão, admite o consentimento do ofendido como causa de exclusão da tipicidade penal, em todos os casos, por ausência de interesse do Estado em tutelar o bem jurídico

---

<sup>64</sup> Ibid., p. 302.

<sup>65</sup> FIORE, Carlo. *Diritto Penale – Parte Generale*, p. 310

do qual o próprio titular dispôs.

Procederemos à exposição de cada uma dessas posições, tendo em vista a importância de se estabelecer e delimitar os efeitos que o consentimento causará na teoria do delito.

Não se trata de mera categorização abstrata e teórica, mas de conteúdo técnico que traz consequências práticas importantes, como a possibilidade de instauração ou não de inquérito policial contra o autor do fato, como será exposto.

#### *4.2.1 – A teoria dualista e a distinção entre consentimento e acordo*

Como já visto, algumas legislações admitem expressamente o consentimento do ofendido<sup>66</sup>, e outras – como é o caso da brasileira – admitem-no no âmbito doutrinário e jurisprudencial, como causa supralegal de exclusão da ilicitude penal.

Como é sabido, no direito brasileiro, as causas legais de exclusão da ilicitude – legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito – excluem a ilicitude da conduta, apesar de configurada a tipicidade penal.

Presente uma dessas causas, portanto, a conduta será típica e lícita. Portanto, não estará configurado o crime.

Tradicionalmente, a doutrina admite o consentimento do ofendido como causa supralegal ou extralegal de exclusão da ilicitude penal.

Desde que presentes os requisitos referentes à capacidade de consentir, ao momento e às formas de expressão do consentimento, bem como à natureza do bem jurídico em jogo, excluída estará a ilicitude da conduta.<sup>67</sup>

Segundo Bettiol e Mantovani, o consentimento constitui uma causa de justificação em virtude do princípio de que não há conduta antijurídica se não houver um interesse a ser tutelado.<sup>68</sup>

Assim, o consentimento daquele que pode validamente dispor do bem jurídico ameaçado atua como causa de justificação, a não ser naqueles casos (onde haverá exclusão da própria tipicidade) em que o verbo do tipo penal exige, em sua essência, a discordância do titular do bem jurídico – como, p.ex., nos tipos penais

---

<sup>66</sup> Cf. Capítulo 3 deste trabalho.

<sup>67</sup> Sobre os requisitos necessários à validade do consentimento, remetemos o leitor ao Capítulo 5 deste trabalho.

<sup>68</sup> Ibid., p. 401.

que utilizam o verbo “constranger”, ou no crime de invasão de domicílio, em que a discordância da vítima é elemento essencial do tipo.

Cavaleiro de Ferreira afirma que,

Neste caso, que se verifica quer quando a norma incriminadora exige como circunstância essencial do facto ilícito o consentimento quer quando exige o dissentimento ou discordância do ofendido, pode tal circunstância encontrar-se expressamente enunciada ou derivar implicitamente da descrição da própria acção do agente do crime; efectivamente, quando o crime deva ser cometido por intimidação, coacção ou violência, estes modos de perpetração do crime são incompatíveis com um verídico consentimento. Mas então a posição do consentimento ou dissentimento da vítima não constitui uma causa de justificação; é elemento constitutivo, circunstância essencial do facto ilícito.<sup>69</sup>

Com efeito, há casos em que a necessidade de dissenso faz parte da descrição típica da conduta. Nestas hipóteses, havendo o consenso da vítima, desfaz-se a própria tipicidade penal, por ausência de subsunção do fato à norma.

Como afirma Bitencourt,

[...] ao se examinar a natureza e importância do *consentimento do ofendido*, deve-se distinguir aquelas situações que caracterizam *exclusão de tipicidade* das que operam como *excludentes de antijuridicidade*. Na verdade, se fizermos uma análise, ainda que superficial, constataremos que em muitas figuras delituosas, de qualquer Código Penal, a *ausência de consentimento* faz parte da estrutura típica como uma *característica negativa do tipo*. Logo, a presença de consentimento afasta a tipicidade da conduta que, para configurar crime, exige o *dissenso* da vítima [...].<sup>70</sup>

No mesmo sentido, Villalobos afirma que

Hay que reconocer que, en la mayoría de los casos, el consentimiento válido hace desaparecer incluso la tipicidad, puesto que al amparar el libre ejercicio de una facultad de disposición personal o patrimonial no deja de apuntarse en el tipo mismo el elemento de violencia, de fraude o de abuso de confianza que constituyen la razón de ser de la prohibición legal.<sup>71</sup>

É o que ocorre nos casos de estupro (art. 213 do CP), invasão de domicílio (art. 150 do CP) e violação de correspondência (art. 151 do CP), exemplos tradicionalmente citados pela doutrina.

Nestes casos e em todos os outros em que o consentimento exclui a tipicidade penal por ausência de adequação típica, a lei penal inclui expressamente o dissenso da vítima como elementar do tipo penal, ou descreve a conduta por meio

<sup>69</sup> Ibid., p. 139.

<sup>70</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral.*, p. 306/307.

<sup>71</sup> Ibid., p. 353.

de um verbo – e.g. “constranger”, “subtrair”, “devassar” – cujo significado contém a ideia de uma ação praticada contra a vontade da vítima.

Bitencourt e Muñoz Conde explicam que

Esta referencia al consentimiento en algunos tipos penales específicos hace que se le considere más como una *causa de exclusión de la* tipicidad, que como una causa de justificación. Sin embargo, al delimitar el consentimiento el ámbito de realización de los demás elementos típicos y, con ello, la protección del bien jurídico, parece más correcto tratarlo como causa de justificación, dándole también el mismo tratamiento em los casos de error sobre sus presupuestos fácticos y sobre sus límites, en aquellos casos em los que el consentimiento no opera expresamente como elemento de la tipicidad del delito.<sup>72</sup>

Diante deste cenário é que a doutrina distingue o “acordo” – capaz de excluir a tipicidade penal – do consentimento propriamente dito – este sim, excludente de ilicitude, firmando a chamada doutrina dualista.

Como explica Roxin,

La opinión hoy dominante distingue, a raíz de Geerds, entre acuerdo y consentimiento. Según esta doctrina, el acuerdo actúa excluyendo la tipicidad. Ello entra en consideración en los tipos en que la acción típica presupone ya conceptualmente un actuar contra o sin la voluntad del lesionado (*invito laesio*, según la formulación latina). Aquí pertenecen sobre todo los delitos de coacción. [...] Por el contrario, el consentimiento em sentido estricto, cuando es prestado por el portador del bien jurídico, sólo tendría el efecto de justificación, pero no el de excluir la realización del tipo. Los ejemplos fundamentales los proporcionan los tipos de daños y lesiones.<sup>73</sup>

Nos demais casos (quando o dissenso ou a ideia dele não integram a redação da figura típica), o consentimento - diferentemente do acordo - seria apto a excluir a ilicitude da ação.

In altri casi la funzione del consenso è diversa: il fatto corrisponde bensì all'ipotesi astratta di un reato; esistono, cioè, tutti i presupposti richiesti da una norma incriminatrice speciale, ma per effetto della volontà del titolare del bene protetto la punibilità viene meno. Il consenso in queste ipotesi elimina nel fatto la nota dell'illiceità penale e costituisce una causa di giustificazione.<sup>74</sup>

Para a teoria dualista, é o que ocorre, e.g., nos crimes de dano e lesão corporal.

Assim, conforme Galvão e Greco,

Podemos citar como exemplo o caso daquele que permite que

<sup>72</sup> Ibid., p. 269.

<sup>73</sup> Ibid., p. 512.

<sup>74</sup> ANTOLISEI, Francesco. Ibid., p. 288/289.

alguém lhe faça uma tatuagem. Existe, em tese, a figura da lesão corporal, uma vez que o tatuador, ao exercer a sua atividade, ofende a integridade física daquele que deseja tatuar o corpo. Embora típica, a conduta deixará de ser ilícita em razão do consentimento dado para tanto. No crime de dano [...], se alguém permite que a sua coisa seja destruída, em que pese o fato de ser típico, nessa hipótese, também, não será antijurídico.<sup>75</sup>

Segundo os adeptos de tal posicionamento, o consentimento não desnatura a lesão corporal ou o dano ao patrimônio, mas a conduta resta justificada, com a exclusão da ilicitude, por estar configurada uma renúncia à tutela penal do bem jurídico.

Esta exclusão estaria amparada pelos costumes, em prol do direito de autodeterminação do indivíduo e em respeito à autonomia da vontade.

Roxin afirma que

Otros autores atribuyen la justificación a que el desvalor de la lesión del bien jurídico se sopesaría con la libertad de disposición del particular, con la consecuencia de que el consentimiento surtiría efecto en el caso de un mayor valor de la libertad de disposición.<sup>76</sup>

Neste caso, a doutrina tenta dar ao consentimento o mesmo traço essencial das demais causas de exclusão da ilicitude – a ponderação de interesses.

Assim, na ponderação entre o valor do bem jurídico e a vontade de disposição do bem, prevaleceria esta última, e o consentimento excluiria a ilicitude do fato.

Manuel Cavaleiro de Ferreira explica que

[...] o consentimento como causa de justificação não é elemento essencial do facto ilícito e antes fundamento da justificação do facto. A terminologia alemã usa, aliás, diferentes vocábulos para designar os dois conceitos jurídicos do consentimento do ofendido (“Einwilligung” - para a causa de exclusão da ilicitude, e “Einverstanden” - para os casos em que é elemento constitutivo do facto ilícito), que já foram traduzidos nesta matéria para línguas latinas como consentimento e acordo, e talvez melhor como consentimento e assentimento ou anuência.<sup>77</sup>

Ao apresentar os conceitos de acordo e consentimento, Roxin, apesar de discordar da doutrina dualista<sup>78</sup>, elenca seis diferenças que resultariam “de la naturaleza más 'fáctica' del acuerdo em comparación con el carácter 'jurídico' del

<sup>75</sup> GALVÃO, Fernando; GRECO, Rogério. *Estrutura Jurídica do Crime*, p. 348.

<sup>76</sup> Ibid., p. 513.

<sup>77</sup> Ibid., p. 140.

<sup>78</sup> Acerca da distinção entre a teoria dualista e a teoria unitária, remetemos o leitor ao item 4.2 deste trabalho.

consentimiento.”<sup>79</sup>:

a) o acordo se basta com a vontade interna daquele que consente, enquanto que o consentimento exige que esta vontade seja exteriorizada, de alguma forma;

b) para o acordo, não seria exigível discernimento ou capacidade de consentir por parte da vítima, ao contrário do que ocorre no consentimento propriamente dito;

c) os vícios da vontade (erro, fraude ou coação) seriam irrelevantes para o acordo, porém excluiriam a eficácia do consentimento;

d) para a doutrina dominante, a contrariedade aos bons costumes excluiria a validade do consentimento, mas não teria interferência no efeito excludor de tipicidade do acordo;

e) nos casos em que o autor desconhece a aprovação do titular do bem jurídico para sua lesão, os casos de acordo equivaleriam ao da tentativa inidônea, por estar presente o dolo delitivo, mas sem a realização do tipo objetivo; nos casos de consentimento, porém, o crime estaria consumado.<sup>80</sup>

f) por fim, o acordo putativo excluiria o dolo da conduta, mas, no consentimento, equivaleria, segundo a doutrina dominante, ao erro sobre os pressupostos objetivos de uma causa de justificação, abrindo a discussão se se trataria de erro de tipo permissivo ou erro de proibição, com consequências obviamente distintas.

Como veremos adiante, estas distinções perdem o sentido, ou, pelo menos, se relativizam, para aqueles que rechaçam a distinção entre acordo e consentimento trazida pela doutrina dualista.

#### 4.2.2 A teoria unitária e o consentimento como causa de exclusão da tipicidade

Doutrina em franca expansão é a que defende que o consentimento do ofendido teria, em todos os casos, o efeito de excludente de tipicidade, ainda que o dissenso não faça parte da redação do tipo penal.

Jescheck e Weigend explicam que

Mientras que la doctrina dominante todavía interpreta el consentimiento como una causa de justificación, una importante

<sup>79</sup>

Ibid., p. 513/515.

<sup>80</sup>

Neste ponto, Roxin salienta que a maioria dos autores que consideram o consentimento como causa de justificação querem empregar diretamente ou por analogia as regras da tentativa, chegando assim ao mesmo resultado que no desconhecimento do acordo. Roxin pondera que isto requereria uma fundamentação adicional, que não é necessária no acordo.



minoría ve en el mismo una circunstancia que excluye el tipo. En cierto modo, esta concepción entiende la falta de consentimiento como un elemento negativo del tipo y, de acuerdo con ello, su concurrencia en aquellos delitos en los que el bien jurídico se abandona a la disponibilidad de su titular lo configura como una circunstancia que desde un principio priva de relevancia penal al suceso.<sup>81</sup>

Tal posicionamiento, conforme defiende Roxin, resulta da adoção de um teoria liberal, que destaca o carácter utilitário dos bens jurídicos. Assim, “no puede existir lesión alguna del bien jurídico cuando una acción se basa em una disposición del portador del bien jurídico que no menoscaba su desarrollo, sino que, por el contrario, constituye su expresión.”<sup>82</sup>

Segundo salienta Damásio,

Verifica-se hoje, na doutrina da imputação objetiva, tendência de conceder ao consenso da vítima maior relevância no terreno da tipicidade e não da antijuridicidade, i. e., os penalistas estão começando a considerar que a contribuição do ofendido na prática do fato, mediante consentimento, nas hipóteses em que o tipo não menciona o dissentimento, deve produzir efeito no plano da tipicidade, excluindo-a, e não no da ilicitude.<sup>83</sup>

A doutrina que sustenta a exclusão da tipicidade para todos os casos de consentimento válido preconiza que os bens jurídicos não devem ser entendidos como valiosos em si, mas somente em função do proveito e desenvolvimento de seu titular.

Assim, afirma Roxin que,

si el propietario, en virtud de una decisión libre, consiente en el menoscabo o en la destrucción de sua cosa, o incluso lo solicita, no existe en ello ninguna lesión de la posición de propietario, sino una cooperación en su ejercicio libremente tolerado.<sup>84</sup>

Roxin sustenta que “la opinión contraria confunde objeto del hecho con bien jurídico: en efecto, se produce un deterioro de la cosa concreta (del objeto del hecho), pero eso no es un ataque a la propiedad, sino un apoyo a su ejercicio.”<sup>85</sup>

Jescheck e Weingend afirmam que

Esta visión se fundamenta en el hecho de que em las disposiciones penales que protegen bienes jurídicos disponibles, el verdadero bien jurídico no es la integridad del objeto sino el dominio autónomo del titular sobre los bienes jurídicos a él subordinados. Sin embargo, con

<sup>81</sup> Ibid., p. 402.

<sup>82</sup> Ibid., p. 517.

<sup>83</sup> JESUS, Damásio E. de. *Imputação Objetiva*, p. 55.

<sup>84</sup> Op. cit., p. 517.

<sup>85</sup> Op. cit., p. 517.

ello tiene lugar una subjetivización del concepto de bien jurídico que no concuerda con el significado que también posee todo bien jurídico individual como valor comunitario.<sup>86</sup>

De acordo com Zipf, citado por Manuel da Costa Andrade<sup>87</sup>,

Todos os tipos penais em relação aos quais o consentimento é possível pressupõem uma actuação contra a vontade do portador do bem jurídico. O abandono eficaz do bem jurídico (*Rechtsgutspreisgabe*) exclui uma lesão penalmente relevante do bem jurídico, precludindo o preenchimento da factualidade típica.

Manuel da Costa Andrade ressalta que “[...] todos estes autores privilegiaram o conceito de *interesse* para dar expressão a um objecto do crime de estrutura fundamentalmente subjectivista-relacional, sc., concebido como uma relação concretizada de vontade.”<sup>88</sup>

Neste sentido, Roxin afirma que

La propiedad sólo puede ser ejercida mediante la voluntad del propietario y sin referencia a él es un concepto sin sentido; la libertad de movimiento presupone la voluntad (al menos latente) de quien quiere moverse; por sí mismo el cuerpo es objeto de protección no como conglomerado de carne y huesos, sino sólo en conjunción con el espíritu que vive em él y lo domina.<sup>89</sup>

Com acerto, Rudolphi, citado por Roxin<sup>90</sup>, explica que

Bien jurídico y poder de disposición sobre el bien jurídico forman no sólo una unidad, sino que objeto de disposición y facultad de disposición son, em su relación mutua, de por sí, el bien jurídico protegido en el tipo.

Assim, para os doutrinadores partidários da teoria unitária – em que acordo e consentimento coincidem, e sempre excluem a tipicidade penal – a ofensa a bens jurídicos amparada por um consentimento válido de seu titular descaracteriza o desvalor do resultado, e com ele o desvalor da ação, tornando a conduta um indiferente penal.

Na esteira de Mezger, Roxin<sup>91</sup> pontua que o consentimento do ofendido constitui uma categoria cujos pressupostos não coincidem com os das clássicas causas de justificação (causas de exclusão da ilicitude penal), uma vez que estas se

<sup>86</sup> Ibid., p. 402.

<sup>87</sup> ZIPF apud ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, p. 176.

<sup>88</sup> Ibid., p. 177.

<sup>89</sup> Ibid., p. 518.

<sup>90</sup> RUDOLPHI apud ROXIN, Claus, Ibid., p. 518.

<sup>91</sup> MEZGER apud ROXIN, Claus, Ibid., p. 521.

baseiam no princípio da ponderação de interesses, inexistente nos casos de consentimento.

Embora alguns doutrinadores defendam que há uma ponderação entre a liberdade individual frente ao interesse da comunidade na conservação dos bens jurídicos, há que se distinguir entre esta ponderação, feita em abstrato para vedar a disponibilidade de alguns bens jurídicos, e aquela concreta, em que o titular do bem jurídico opta por permitir a lesão de seu direito.

A disponibilidade do bem, por si só, elimina a necessidade de ponderação individual frente ao interesse coletivo, nos casos de consentimento válido.

No Brasil, esta é a posição também adotada por Carlos Alberto da Silveira Isoldi Filho que, citando Damásio de Jesus, sustenta que

[...] mesmo nas hipóteses em que a dissensão não está descrita no tipo, o consentimento da vítima deve produzir efeito no plano da tipicidade, excluindo-a, e não no âmbito da ilicitude, como causa supralegal de sua exclusão.<sup>92</sup>

Segundo esta concepção, a moderna teoria da imputação objetiva teria esvaziado o sentido do consentimento do ofendido como causa de exclusão da ilicitude.

De fato, há casos de aplicação do consentimento que podem ser melhor explicados pelas teorias e princípios mencionados, antes de se lançar mão do consentimento do ofendido.

“[...] o consentimento do ofendido configura sempre uma causa de exclusão da tipicidade, que deve ser utilizada subsidiariamente pelo intérprete quando a aplicação do conceito de atipicidade conglobante e dos princípios da adequação social, do risco permitido, da confiança e da insignificância não forem suficientes para concluir pela atipicidade do fato.<sup>93</sup>

No entanto, ainda assim, o autor admite hipótese em que nenhuma dessas excludentes de tipicidade poderá ser aplicada, restando campo em que somente o consentimento do ofendido poderá excluir a tipicidade material do fato e isentar o autor da responsabilidade penal.

É o que ocorre nos casos de cirurgias para mudança de sexo em indivíduos transexuais:

Um exemplo de aplicação do consentimento do ofendido como único fator de exclusão da tipicidade material é a conduta do médico na

---

<sup>92</sup> JESUS, apud ISOLDI FILHO, Carlos Alberto da Silveira. *Causas de exclusão da tipicidade*, p. 84.

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 84/86.

cirurgia de ablação de órgão sexual masculino. Nessa situação, a atividade médica não é exatamente de ordem terapêutica e, assim, tal comportamento não é fomentado ou imposto por outra norma existente no ordenamento jurídico, razão pela qual não há que se falar em atipicidade conglobante. A lesão corporal causada é de natureza grave (art. 129, §2º, inciso III, do Código Penal), portanto não se pode aplicar o princípio da insignificância. Também não podemos dizer que, na atualidade, a “*mudança de sexo*” seja aceita pela sociedade, pois é difícil afirmar que tal fato esteja em consonância com o bom costume. Aplicando-se apenas esses critérios, a conduta do médico seria típica. Porém, levando-se em consideração o consentimento do ofendido, concluímos pela atipicidade material do fato, apesar de formalmente típico.<sup>94</sup>

É inegável, portanto, a existência de hipóteses em que somente o consentimento do ofendido poderá, adequadamente, excluir a responsabilidade pelo delito.

#### 4.2.2.1 Repercussões práticas da adoção da teoria unitária

Antes de consistir em mero preciosismo dogmático, a opção por considerar, em todos os casos, o consentimento do ofendido como causa de exclusão da tipicidade do delito importa em consequências práticas relevantes para aquele que agiu com base no consentimento.

Conforme ressaltam Jescheck e Weigend,

La cuestión de si el consentimiento excluye ya la tipicidad de la acción o si, por el contrario, se configura como una causa de justificación podría quedar abierta si careciera de trascendencia práctica. Pero éste no resulta ser el caso. Antes bien, las consecuencias prácticas son las mismas que si se tratara a las causas de justificación como elementos negativos del tipo. Por una parte, el tratamiento del error acerca de los presupuestos del consentimiento depende de su posición en el sistema. Y de otra, su ubicación es determinante para castigar por tentativa o por delito consumado en aquellos supuestos en los que la existencia del consentimiento ha pasado inadvertida para el autor.<sup>95</sup>

Já no campo processual, tradicionalmente, adota-se a posição técnica de que, em caso de comprovada existência de excludente de ilicitude, seu reconhecimento deve ser feito quando da prolação da sentença, ou seja, apenas após o curso do processo, com todos os prejuízos e constrangimentos que este muitas vezes acarreta ao agente.

---

<sup>94</sup> Ibid., p. 85/86.

<sup>95</sup> Ibid., p. 402/403.

Por sua vez, em caso de excludente de tipicidade, o inquérito policial não deverá sequer ser instaurado, ou, se a excludente restar evidenciada ao final das investigações, deverá a Autoridade Policial remeter os autos de inquérito à Justiça recomendando seu arquivamento.

Como ensina a doutrina,

Nesses casos, o delegado de polícia não é obrigado a instaurar formalmente o inquérito policial por portaria. Basta fundamentar que o procedimento não foi iniciado, tendo em vista que o fato comunicado não é crime, em razão da exclusão da tipicidade em virtude [...] do consentimento da vítima, ou pela utilização do critério da atipicidade conglobante.<sup>96</sup>

Da mesma forma,

Nos casos em que a autoridade policial instaurar o procedimento inquisitório e, após a colheita de provas, verificar que não houve crime por estar excluída a tipicidade material do fato, deve concluir seu relatório pugnando pelo arquivamento do inquérito.<sup>97</sup>

Na mesma linha de raciocínio, o Delegado de Polícia não deverá autuar em flagrante delito o conduzido suspeito pela prática de crime, se desde já restar evidenciada a hipótese de consentimento válido.

A prisão, neste caso, estaria claramente sujeita a relaxamento, haja vista a ilegalidade do acautelamento por fato atípico.

Por coerência, ainda que haja indiciamento do agente, o Ministério Público não deverá oferecer denúncia nestes casos, já que ausentes o interesse de agir e a justa causa para a ação penal.

[...] o membro do Ministério Público, como titular da ação penal, pode, diante de um caso concreto, valorar o fato, utilizando os critérios de exclusão da tipicidade material, concluindo que evidentemente não houve crime e, como corolário, requerer o arquivamento de inquérito policial ou quaisquer peças de informação para que o juiz homologue (art. 129, inc. I, da Constituição Federal; art. 28 e art. 43, inc. I, do Código de Processo Penal).<sup>98</sup>

O juiz, por sua vez, não deve aguardar o momento de prolação da sentença para reconhecer a excludente de tipicidade. Deve fazê-lo logo por ocasião do recebimento ou não da denúncia, rejeitando a peça inicial.

Evitam-se, assim, processos estéreis, desvinculados de sua função

---

<sup>96</sup> ISOLDI FILHO, Carlos Alberto da Silveira. *Ibid.*, p. 87.

<sup>97</sup> *Ibid.*, p. 88.

<sup>98</sup> *Ibid.*, p. 90.

instrumental. Com efeito, o processo penal não pode constituir em incursão não autorizada do Estado na vida privada dos indivíduos.

O apego de alguns operadores do direito a um formalismo excessivo acarreta inúmeros prejuízos, não só para aquele que está sendo inutilmente submetido a um processo cujo fim inevitável será a absolvição, mas também para toda a sociedade, que anseia por uma maior celeridade da Justiça Penal, e uma maior efetividade na persecução e condenação de autores de crimes graves.

Com efeito, conceituando o delito como fato típico e antijurídico (e culpável, segundo parte da doutrina), a exclusão do comportamento numa ou em outra fase (da tipicidade ou da ilicitude) tem importância prática. Atribuindo-se efeito de atipicidade ao consenso válido, impede-se a persecução criminal, atendemos a reclamos de um Direito penal democrático e garantista. Como só é admissível passar à apreciação de uma categoria a outra, isto é, do fato típico à ilicitude e desta à culpabilidade, "medida em que fiquem perfeitamente delineados os elementos pertencentes a cada uma", a imputação final, com as consequentes condenação e aplicação de pena, ganha foros de confiança e firmeza. Realmente, a apreciação do delito sob diversas fases de valoração, quais sejam, tipicidade, ilicitude e culpabilidade, estruturadas em sequência, "proporciona alto grau de racionalidade e segurança na aplicação do Direito e, ao diferenciar" essas etapas, "possibilita além disso, um resultado final justo". E esse "resultado final justo" pode ocorrer já no plano do fato típico, sem aguardar a fase da apreciação da ilicitude, em momento posterior.<sup>99</sup>

De fato, conforme orienta a teoria tripartida do delito, a análise da ilicitude ou antijuridicidade só tem razão de ser após já comprovada a tipicidade da conduta.

Ausente a própria tipicidade, não resta qualquer pressuposto para se cogitar da ilicitude da conduta e da culpabilidade do agente, tornando a persecução penal não só inútil, como abusiva.

### 4.3 Nossa posição

Antes de expormos nosso posicionamento acerca do enquadramento mais adequado do consentimento do ofendido na teoria do delito, necessária se faz uma incursão na teoria do Garantismo Penal, de forma a fornecer as bases jurídico-filosóficas de nossa opção.

---

<sup>99</sup> JESUS, Damásio E. de. *O consentimento do ofendido em face da teoria da imputação objetiva*, IBCCrim, Boletim 94, Set/2000. Disponível em [http://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/689-O-consentimento-do-ofendido-em-face-da-teoria-da-imputacao-objetiva](http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/689-O-consentimento-do-ofendido-em-face-da-teoria-da-imputacao-objetiva). Consultado em 21/11/2013.

#### 4.3.1 O garantismo penal

O garantismo penal, cujo maior expoente na doutrina italiana é Luigi Ferrajoli, é uma doutrina justificacionista. Busca, portanto, traçar argumentos de legitimidade para o direito penal e para a pena em si.

Como se expõe adiante<sup>100</sup>, o garantismo propõe um modelo constituído de procedimentos e condições para a imposição da pena privativa de liberdade que, justamente por concebê-la e admiti-la, encontra sua justificação, embora proponha alternativas a ela e até mesmo sua abolição, bem como a de alguns tipos penais.

Discute-se a qualidade, os limites, as condições e os momentos de imposição da pena, de forma a delimitar critérios segundo os quais ela poderá ser considerada legítima.

O ilícito, de acordo com a estrutura lógica das garantias, é uma condição normativa somente necessária e mas não suficiente para a aplicação da pena, que pode exigir condições ulteriores, tais como a ausência de eximentes, as condições de punibilidade e de procedibilidade, ademais de todo o resto de garantias penais e processuais que condicionam a validade da definição legal e a comprovação judicial do delito.<sup>101</sup>

Em alguns momentos, Ferrajoli propõe a substituição da pena privativa de liberdade por outras formas de sanção, ou até a abolição de determinadas espécies de pena, como a pena pecuniária.

[...] nem as penas privativas de liberdade, nem as penas pecuniárias, nas atuais circunstâncias, parecem estar em condições de satisfazer os fins que justificam o direito penal: umas, por serem demasiado aflitivas, outras, por serem demasiado pouco aflitivas, e tanto umas quanto outras, por serem ineficazes ou, pior ainda, contraproducentes. Quanto às penas privativas de direitos, sua disciplina vai-se revelando cada vez mais inócua e irracional.<sup>102</sup>

No entanto, todas as alternativas apresentadas por esta doutrina constituem, ainda, formas institucionalizadas, coercitivas e estatizadas de intervenção, firmando sua principal distinção frente ao abolicionismo penal.

Talvez a verdadeira utopia de hoje não seja a alternativa ao direito penal, mas, sim, o próprio direito penal e as suas garantias, não o abolicionismo, mas o garantismo, mesmo se inevitavelmente parcial

---

<sup>100</sup> Ver item 4.3.1 deste trabalho.

<sup>101</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*, p. 339.

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 378.

e imperfeito.<sup>103</sup>

Assim, não se critica a intervenção penal por ilegítima, embora se proponha novos meios e condições para a intervenção punitiva.

O garantismo tem como fonte o pensamento iluminista, e propõe como parâmetros e condições para a admissão de uma pena que esta seja humanizada – banindo, portanto, castigos físicos, cruéis, a pena de morte e a prisão perpétua – bem como necessária e proporcional ao delito cometido.

O garantismo penal é um modelo limite, ideal, norteador dos institutos e práticas do direito penal em dado sistema político, e que caracteriza esse próprio sistema político.

Constitui uma doutrina que parte da noção de separação entre direito e moral para propor um sistema racional de direito penal mínimo, com base nos princípios da lesividade e da legalidade estrita.

O princípio da lesividade [...] tem o valor de critério polivalente de minimização das proibições penais. E equivale a um princípio de tolerância tendencial da desviação, idôneo para reduzir a intervenção penal ao mínimo necessário e, com isso, para reforçar sua legitimidade e credibilidade.<sup>104</sup>

Para Ferrajoli, não só a pena, mas todo o sistema penal só serão legítimos se atenderem aos princípios do Sistema Garantista. Segundo o penalista, o sistema garantista é um modelo-limite, “apenas tendencialmente e jamais perfeitamente satisfável,”<sup>105</sup> baseado nos seguintes axiomas ou princípios axiológicos fundamentais:

A1 *Nulla poena sine crimine*, que expressa o princípio da retributividade;

A2 *Nullum crimen sine lege*, traduzido no princípio da legalidade;

A3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*, ou princípio da necessidade ou economia;

A4 *Nulla necessitas sine injuria*, que traduz o princípio da lesividade ou ofensividade;

A5 *Nulla injuria sine actione*, ou princípio da materialidade;

A6 *Nulla actio sine culpa*, tradução do princípio da culpabilidade;

---

<sup>103</sup> Ibid., p. 318.

<sup>104</sup> Ibid., p. 440.

<sup>105</sup> Ibid., p. 91.



A7 *Nulla culpa sine iudicio*, que expressa o princípio da jurisdicionariedade;

A8 *Nullum iudicium sine accusatione*, ou princípio acusatório;

A9 *Nulla accusatio sine probatione*, ou princípio da verificação ou do ônus da prova;

A10 *Nulla probatio sine defensione*, traduzido no princípio do contraditório ou da falseabilidade.

Estes dez princípios definem as bases do modelo garantista e combinam-se entre si, dando origem a cinquenta e seis teses, tendo em vista que cada um deles pode ser aplicado tanto como condição para o reconhecimento da prática do crime quanto como condição para a aplicação da pena.

A grande maioria das constituições ocidentais modernas, como é o caso da brasileira, adota os princípios do sistema garantista em seus textos.

O problema é que a realidade infraconstitucional é despida de alguns ou de vários destes princípios, gerando um dissenso entre o texto constitucional e as práticas institucionais penais.

Por isso, o mais adequado, conforme defende Ferrajoli<sup>106</sup>, é falar em “graus de garantismo”, à medida em que as práticas institucionais – legislativa, judiciária e policial – aproximem-se o máximo possível da efetivação de todos aqueles princípios ou mais se distanciem deles.

À medida em que determinado sistema se despe, em suas instâncias infraconstitucionais, dos princípios do modelo garantista, mais aproxima-se de um sistema autoritário.

Isto fica evidente principalmente se considerarmos que, ao subtrair-se uma daquelas garantias já enumeradas, necessariamente subtraem-se todas aquelas que lhes são dependentes e intrinsecamente relacionadas.

Os postulados A1 a A6 antes mencionados<sup>107</sup> expressam exigências de direito material, enquanto os demais se relacionam ao processo e às garantias processuais.

A positivação do consentimento do ofendido como causa de exclusão da tipicidade encontra respaldo direto nos postulados materiais do garantismo, e contribui para a adoção das premissas de um direito penal mínimo:

---

<sup>106</sup>

Ibid., p.95

<sup>107</sup>

Cf. p. 48 deste trabalho.

Frente à artificial função de defesa social, não é arriscado afirmar que o conjunto das penas cominadas na história tem produzido ao gênero humano um custo de sangue, de vidas e de padecimentos incomparavelmente superior ao produzido pela soma de todos os delitos.<sup>108</sup>

O garantismo se propõe, então, a conceber um sistema de base racional, cujos benefícios suplantem os custos inevitavelmente advindos da atuação coercitiva do Estado.

Neste ponto, chegamos à questão da legitimação das penas e do próprio direito penal.

Para o garantismo de Ferrajoli, as penas encontram legitimidade em dois fundamentos principais: o primeiro consiste na necessidade de prevenção da prática de futuros delitos; o segundo, firma o direito penal como substituto “humanizado” da vingança privada.<sup>109</sup>

No tocante ao fundamento de prevenção, Ferrajoli afirma que

o direito penal tem como finalidade uma dupla função preventiva, tanto uma como a outra negativas, quais sejam a prevenção geral dos delitos e a prevenção geral das penas arbitrárias ou desmedidas. A primeira função indica o limite mínimo, a segunda o limite máximo das penas.<sup>110</sup>

O garantismo defende que “o direito penal nasce não como desenvolvimento, mas, sim, como *negação da vingança*.”<sup>111</sup>

Segundo esta noção, a ideia moderna do direito penal surge exatamente no momento em que as primitivas vinganças privadas, resultado da relação bilateral entre vítima e agressor, são substituídas por um mecanismo triangular, que situa o juiz em um pólo imparcial da relação.

Precisamente – monopolizando a força, delimitando-lhe os pressupostos e as modalidades e precluindo-lhe o exercício arbitrário por parte dos sujeitos não autorizados – a proibição e a ameaça penal protegem os possíveis ofendidos contra os delitos, ao passo que o julgamento e a imposição da pena protegem, por mais paradoxal que pareça, os réus (e os inocentes suspeitos de sê-lo) contra as vinganças e outras reações mais severas.<sup>112</sup>

A pena seria, então, a reação estatizada, organizada e humanizada ao delito,

<sup>108</sup> FERRAJOLI, Luigi. Ibid., p. 355.

<sup>109</sup> Ibid., p. 309.

<sup>110</sup> Ibid., p. 385.

<sup>111</sup> Ibid., p. 309.

<sup>112</sup> Ibid., p. 311.

e que substituiria a ação de vingança da vítima ou de terceiros lesados pela prática criminosa.

Feitas tais considerações, é imprescindível trazer a discussão para o âmbito do consentimento do ofendido.

#### *4.3.2 O consentimento sob a ótica garantista*

A exposição realizada demonstra que a imposição de pena por uma lesão ou ameaça de lesão consentida pelo titular do bem jurídico não é legítima, na medida em que não cumpre qualquer finalidade preventiva.

A imposição de pena, nesses casos, também não tem o mérito de inibir a vingança privada, já que a própria vítima consente, e por isso mesmo não teria qualquer ímpeto de retaliar o agente pela conduta praticada.

De fato, o consentimento oriundo de uma decisão livre e consciente nada mais é que uma opção do titular do bem jurídico quanto a seu uso mais conveniente e proveitoso, ainda que tal proveito seja resultado exatamente da destruição ou lesão daquele bem.

Neste contexto, a definição do consentimento do ofendido como causa de exclusão da tipicidade reflete os anseios garantistas de justificação e legitimidade da punição, uma vez que traz novas possibilidades de eliminação da punição por ausência de lesividade e necessidade.

A adoção de uma teoria liberal, que valoriza a autonomia individual e preconiza uma menor intervenção estatal nas decisões do indivíduo, também nos conduz à aceitação deste posicionamento.

Assim, a lesão validamente consentida de um bem jurídico é, em todo caso, um indiferente penal, já que a punição, neste caso, violaria diversos dos postulados garantistas antes expostos.

É como se em todos os tipos penais que protegem bens jurídicos disponíveis, houvesse implicitamente inserido, em sua redação, o comando “contra a vontade do titular do bem jurídico tutelado”, mesmo naqueles tipos em que o verbo típico não traz a noção de dissenso ou discordância da vítima.

Não há como analisar o valor e a função de cada bem jurídico sem abrir mão do caráter relacional entre o bem e seu titular, bem como de seu titular e o Estado e

os demais membros do grupo social.

A lesão de um bem jurídico, para caracterizar um fato típico e, assim, carecedor da proteção penal, deve sempre pressupor o dissenso de seu titular.

Ora, não é difícil imaginar exemplos em que a destruição do objeto material da ação traz visível benefício ao titular do bem jurídico, e por isso mesmo é consentida por ele.

A demolição de uma casa velha, para que ali se erga um novo edifício ou o “desmanche” autorizado de um automóvel para venda de suas peças ilustram situações em que a destruição do objeto pode até render um acréscimo quantitativo do bem jurídico – no caso, o patrimônio.

Com relação às lesões corporais, Roxin pontua, com acerto, que

[...] ciertamente, existen aquí límites a la facultad de disposición individual; si se sobrepasan, el consentimiento no tiene ni eficacia de exclusión de la tipicidad ni de justificación. Pero allí donde el consentimiento es eficaz sin restricción, se desarrolla la personalidad también em el tratamiento que concede a su cuerpo. El peluquero, el podólogo, e incluso el cirujano plástico no menoscaban la libertad del cliente em el trato de su cuerpo, sino que le ayudan en la realización de su imagen corporal. Sin duda, efectúan una ingerencia em la sustancia del objeto del hecho (del cuerpo real) protegido em el §223, pero no menoscaban la integridad de la esfera corporal ajena y con ello el bien jurídico, cuya lesión presupone el tipo.<sup>113</sup>

Estamos acordes com o posicionamento do mestre alemão, por concordarmos que a lesão ou destruição do objeto – corpo, patrimônio – não significa, necessariamente, a lesão ou destruição do bem jurídico, cuja proteção só tem sentido em virtude do desenvolvimento livre de seu titular.

Conforme leciona Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina,

Não parece haver muito rendimento sistemático na distinção entre acordo (consentimento dado quando o tipo penal exige dissentimento) e consentimento em sentido estrito (consentimento dado quando o bem jurídico é disponível), que seriam espécies do gênero aquiescência. Fundamental não parece ser a distinção semântica, sim, a função que o consentimento cumpre em cada caso concreto. Outra constatação importante: o consentimento válido da vítima nos casos em que produz efeitos penais afasta a conflitividade, que é barreira intransponível da incidência do Direito penal. Sem conflitividade (e afetação desvalorada de bens jurídicos alheios) não há delito.<sup>114</sup>

De fato, o consentimento válido dado pelo titular do bem jurídico elimina

<sup>113</sup> Ibid, p. 517.

<sup>114</sup> GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos. *Direito Penal – Parte Geral*, p. 245

totalmente qualquer interesse de tutela do direito penal, visto o fim de pacificação deste. Se não há conflito, não há motivos para a interferência violenta do Estado na vida privada dos indivíduos.

O consentimento afeta sempre a tipicidade, em seu aspecto formal – nos casos em que o dissenso faz parte da redação da figura típica – ou material – para os demais casos de consentimento válido (que, para a teoria dualista, consistiriam em causa de exclusão da ilicitude).

Segundo Gomes e Molina,

A razão da exclusão da tipicidade nesse caso (e não da antijuridicidade, como dizia a doutrina antiga) é a ausência de conflitividade. ZAFFARONI diz que nesse caso fica excluída a tipicidade conglobante; para nós fica excluída a tipicidade material. O fundamento dogmático para a exclusão da tipicidade seria a falta de antinormatividade para ZAFFARONI e, para nós, a ausência de risco proibido. Não gera risco proibido a conduta que foi consentida validamente pela vítima.<sup>115</sup>

Além disso, a distinção entre acordo e consentimento, proposta pela teoria dualista<sup>116</sup>, revela uma fragilidade óbvia, se considerarmos que a redação dos tipos penais não segue modelos universais.

A opção do legislador por uma forma ou outra de descrever a conduta típica poderia trazer alterações na classificação da anuência do titular do bem jurídico – se caracterizadora de um acordo ou do consentimento propriamente dito.

Não se trata, portanto, de uma diferenciação ontológica, essencial, resultante da natureza das coisas, mas de uma distinção puramente aleatória e artificial, que variaria de acordo com o estilo e até com o idioma do legislador.

A este respeito, Roxin pondera que

No obstante, em cualquier caso, las eventuales diferencias no pueden extraerse de las premisas sistemáticas, ni tampoco de una pretendida diferente “naturaleza” de consentimiento y acuerdo em la que se basen éstas. Como se trata siempre de problemas referentes al tipo, los divergentes presupuestos de eficacia sólo pueden resultar de la estructura de los correspondientes tipos. La separación de acuerdo y consentimiento es, por otra parte, de poca importancia y depende em gran medida de presupuestos del próprio lenguaje, por ejemplo, de si la lengua alemana dispone de un término que permita expresar el intervenir contra la voluntad del portador del bien jurídico, ya em la formulación de la acción típica (“allanar”, “coaccionar”, etc.) o, por lo menos, em una expresión emblemática de la descripción del tipo delictivo (“vulneración” de la confidencialidad de la palabra, de

---

<sup>115</sup> Op. cit., p. 245

<sup>116</sup> Neste ponto, sobre a doutrina dualista, remetemos o leitor ao item 4.2.1 deste trabalho.

un secreto, etc).<sup>117</sup>

Por fim, após uma análise mais acurada, não há como aceitar a suposta semelhança do consentimento do ofendido com as causas legais de exclusão da ilicitude, baseada na ponderação de interesses, para admiti-lo como excludente de antijuridicidade.

De fato, não há como crer que, em cada caso de consentimento válido, o titular do bem jurídico lesado tenha sopesado seu interesse naquela lesão *versus* o interesse coletivo de manutenção do objeto sobre o qual recai a tutela penal.

O que há, no caso, é a manifestação da vontade do indivíduo, que em nada subjuga o interesse coletivo, sequer questionado.

A cada caso de consentimento, não há, em paralelo, o sacrifício do interesse da coletividade na manutenção do bem, até porque o livre desenvolvimento do indivíduo é congruente, e não conflitante com o interesse coletivo.

Pelos argumentos aqui expostos, filiamo-nos, portanto, à corrente unitária, admitindo que o consentimento do ofendido, em todos os casos, exclui a tipicidade penal, nada restando a indagar acerca da ilicitude do fato ou da culpabilidade do agente.

---

<sup>117</sup>

Ibid., p. 526.

## 5 REQUISITOS PARA O CONSENTIMENTO VÁLIDO

Embora seja admitido pelo ordenamento jurídico, o consentimento – seja no sentido de acordo, seja no sentido de consentimento propriamente dito, conforme discussão exposta retro<sup>118</sup> –, só será considerado válido e apto a produzir efeitos se presentes determinados requisitos.

Alguns destes requisitos relacionam-se com o bem jurídico objeto da tutela, outros se relacionam com a pessoa de seu titular, e também a quem o consentimento é dirigido.

De toda forma, ausente ainda que apenas um deles, o consentimento não será válido, e restará perfeita a tipicidade ou a ilicitude da conduta, conforme a teoria que se adote.

### 5.1 A vontade livre

O primeiro elemento cuja análise deve ser procedida para admitir o valor excludente do consentimento é a própria vontade do titular do bem jurídico.

Para que dê ensejo à excludente, a vontade manifestada, por óbvio, deve ser livre, tanto física quanto psicologicamente.

O consentimento deve consistir em uma “vontade séria, livre e esclarecida” do ofendido, e por conseguinte consiste num acto de vontade racional e livre. Estas qualificações implicam a relevância dos vícios da vontade que afectam a vontade séria, livre e esclarecida: erro sobre o facto e seu significado, engano ou coacção. Não se exige, porém, qualquer forma particular de expressão do consentimento (nº 2 do art. 38º).<sup>119</sup>

Desta forma, incapaz de excluir a tipicidade penal é o consentimento dado em virtude de coacção – física ou moral -, de fraude ou de erro.

Qualquer declaração de vontade viciada implica a invalidade do consentimento. Não importa qual o vício: erro, dolo, coacção, etc. A declaração de vontade deve corresponder à vontade real, além de originar-se de uma verdadeira representação da realidade.<sup>120</sup>

A doutrina é acorde em frisar que:

Per essere efficace, ovviamente, il consenso deve essere stato

<sup>118</sup> Sobre a natureza jurídica do consentimento, remetemos o leitor ao Capítulo 4, supra.

<sup>119</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Ibid.*, p. 142.

<sup>120</sup> REISS, Michel Wencland. *Ibid.*, p. 71.

prestato *liberamente*: un “consenso” prestato per effetto di minaccia o violenza non è, evidentemente, un vero consenso. Ma il consenso deve altresì esse immune da *errore*; non deve, cioè, essere stato prestato per effetto di un inganno, perpetrato dall'autore del fatto o da terzi; nè deve, comunque, essere viziato da un errore di chi presta il consenso.<sup>121</sup>

Presente, pois, o requisito da vontade livremente manifestada, podemos considerar os demais requisitos que, se observados simultaneamente, conferirão validade ao consentimento.

Passemos à análise pormenorizada de cada um deles.

## 5.2 Disponibilidade do bem jurídico

A existência de um bem jurídico é pressuposto central da tutela conferida pelo direito penal, posto que uma conduta só assume relevância quando lesa ou põe em risco um bem cuja proteção é realizada pelo direito penal.

El punto de partida y la idea rectora de la formación del tipo es el bien jurídico. Los bienes jurídicos son intereses de la comunidad cuya protección garantiza el Derecho penal. La protección a través del Derecho penal significa que mediante las normas jurídicas son prohibidas, bajo la amenaza de una pena, aquellas acciones que son idóneas para menoscabar estos intereses de un modo especialmente peligroso. El tipo parte, pues, de la norma y ésta lo hace del bien jurídico.<sup>122</sup>

Como ressaltam Zaffaroni e Pierangeli <sup>123</sup>, não há como admitir um sistema penal cujo referencial de punição esteja desvinculado da proteção de um bem jurídico.

Este desapego é típico de sistemas autoritários, onde a punição tem um valor em si mesma, não voltada aos interesses da coletividade, mas tão somente à manutenção do poder e à vontade do soberano.

Neste sentido, Sheila Jorge Selim de Sales explica que

Com a “Escola de Kiel”, formada por estudiosos alemães de ideologia nacional-socialista, a teoria do bem jurídico sofreu o mais demolidor ataque. Alguns estudiosos sustentam que com ela se produziu uma verdadeira negação do conceito. O cerne do fato punível passa a ser a “violação do dever de fidelidade ao Estado ético, personalizado no *Führer*”.<sup>124</sup>

<sup>121</sup> FIORE, Carlo, *Ibid.*, p. 311/312.

<sup>122</sup> JESCHEK, Hans-Heinrick; WEIGEND, Thomas. *Ibid.*, p. 274.

<sup>123</sup> *Ibid.*, p. 402

<sup>124</sup> SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de Direito Penal*, p. 119.



E complementa:

No direito penal marxista, a aniquilação do conceito e sua instrumentalização para fins declaradamente políticos não foi menor. [...]

O crime passa a ser definido como um fato anti-social, perigoso para os interesses classistas (do proletariado), isto é, do Estado socialista. Objeto da tutela penal é a potencialidade lesiva do fato perigoso contra a edificação do Estado socialista. A indagação sobre o crime cinge-se a verificar se a conduta do agente foi ou não fiel ao interesse social.<sup>125</sup>

Rechaçando tal deturpação do sentido de bem jurídico, Jescheck e Weigend afirmam que

Los tipos delictivos están orientados hacia uno o varios bienes jurídicos. La cuestión de si existen disposiciones penales sin relación alguna con un bien jurídico y de si aquellas serían admisibles desde una perspectiva liberal es negada mayoritariamente.<sup>126</sup>

De fato, a análise do fato incriminado só tem sentido sob o aspecto do bem jurídico e da necessidade de sua proteção. Daí porque a doutrina penal evoluiu para exigir outros contornos da tipicidade, que não se esgotam na mera tipicidade formal da conduta.

Não se concebe a existência de uma conduta típica que não afete um bem jurídico, posto que os tipos não passam de particulares manifestações de tutela jurídica desses bens. Embora seja certo que o delito é algo mais – ou muito mais – que a lesão a um bem jurídico, esta lesão é indispensável para configurar a tipicidade. É por isso que o bem jurídico desempenha um papel central na teoria do tipo, dando o verdadeiro sentido teleológico (de *telos*, fim) à lei penal. Sem o bem jurídico, não há um “para quê?” do tipo e, portanto, não há possibilidade alguma de interpretação teleológica da lei penal. Sem o bem jurídico, caímos num formalismo legal, numa pura “jurisprudência de conceitos.”<sup>127</sup>

A eleição de determinado bem como bem jurídico penalmente tutelável é, sem dúvida, o resultado de uma reflexão axiológica feita pelo legislador.

El bien jurídico es reconocido como la base de la estructura y de la interpretación de los tipos. Su concepto, sin embargo, no debe ser equiparado con la ratio legis sino que debe poseer en sí mismo un decidido contenido real preexistente a la norma penal, ya que de lo contrario no podría cumplir con su función sistemática como criterio para el contenido, significado y delimitación de la disposición penal. Según ello, el bien jurídico debe entenderse como un valor abstracto

<sup>125</sup> Ibid., p. 120.

<sup>126</sup> Ibid., p. 276.

<sup>127</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Ibid., p. 398/399.

del orden social protegido jurídicamente, en cuya defensa está interesada la comunidad y cuya titularidad puede corresponder a un individuo o a la colectividad.<sup>128</sup>

Esta característica valorativa, no entanto, não desnatura sua função de garantia, uma vez que é exatamente tal valoração que constitui o parâmetro para eleger os bens que merecem a tutela penal – com a imposição de uma pena para sua lesão – e o que se considera “lesão” ou “dano” merecedores de resposta penal em determinado momento histórico.

Palavras como “lesão”, “dano” e “bem jurídico” são claramente valorativas. Dizer que um determinado objeto ou interesse é um “bem jurídico” e que sua lesão é um “dano” é o mesmo que formular um juízo de valor sobre ele; e dizer que é um “bem penal” significa, ademais, manifestar um juízo de valor que avaliza a justificação de sua tutela, recorrendo a um instrumento extremo: a pena. Mas isto significa também, inversamente, que um objeto “deve ser” (julgado e considerado como) um “bem” para que esteja justificada sua tutela penal; e, mais ainda, que o valor que ao mesmo associado deve ser superior ao do que se atribui aos bens de cuja ofensa não decorra penal alguma.<sup>129</sup>

Obviamente, tal caráter axiológico do bem jurídico dá lugar a definições mais autoritárias ou mais garantistas, a depender do perfil político que se adote na elaboração de cada ordenamento jurídico-penal.

Por isso é que, historicamente, a noção de bem jurídico assumiu contornos bastante diversos, já que sua definição é externa ao direito, independente dele<sup>130</sup>, e assume conceitos sempre variados, a depender da ótica do legislador.

Após a Segunda Guerra Mundial, com o renascimento de uma cultura penal liberal e democrática, o conceito de bem jurídico recuperou o seu caráter garantista, graças ao trabalho de um notável número de penalistas que, de um lado, restauraram sua referência semântica a situações objetivas e a interesses de fato independentes das (ou prévio às) normas jurídicas, e, de outro, devolveram a relevância crítica e a função axiológica, ainda que seja apenas como limite interno referido a valores ou bens constitucionais.<sup>131</sup>

Assim como a discussão de seu conceito, o debate acerca da disponibilidade do bem jurídico também é dos mais perturbadores no âmbito do direito penal.

Leciona Von Liszt que

A ofensa de um bem jurídico com o consentimento do ofendido só exclui a ilegalidade do acto, quando e até onde o direito público

<sup>128</sup> JESCHEK, Hans-Heinrick; WEIGEND, Thomas. *Ibid.*, p. 275.

<sup>129</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Ibid.*, p. 428.

<sup>130</sup> *Ibid.*, p. 430.

<sup>131</sup> *Ibid.*, p. 431.

permite a disposição de tal bem, e o titular, são de espírito, delle dispõe seriamente. Entende-se que a ordem jurídica nega o poder de dispor, quando liga ao bem em questão uma importância que vae além da pessoa do respectivo titular.<sup>132</sup>

A grande dificuldade dos estudiosos reside em definir os critérios de disponibilidade ou indisponibilidade de determinado bem jurídico. Em outras palavras, cumpre estabelecer qual ou quais características o bem jurídico deve apresentar para ser considerado disponível ou indisponível.

Parte da doutrina adota o critério da utilidade social. Seriam disponíveis os bens que não apresentam utilidade social para além daquela própria de seu titular. Indisponíveis seriam, ao contrário, os bens que, ainda que tenham um único titular definido, apresentem utilidade que transcenda o mero interesse daquele.

A propósito, afirma Antolisei:

In linea generale la dottrina, dopo molti tentativi che non è il caso di ricordare, propende a ritenere – in armonia con quanto si è detto sul fondamento di questa causa di giustificazione – che il consenso sia efficace a rendere lecita l'offesa di un bene nei casi in cui lo stesso non presenta anche un'immediata utilità sociale. Sono disponibili, quindi, anzitutto i diritti che lo Stato riconosce in modo esclusivo per garantirne al singolo il libero godimento. Ma non può essere esclusa a priori rilevanza al consenso dello Stato o di altri enti pubblici legittimamente espresso. Con ciò, quindi, è fornito soltanto un criterio direttivo, il quale ha bisogno di specificazione per la sua applicazione concreta.<sup>133</sup>

No mesmo sentido, Alfonso Reyes Echandía:

[...] lo cierto es que existen bienes penalmente tutelados cuyo titular es el Estado, la sociedad o la persona individualmente considerada; que em relación com los dos primeros, su disponibilidad es jurídicamente ineficaz porque trascienden el plano de lo particular para adentrarse em el ámbito de lo social, porque su lesión no solo afecta a una persona sino a toda la colectividad o al Estado mismo, y porque no siendo sujeto pasivo de las conductas típicas que protegen tales bienes una persona física determinada sino el Estado o la sociedad, no sería lógico en el primer caso ni posible en el segundo la manifestación de voluntad con que se exterioriza el consentimiento; y que em relación com el último titular (persona individualmente considerada), tal disponibilidad es jurídicamente eficaz en la medida em que no se refiere a bienes o derechos em cuya conservación está interesado de modo directo e inmediato el próprio Estado, como sucede con el bien jurídico de la vida e integridad personal.<sup>134</sup>

Villalobos sustenta que:

<sup>132</sup> VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão – vol. I*, p. 245.

<sup>133</sup> *Ibid.*, p. 291.

<sup>134</sup> *Idem. La antijuridicidad*, p. 324.

Sólo cuando el interés social consiste en amparar un interés privado de que puede disponer su beneficiario, como la propiedad sobre bienes determinados, y por tanto cuando ambos intereses coinciden íntegramente de manera que desaparecido el interés individual desaparezca también el interés social; cuando el individuo se pueda decir por ello que es titular del interés protegido, de suerte que pueda renunciarlo válidamente; cuando la tutela recaiga sobre el ejercicio de una libertad, de manera que el consentimiento de las partes signifique el ejercicio y aprovechamiento del bien protegido y no de su desconocimiento del sujeto pasivo, entonces puede afirmarse, excepcionalmente, que el consentimiento constituye una excluyente de antijuridicidad.<sup>135</sup>

Segundo este critério, portanto, não haveria possibilidade de consentimento naqueles crimes que ofendem diretamente o interesse do Estado, ou naqueles que agredem bens jurídicos pertencentes à coletividade.

Está excluido de antemano un consentimiento em bienes jurídicos cuya lesión se dirige contra la comunidad. Incluso cuando es una persona individual la que resulta inmediatamente afectada por el hecho, ella no puede consentir em la lesión, porque el bien jurídico no está a su disposición. Así, el perjurio (§ 154) concertado entre dos litigantes es punible, por tanto, a pesar del consentimiento de la otra parte, porque de una o otra forma resulta perjudicada la administración de justicia como bien jurídico protegido em los delitos de falso testimonio. Tampoco en una falsificación de documentos (§ 267) puede consentir el “perjudicado”, pues el bien jurídico protegido es la pureza del tráfico probatorio y no el interés individual del afectado. Del mismo modo, em la usurpación del estado civil (§ 169) y em la bigamia (§ 171) se protegen intereses de la comunidad (a saber, respectivamente, el *status* jurídico familiar em el ámbito público y el ordenamiento matrimonial estatal), de modo que la aquiescencia de la “víctima” de la usurpación del estado civil o del primer cónyuge carece de significado. Este principio tampoco se relativiza por el hecho de que los órganos encargados de la protección constitucional puedan permitir acciones que sin su autorización serían peligrosas para el Estado; pues em esos casos la autoridad actúa como representante del Estado, que es protegido por esa disposición.<sup>136</sup>

Tradicionalmente, os bens patrimoniais são classificados como essencialmente disponíveis. Em extremo oposto, o bem jurídico *vida* é considerado indisponível por excelência. A integridade física, por sua vez, seria disponível até o limite de lesões que não causem danos permanentes, ou que não ofendam os bons costumes.

[...] nel diritto odierno l'uomo non è illimitatamente *dominus membrorum suorum*. L'integrità física è considerata essenziale

<sup>135</sup> Ibidem., p. 352.

<sup>136</sup> ROXIN, Claus. Ibidem., p. 526/527.

affinché l'individuo possa adempiere i suoi doveri verso la famiglia e la società. In conseguenza sono proibite le alterazioni del corpo che diminuiscono in modo notevole il valore sociale dell'uomo, impedendogli o rendendogli difficile di fare quanto gli impone l'ordinamento dello Stato, e la disponibilità è circoscritta a quegli atti che non producono una menomazione permanente dell'integrità fisica o che non sono altrimenti contrari alla legge [...], all'ordine pubblico o al buon costume.<sup>137</sup>

Como visto, sustenta a doutrina que disponíveis são os bens jurídicos protegidos em função exclusiva do interesse de seu titular.

Indisponíveis, por outro lado, seriam aqueles bens que o Estado tem interesse de proteger, em nome de toda a coletividade, a despeito do interesse de seu titular, ou aqueles bens que, por sua própria natureza, pertenceriam a titulares vários ou indeterminados.

Sólo puede consentir aquel que sea titular único del interés jurídicamente protegido. En los casos em que simultáneamente se protege el interés público, es ineficaz el consentimiento del afectado individualmente [...].<sup>138</sup>

Como critério auxiliar, a doutrina traça um paralelo entre os bens disponíveis, relacionando-os às ações públicas condicionadas ou privadas, bem como entre os bens indisponíveis, relacionando-os às ações públicas incondicionadas.

Busca-se, assim, um parâmetro para definir a disponibilidade ou indisponibilidade do bem jurídico baseado em regras procedimentais.

Como explica Mantovani,

Non è a tal fine decisiva la distinzione tra reati perseguibili d'ufficio e reati perseguibili a querela di parte. Data la sua peculiare finalità, la querela può essere, al più, un indice di disponibilità: *non necessario*, però, perché i reati perseguibili d'ufficio possono riguardare anche beni disponibili (artt. 624,638/2, 640/2). Né *sufficiente*, perché i reati perseguibili a querela possono riguardare anche beni indisponibili (quando la querela è ammessa non per la tenuità della offesa ma, ad es., per l'abnorme finalità di alleggerire il carico della giustizia: art. 590/2). La distinzione va fatta per *categorie di beni*.<sup>139</sup>

Bettiol e Mantovani ressaltam que o caráter de disponibilidade do bem jurídico não pode ser explicado pela necessidade ou não de representação da vítima para a ação penal, uma vez que a representação criminal e o consentimento do ofendido se prestam a finalidades muito diversas para que um possa se explicar em razão do

<sup>137</sup> ANTOLISEI, Francesco. Ibid., p. 294.

<sup>138</sup> WELZEL, Hans. Ibid., p. 139.

<sup>139</sup> Ibid., p. 263.

outro<sup>140</sup>.

No direito penal italiano, a representação pode ser exigida mesmo em caso de crimes considerados graves, nos quais o consentimento não opera efeitos. Neste sentido, os autores citam o exemplo da corrupção de menores, em que é necessária a representação criminal do responsável, porém não se admite que este consinta com a lesão.<sup>141</sup>

Ignácio Villalobos já fazia esta mesma crítica com relação à legislação mexicana, ao destacar que

[...] ya se lamentó antes que nuestro Código haya remetido [...] a los delitos cuya persecución exige la querrela de parte, criterio empírico y aproximado que nada tiene de científico ni en forma alguna hace referencia a las razones que dan validez a tal consentimiento sino que más bien parece alimentarse del viejo error que consideraba como “delitos privados” a esa clase de infracciones cuya persecución se deja al arbitrio del ofendido.<sup>142</sup>

A importância de um bem jurídico e sua maior ou menor disponibilidade não devem, de toda forma, ser analisadas em termos absolutos, mas em cotejo com “[...] a desproporção entre o valor da liberdade pessoal afetada pela pena e o valor dos bens atacados pelo delito [...]”.<sup>143</sup>

### 5.2.1 Disponibilidade do bem jurídico “integridade física”

Tratando-se do bem jurídico “integridade física”, a doutrina costuma classificá-lo como disponível, a não ser em caso de lesões irreversíveis ou que firam os bons costumes.

O consentimento será ineficaz quando a ofensa à integridade física possua uma *gravidade* tal – nomeadamente uma *irreversibilidade*, v. g., uma mutilação – que, perante ela, o valor da auto-realização pessoal deva ceder o passo. Pelo contrário, uma ofensa à integridade física *simples* e *passageira* não ofenderá os bons costumes, quaisquer que tenham sido os motivos ou os fins que tenham estado na base do consentimento: aqui a supremacia no conflito deve ser deferida ao valor da auto-realização pessoal.<sup>144</sup>

No entanto, centrar a discussão somente na gravidade e definitividade da

<sup>140</sup> Ibid., p. 405.

<sup>141</sup> BETTIOL, Giuseppe; MANTOVANI, Luciano Pettoello. Ibid., p. 405.

<sup>142</sup> Ibid. p. 352.

<sup>143</sup> FERRAJOLI, Luigi. Ibid., p. 437/438.

<sup>144</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. Ibid., p. 482. Aqui, apontamos uma contradição na fala do autor. Lesões leves advindas de práticas sado-masoquistas, e. g., são no geral reversíveis, embora a doutrina muitas vezes não as admita por ofensa aos bons costumes.

lesão sofrida não nos parece adequado.

Lesões permanentes podem, em alguns casos, trazer benefícios extremos àquele que consente e mesmo a terceiros, razões pelas quais o próprio legislador abre exceções para sua indisponibilidade absoluta.

A propósito, dispõe o art. 13 do Código Civil brasileiro:

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

A relativização da indisponibilidade é trazida pelo próprio legislador no parágrafo único do mencionado art. 13, que abre a exceção para permitir a prática de atos que importem em ofensa permanente à integridade física, quando para fins de transplante de órgãos.

Ainda que o doador fique definitivamente alijado do membro transplantado, a disposição da integridade física traz benefícios incalculáveis não só ao beneficiário da doação, mas também àquele que doa, uma vez que, na grande maioria das vezes, a doação é feita a um ente querido, já que a legislação brasileira proíbe o comércio de órgãos.<sup>145</sup>

Outra hipótese polêmica é a cirurgia para mudança de sexo, quando o indivíduo com sexo biológico masculino não só consente como muito deseja a amputação de seu membro para adequação de seu corpo físico com seu sexo dito psicológico ou emocional.

O mesmo pode ocorrer com uma pessoa do sexo feminino que, por possuir identidade psicológica masculina, recorre à mastectomia completa para retirar o caractere feminino, ou mesmo a uma histerectomia para se ver livre da função reprodutora e dos incômodos menstruais.

Inegável, em ambos os casos – transplante de órgãos e cirurgia de mudança de sexo – que aquela amputação ou extirpação trará incontáveis benefícios psicológicos àquele que consente, favorecendo o indivíduo em um aspecto bem mais amplo que o meramente visual, tátil ou mecânico da integridade física.

A propósito, destacam Muñoz Conde e Bitencourt, referindo-se à Constituição

<sup>145</sup> O art. 9º da Lei nº 9.434/97 dispõe que “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.”

espanhola:

[...] se puede decir, incluso com apoyo constitucional (cfr. Art. 14 CE), que quien no se siente identificado con su sexo anatómico externo y decide adaptar su naturaleza a su sentir psicológico, ejercita legítimamente un derecho fundamental: el derecho de buscar su propia identidad sexual, que justifica la operación castradora a la que necesariamente debe someterse para ello. Y lo mismo debe decirse de otras operaciones, como la esterilización voluntaria (derecho a disponer sobre su capacidad reproductora) o las de carácter estético (derecho a buscar una mejor imagen externa), etc. En realidad, en estos casos el consentimiento es simplemente la manifestación de la voluntad de ejercer el derecho correspondiente y del libre desarrollo de la personalidad reconocido em el art. 14 CE.<sup>146</sup>

Por isso, defendemos que a disponibilidade da integridade física deve ser analisada em termos amplos, incluindo os critérios da satisfação e do bem estar interior da pessoa, e não apenas o aspecto físico e estético.

### 5.2.2 Disponibilidade do bem jurídico “vida”

Outro bem jurídico cuja disponibilidade ou não traz enormes discussões é a “vida”. A doutrina italiana, por exemplo, é unânime em classificá-lo como indisponível.

No entanto, os autores silenciam em aclarar as razões pelas quais tal bem jurídico da pessoa, cujo titular é único e determinado, submete-se a tal classificação.

As justificativas são dadas com base nos tipos penais que punem o homicídio, ainda que a vítima tenha consentido para sua morte, bem como na punição da instigação ao suicídio (arts. 579 e 580 do Código Penal italiano).

A título de exemplo, podemos citar:

Così è fuori dubbio che il diritto alla vita non è disponibile, perché l'art. 579 c.p. sottopone a pena l'omicidio del consenziente.<sup>147</sup>

Disponibili sono i diritti patrimoniali e i diritti personalissimi com esclusione tuttavia della vita (l'esclusione si argomenta dalla previsione dell'art. 579 c.p., che punisce l'omicidio *del consenziente*).<sup>148</sup>

E quanto ai diritti personalissimi, indubbiamente indisponibile è il diritto alla vita; l'uccisione del consenziente è pur sempre un delitto di omicidio, sebbene previsto da un titolo autonomo di reato (art. 579

<sup>146</sup> Ibid., p. 271

<sup>147</sup> ANTOLISEI, Francesco. Ibid., p. 293.

<sup>148</sup> RAMACCI, Fabrizio. Ibid., p. 303.



c.p.).<sup>149</sup>

Ninguna relevancia justificante tiene el consentimiento cuando la persona no está facultada para disponer de sus bienes jurídicos. Así, por ejemplo, está claro que el Ordenamiento jurídico español no reconoce facultad a la persona para disponer de su vida desde el momento en que, si bien no castiga, por razones político-criminales evidentes, el suicidio, sí castiga determinadas formas de participación em el suicidio ajeno (cfr. Art. 143 Cp).<sup>150</sup>

Com relação à legislação portuguesa, Manuel Cavaleiro de Ferreira explica que

É indiscutível a indisponibilidade do direito à vida; não apenas por razões metajurídicas, mas por expresse reconhecimento legal; o CP incrimina o auxílio ou ajuda ao suicídio, revelando assim claramente a indisponibilidade do direito à vida e a ineficácia justificativa do consentimento.<sup>151</sup>

Ora, a explicação da natureza supostamente indisponível do bem jurídico “vida” não deveria ser feita por meio de tipos penais exemplificativos, uma vez que isto gera uma argumentação tautológica.

Em outras palavras, defender-se-ia que a vida é bem jurídico indisponível porque a eutanásia é proibida, e a eutanásia é proibida porque o bem jurídico vida é indisponível.

Ainda que se adotasse tal critério, depararíamos-nos com hipóteses injustificáveis, porém previstas em várias legislações, como o aborto lícito em caso de estupro. Vê-se, aí, que há uma clara relativização da natureza supostamente indisponível do bem jurídico “vida”, face ao desconforto psicológico da gestante, que viria a criar um filho fruto de violência.

A propósito, acerca do aborto em caso de gravidez resultante de estupro, o legislador de 1940 dispôs, no item 41 da Exposição de Motivos do Código Penal, as razões para a permissão do sacrifício da vida, naquela hipótese:

Mantém o projeto a incriminação do aborto, mas declara penalmente lícito, quando praticado por médico habilitado, o aborto necessário, ou em caso de prenhez resultante de estupro. Militam em favor da exceção razões de ordem social e individual, a que o legislador penal não pode deixar de atender.

Vê-se que a própria explicação para a permissão é vaga, revelando o receio do Código Penal de 1940 em adentrar em tema tão delicado.

<sup>149</sup> BETTIOL, Giuseppe, MANTOVANI, Luciano Pettoello. Ibid., p. 406.

<sup>150</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto, CONDE, Francisco Muñoz. Ibid., p. 270.

<sup>151</sup> Ibid., p. 141.

O que resta claro é que, no caso da gravidez resultante de aborto, o valor da “vida” cede a “razões de ordem social e individual”, invertendo a tradicional escala liderada por aquele direito fundamental.

Diante disso, não há como negar que a característica de indisponibilidade de determinado bem jurídico individual não reside ontologicamente na natureza deste bem jurídico, mas tão somente na vontade do legislador, por razões de política criminal.

Exsurge claro que tal classificação tem ampla influência moral e religiosa, das quais, a nosso ver, a lei deveria se desprender para garantir a autonomia da vontade, quando validamente expressa.

O bem jurídico vida deve ser avaliado não por ele em si, mas por sua qualidade ou viabilidade, a favor de seu titular, assim como qualquer outro bem jurídico individual. Isto porque a noção de disponibilidade integra o próprio conceito de bem jurídico, ao invés de ser uma classificação deste.

Neste sentido é o conceito de bem jurídico traçado por Zaffaroni e Pierangeli:

[...] bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam.  
[...]

Costuma-se dizer que os bens jurídicos são, por exemplo, a vida, a honra, a propriedade, a administração pública, etc. Na realidade, embora não seja incorreto afirmar que a honra é um bem jurídico, isto não passa de uma abreviatura, porque o bem jurídico não é propriamente a honra, e sim *o direito de dispor da própria honra*, como o bem jurídico não é a propriedade, e sim *o direito de dispor dos próprios direitos patrimoniais*.<sup>152</sup>

No mesmo sentido, Jescheck e Weigend afirmam que

Los bienes jurídicos no deben comprenderse como objetos accesibles a la percepción del sentido, sino que son valores espirituales del orden social sobre los que descansa la seguridad, el bienestar y la dignidad de la existencia de la comunidad. Por el contrario, el objeto real sobre el que se lleva a cabo la acción típica se denomina objeto material de la acción (o del ataque). El objeto material puede aparecer de diferentes formas: como unidad psíquico-corporal (cuerpo o vida de una persona); como valor social (fama o crédito del injuriado), como valor económico (patrimonio), como cosa (pieza de caza) o como una situación real (utilidad de un objeto). El bien jurídico y el objeto material están relacionados como la idea y su manifestación, pero conceptualmente no deben confundirse. El injusto del resultado del hecho reside en el menoscabo real del objeto material. Por el contrario, el bien jurídico como valor ideal que está sustraído a la intervención del autor puede, ciertamente, ser

<sup>152</sup>

Ibid., p. 399.

despreciado y también atacado em su materialización a través del objeto de la acción pero, em realidad, nunca puede ser “lesionado”.<sup>153</sup>

Segundo Zaffaroni e Pierangeli, os que sustentam a existência de bens jurídicos indisponíveis – como a vida e o Estado – confundem “destruição” com “faculdade de destruição” do bem<sup>154</sup>. O penalista ilustra a hipótese com a seguinte passagem:

[...] no caso da vida, não há dúvida de que a tentativa de suicídio não é um ato antijurídico para nosso direito. Causa-nos repugnância pensar num “direito ao suicídio”, mas porque estamos pensando na caricatura do suicida, com a carta dirigida ao “Senhor Juiz”. Isto acontece porque não podemos compreender a conduta, ao ponto de que esta falta de compreensão nos leva a concluir que, em tais casos, o indivíduo se encontra privado de suas faculdades mentais, e a condenar como autor de um delito de omissão de socorro aquele que, podendo ter impedido o suicídio, não o faz (art. 135 do CP). Mas não consideramos da mesma maneira a ação suicida do voluntário que na guerra se lança a uma morte certa. Aí compreendemos a conduta. O fato do CP punir a instigação e o auxílio ao suicídio significa apenas que quer evitar as condutas suicidas, que não as fomenta e que exige que, quando alguém tome uma decisão que a ele cause um profundo desagrado, tome esta decisão por si e a execute por suas próprias mãos.

E conclui que,

No sentido de “disponibilidade” como “uso”, a vida é o mais disponível dos bens jurídicos, porque costumamos consumi-la a cada momento a nosso bel-prazer, mas ao decidir sobre ela frequentemente somos premiados e condecorados por arriscá-la.<sup>155</sup>

Neste sentido, afirma Luiz Flávio Gomes:

O conceito de *bem*, portanto, não pode girar em torno de valores não conectados com a realidade, é dizer, em função da norma (RANIERI), do funcionamento social, da moral, de uma ideologia, de um bem vital da comunidade ou do indivíduo (WELZEL), de deveres de obediência ou qualquer outro tipo de dever (nazismo), senão em virtude de uma concreta e determinada *relação social*, porque é por meio de uma *relação* que a pessoa humana, dotada de razão, dignidade e liberdade, se expressa na sociedade democrática. O *objeto* de proteção, portanto, é uma *relação social*, que tem como protagonista a pessoa humana.<sup>156</sup>

Finalmente, não poderíamos deixar de mencionar, ainda com relação à disponibilidade do bem jurídico “vida”, os debates acerca da possibilidade ou não da

<sup>153</sup> Ibid., p. 277/278.

<sup>154</sup> Ibid., p. 400.

<sup>155</sup> Ibid., p. 401.

<sup>156</sup> GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García Pablos de; BIANCHINI, Alice. *Direito Penal – Introdução e Princípios Fundamentais*. p. 432.

prática lícita da eutanásia.

A propósito, Maria de Fátima Freire Sá explica que

O termo eutanásia foi criado no século XVII, pelo filósofo inglês Francis Bacon. Deriva do grego eu (boa), thanatos (morte), podendo ser traduzido como “boa morte”, “morte apropriada”, morte piedosa, morte benéfica, fácil, crime caritativo, ou simplesmente direito de matar.<sup>157</sup>

A *eutanásia* é constituída pela atuação do médico que, mediante uma conduta ativa, abrevia a morte do paciente que sofre de alguma doença que lhe cause extremo sofrimento, quando já esgotadas ou inexistentes as possibilidades de cura, desde que presente o consentimento do doente.<sup>158</sup>

Por outro lado, a *ortotanásia* consiste na omissão do médico, a pedido do paciente, em ministrar substâncias terapêuticas a ele ou de manter em funcionamento aparelhagens médicas quando os tratamentos disponíveis já não mais revelam resultado, abreviando, assim, a vida do doente em estado terminal.

A doutrina tradicional jamais abriu espaço para a discussão da possibilidade da eutanásia, encerrando o mérito da celeuma no absoluto valor e indisponibilidade do bem jurídico “vida”.

Assim, Hungria assevera que

O nosso legislador de 1940 manteve-se fiel ao princípio que o homem é coisa sagrada para o homem. *Homo res homino sacra*. A supressão dos momentos de vida que restam ao moribundo é crime de homicídio, pois a vida não deixa de ser respeitável mesmo quando convertida num drama pungente e esteja próxima do fim. O ser humano, ainda que irremediavelmente apuado pela dor ou minado por incurável mal físico, não pode ser equiparado à rês pestilenta ou estropiada, que o campeiro abate. Nem mesmo o angustioso sentimento de piedade ante o espetáculo do atroz e irremovível sofrimento alheio, e ainda que precede a comovente súplica de morte formulada pela própria vítima, pode isentar de pena

<sup>157</sup>  
<sup>158</sup>

SÁ, Maria de Fátima Freire. *Direito de morrer (Eutanásia, suicídio assistido)*, p. 66.

Desde já cumpre esclarecer que a possibilidade jurídica da eutanásia jamais deve ser confundida com práticas eugênicas e de seleção social. “O que o regime nazista chamou de eutanásia (Lei para a prevenção das enfermidades hereditárias, 1933) era, na verdade, um holocausto, uma técnica autoritária de eliminação de seres humanos.” GOMES, Luiz Flávio. *EUTANÁSIA: dono da vida, o homem é também dono da sua própria morte?* Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/artigo/847-Artigo:-EUTANASIA:-dono-da-vida,-o-homem-e-tambem-dono-da-sua-propria-morte?>. Consultado em 17/10/2013. Comentando o Projeto de Lei que estava em vias de ser aprovado na Holanda permitindo a eutanásia, o autor pondera que “As rígidas exigências revelam bom senso e razoabilidade e afastam, definitivamente, o argumento de que a permissão da eutanásia poderia ter como consequência verdadeiros “homicídios”, particularmente contra pobres. Todo o contrário, o pobre, que hoje muitas vezes é vítima de mortes arbitrárias, passaria a ter o mesmo direito dos ricos (que já desfrutam, ainda que na clandestinidade, da chamada “morte digna”). Fazendo um paralelo com o aborto, que deve sempre ser admitido em casos excepcionais, a mulher pobre resulta muito mais protegida quando ele é regrado claramente pelas leis do Estado racional, não pelos obscurantistas argumentos religiosos.”

o homicídio eutanásico [...] <sup>159</sup>

Não obstante, a Exposição de Motivos do Código Penal de 1940 demonstra certa condescendência do legislador que, se não quis descriminalizar a eutanásia, sinalizou para o cabimento do denominado “homicídio privilegiado” - mais propriamente, homicídio com causa de diminuição de pena - para os casos em que o crime acontece por relevante valor moral ou social.

A propósito, dispõe o item 39 da Exposição:

Ao lado do homicídio com pena especialmente agravada, cuida o projeto do homicídio com pena especialmente atenuada, isto é, o homicídio praticado "por motivo de relevante valor social, ou moral", ou "sob o domínio de emoção violenta, logo em seguida a injusta provocação da vítima". Por "motivo de relevante valor social ou moral", o projeto entende significar o motivo que, em si mesmo, é aprovado pela moral prática, como, por exemplo, a compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima (caso do homicídio eutanásico), a indignação contra um traidor da pátria, etc.

O fato é que, atualmente, a legislação brasileira não diferencia a eutanásia do homicídio, admitindo, em algum caso, a caracterização do homicídio privilegiado.

No entanto, a matéria encontra previsão expressa no atual Projeto de Código Penal <sup>160</sup>.

Dispõe o art. 122 do Projeto:

Eutanásia

Art. 122. Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave:

Pena – prisão, de dois a quatro anos.

§ 1º O juiz deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima.

O *caput* do art. 122 traz a tipificação da eutanásia como crime, porém atribuindo pena bem inferior à do homicídio, como acontece atualmente com o infanticídio (art. 123 do Código Penal vigente), tipificando, assim, um homicídio privilegiado.

O §1º prevê a possibilidade de concessão de perdão judicial em razão das circunstâncias do caso e dos envolvidos, avançando bastante com relação à legislação atual, uma vez que atualmente é inviável a concessão de perdão nas

<sup>159</sup>

HUNGRIA, Nelson. *Ortotanásia ou eutanásia por omissão*, p.515.

<sup>160</sup>

PLS nº 236/2012.

hipóteses de homicídio doloso.<sup>161</sup>

Na exposição de motivos do PLS nº 236/2012, o legislador esclarece sua opção por prever a hipótese expressamente, ao invés de deixá-la como mero exemplo do “homicídio privilegiado”:

*O crime da morte piedosa.* O atual Código Penal se refere, de maneira cifrada, à eutanásia, ao indicar a redução de pena em um terço, para o homicídio praticado por “relevante valor moral”. Sem reduzir-se à eutanásia (tanto que a locução está mantida na proposta da Comissão, no parágrafo 3º do crime de homicídio), ela consistia numa das figuras mais lembradas do privilégio. É escopo da proposta ora formulada, porém, chamar as coisas, tanto quanto possível, pelo nome efetivo. Daí a previsão do crime de eutanásia em artigo próprio, com pena de até quatro anos. Não se discrepou, portanto, da solução encontrada na maior parte dos ordenamentos jurídicos ocidentais: reconhecer que é crime, mas merecedor de sanção distinta e mais branda do que a reservada ao homicídio. Inovação de maior espectro é permitir o perdão judicial, em face do parentesco e dos laços de afeição entre autor e vítima. Saberá a prudência judicial indicar quando a pena, nestes casos, a exemplo do que pode ocorrer no homicídio culposo, é mesmo necessária.

O §2º do art. 122 do Projeto, por fim, traça expressamente as condições para que a ortotanásia funcione como causa de exclusão da ilicitude.

Exclusão de ilicitude

§ 2º Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível, e desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.

Vê-se claramente, diante deste exemplo, que a questão da disponibilidade ou indisponibilidade de um bem jurídico, inclusive da vida, é fruto da vontade do legislador, em resposta às evoluções históricas e aos anseios da sociedade de sua época.

A Exposição de Motivos do Projeto indica a opção de trazer à lei uma prática já regulamentada pelo Conselho Federal de Medicina:

*Ortotanásia não é eutanásia.* Prática médica aceita pelo Conselho Federal de Medicina, a ortotanásia não implica na prática de atos executórios de matar alguém, mas no reconhecimento de que a morte, a velha senhora, já iniciou curso irrevogável. Convém citar a Resolução 1.805/2006, daquele Conselho: “Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que

<sup>161</sup>

A propósito, o §5º do art. 121 do Código Penal vigente deixa claro que a hipótese de concessão de perdão judicial é válida apenas para o homicídio culposo. O mesmo se diga para a lesão corporal culposa (art. 129, §8º, do CP).

prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal. § 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação. § 2º A decisão referida no caput deve ser fundamentada e registrada no prontuário. § 3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica. Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar”. Refrear artificialmente o falecimento, nestes casos, é retirar da pessoa o direito de escolher o local e o modo como pretende se despedir da vida e dos seus. Não há espaço para o Direito Penal, nesta situação. Impede-o a dignidade da pessoa humana, aqui num sentido despido da vulgarização que se dá a este essencial conceito. Morrer dignamente é uma escolha constitucionalmente válida. A proposta da Comissão é torná-la também legalmente válida.

Concordamos, pois, que a ortotanásia é compatível com uma interpretação adequada do princípio da dignidade da pessoa humana.

A nosso ver, no entanto, a distinção entre *eutanásia* e *ortotanásia* é um tanto artificial, uma vez que a consequência – da ação ou da omissão – será a mesma, só servindo ao alívio da consciência daquele que se vê diante de tal decisão. Este conflito, a uma análise mais profunda, não procede, visto que ninguém será obrigado a praticar a eutanásia ou a ortotanásia.

Por óbvio, se em razão de crenças morais ou religiosas, o paciente ou sua família (no caso de incapacidade daquele) não forem favoráveis à abreviação da vida, jamais lhe será vedada a continuação do tratamento, ainda que comprovadamente ineficaz.

Não é demais salientar, também, que tanto a eutanásia – para constituir hipótese de homicídio privilegiado, segundo a novel legislação que se propõe – quanto a ortotanásia, só serão possíveis juridicamente após confirmados o diagnóstico médico e o prognóstico de cada paciente.

Se houver possibilidades de êxito no tratamento, jamais se cogitará aprovar quaisquer das mencionadas ações, assim como quando faltar o consentimento do paciente ou de seus representantes legais, ainda que a enfermidade seja incurável e acarrete imenso sofrimento.

A opção é pessoal, agindo o legislador com acerto somente em permitir – jamais em obrigar – a conduta (no caso da ortotanásia).

O que se pretende proteger é a dignidade da pessoa humana, e não a vida a qualquer custo.

Dono da vida, o homem indiscutivelmente deve ser também, dentro de determinadas circunstâncias e segundo certos limites, o dono da sua morte. Aliás, já o é no suicídio, o que significa, desde logo, uma relativização do “direito à vida” (que equivocadamente é ensinado nas faculdades, em geral, como se fosse algo absolutamente indisponível, o que não é verdade). Vida e morte, em suma, pertencem a Deus, mas não só a ele. O que o Direito Internacional vigente no Brasil (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, art. 6º, e Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San Jose -, art. 4º) proclama é o seguinte: o direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deve ser protegido por lei e ninguém poderá ser *arbitrariamente* privado da vida. Enfatizando-se: ninguém pode ser privado da vida *arbitrariamente*. Em consequência, havendo justo motivo, é dizer, razões fundadas, não há como deixar de afastar a ilicitude ou a punibilidade da conduta.<sup>162</sup>

Por estes mesmos argumentos, entendemos a possibilidade de consentimento do representante legal – no caso, a mãe – do feto anencéfalo para a interrupção da gravidez.

A propósito, este é o mesmo entendimento da comissão de juristas que elaborou o Projeto de novo Código Penal, que ainda tramita no Congresso Nacional.

Dispõe o Projeto, neste assunto:

Exclusão do crime

Art. 128. Não há crime de aborto:

[...]

III – se comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extra-uterina, em ambos os casos atestado por dois médicos; ou

IV – se por vontade da gestante, até a décima segunda semana da gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade.

Na exposição de motivos do Projeto de Código Penal, a comissão que o elaborou esclarece que, embora o aborto continue sendo considerado crime,

[...] a inexistência de hipóteses de afastamento da tipicidade daria, agora ao feto, direito absoluto, igualmente estranho ao ambiente constitucional. Optou-se, destarte, pela atualização do rol existente desde 1940, no atual Código Penal, que não considerava punível o aborto em caso de concepção advinda de violência, nem o realizado para proteção da vida materna. Incluíram-se no rol das causas impeditivas da tipicidade do crime de aborto a proteção em face da concepção advinda de fraude em métodos de reprodução assistida,

<sup>162</sup>

GOMES, Luiz Flávio. *EUTANÁSIA: dono da vida, o homem é também dono da sua própria morte?*  
Ibid.



a proteção da saúde da gestante, a anencefalia ou situação análoga impeditiva da vida extrauterina. A inclusão da anencefalia, pela Comissão, foi acompanhada, no particular, por ulterior decisão do Supremo Tribunal Federal no mesmo sentido, ainda na vigência do atual Código Penal. Por fim, entendeu a Comissão que estados psicológicos mórbidos, como a adicção por entorpecentes, verificados por médico, poderiam, até a décima-segunda semana da concepção, afastar a tipicidade do procedimento abortivo.

A propósito, conforme citado na Exposição de Motivos do PLS nº 236/2012, a decisão de positivar a possibilidade de aborto em caso de fetos anencéfalos foi precedida de importante decisão do Supremo Tribunal Federal, exarada nos autos da ADPF nº 54<sup>163</sup>, impetrada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS -, e cujo relator foi o Ministro Marco Aurélio Mello.

Naquela oportunidade, o Ministro afirmou categoricamente que “Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, não existe vida possível. O feto anencéfalo é biologicamente vivo, por ser formado por células vivas, e juridicamente morto, não gozando de proteção estatal.”<sup>164</sup>

Por ocasião do julgamento, o voto do relator explorou profundamente as questões científicas pertinentes à matéria, deixando claro que a possibilidade de aborto de fetos anencéfalos jamais poderia ser confundida com permissão para eugenia.

Argumentou-se, no voto, que o aborto do anencéfalo deve ser permitido não por este ser deficiente, mas por não ter vida.

A decisão foi um divisor de águas nos debates sobre o assunto, apesar da grande pressão de grupos religiosos contrários à admissão do aborto.

A nosso ver, o Tribunal agiu com acerto ao ponderar aspectos como a saúde psíquica da gestante<sup>165</sup>, e ressaltar como seria ilógico um ordenamento jurídico que permite o aborto em caso de estupro e em caso de perigo à vida da gestante, não o permitir em caso de fetos anencéfalos.

Sem adentrar nos aspectos médicos que se fariam pertinentes, trazemos as mesmas considerações já expostas na análise da possibilidade de eutanásia e

---

<sup>163</sup> Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/adpf54audiencia.pdf>. Consultado em 03/10/2013.

<sup>164</sup> Idem.

<sup>165</sup> Como precedentes da decisão, foram citados casos em que os casais tiveram que manter a gestação por demora na decisão judicial que permitisse o aborto após comprovada a anencefalia. Inegável o prejuízo psicológico, principalmente à mãe, nestes casos, uma vez sabedora de que gera um filho que não sobreviverá.

ortotanásia, esta última prevista no Projeto do Código Penal.

### 5.2.3 Conclusão

Em suma, ainda que sem qualquer pretensão de trazer uma solução definitiva à questão, propomos a adoção de uma visão crítica do conceito e do conteúdo de bem jurídico, apta a questionar a tradicional e estanque classificação dos bens jurídicos entre disponíveis e indisponíveis.

Isto porque,

De qualquer modo, a relação social não se esgota no bem existencial (tudo o que tem valor para o ser humano), no ente. Toda a indagação sobre o bem jurídico tem necessariamente que ir mais além dele, isto é, a uma investigação da relação social mais concreta, da posição que neles ocupam os indivíduos, sua intermediação por meio dos objetos e outros entes que se dão no meio social e da interação que se opera entre eles. O que se propõe definitivamente é, pois, essa relação social, com uma determinada posição e interação dos indivíduos nela frente a determinados objetos e entes. A concretização sintética disso é o bem jurídico. Em outras palavras: o bem jurídico não é o mesmo que seu substrato empírico (que consiste na valoração positiva de um bem existencial). Bem jurídico é a relação social (de disponibilidade, diz ZAFFARONI) em conexão com um bem existencial que é valorada positivamente. Bem jurídico não é a vida, por exemplo, senão a relação social que está em torno dela e que é valorada positivamente.<sup>166</sup>

Assim, a valoração de um bem jurídico e o estabelecimento de uma escala qualitativa entre os diversos bens não pode se dar em abstrato, no plano genérico, mas somente no exame específico do indivíduo titular daquele bem, para que se avalie em que medida aquele bem, para aquele indivíduo determinado, favorece suas relações com o mundo e com os demais indivíduos.

A essência da *relação social* protegível juridicamente está na nota da *individualidade* (com isso se aceita que a pessoa humana está no centro do conceito de *bem* e da *relação social*). Em um Estado Social e Democrático de Direito a determinação dos bens jurídicos se fará considerando os indivíduos e suas necessidades, antes que a conservação e funcionamento do sistema social.<sup>167</sup>

## 5.3 Capacidade para consentir

<sup>166</sup> GOMES, Luiz Flávio, MOLINA, Antônio García Pablos de, BIANCHINI, Alice. *Ibid.*, p. 432

<sup>167</sup> *Idem.*

Além da disponibilidade do bem jurídico, o consentimento válido exige, também, que o seu titular tenha capacidade para consentir. “El que consiente debe poseer el juicio necesario para apreciar la significación y los alcances del hecho y de su consentimiento.”<sup>168</sup>

Alguns doutrinadores afirmam que, especialmente no caso de direitos patrimoniais, a idade mínima para o consentimento válido deve coincidir com a idade da maioridade civil.

Fiore, por exemplo, defende que, como regra geral, deve-se levar em conta a capacidade natural do indivíduo para o consentimento válido, ou seja, sua maturidade para discernir e entender o significado daquele consentimento.<sup>169</sup>

No entanto, ressalta:

In determinati casi, però, può essere richiesta anche una specifica capacità di agire, legata a requisiti normativamente stabiliti. Per consentire validamente alla lesione di diritti patrimoniali, ad esempio, si ritiene necessario che il titolare del bene abbia compiuto il diciottesimo anno di età, vigendo al riguardo il principio civilistico che fissa al raggiungimento della maggiore età la facoltà di disporre dei diritti patrimoniali.<sup>170</sup>

No mesmo sentido, Fiandaca e Musco afirmam que:

La maggiore età, oggi fissata al compimento del diciottesimo anno, è invece necessaria per potere validamente consentire alla lesione di diritti patrimoniali: in questa materia vige, infatti, il principio civilistico che subordina al raggiungimento della maggiore età la facoltà di poter disporre di tali diritti.<sup>171</sup>

Alfonso Reyes Echandía pondera que

Algunos autores consideran que el sujeto es capaz de consentir cuando su desarrollo biosíquico le permite comprender la esencia y el alcance del acto que realiza y que, por lo mismo, la cuestión debe ser resuelta em cada caso. Otros piensan, en cambio, que es necesario acudir al concepto de capacidad civil, de tal manera que la edad a partir de la cual se puede válidamente consentir para la disposición del próprio derecho el la que há fijado el código civil. Nos inclinamos por esta segunda posición ante las dificultades que se derivan de la acptación de la primera, pues ella supondría que em cada caso se realizase estudio sobre la capacidad de consentimiento del sujeto pasivo com intervención de médicos y sicólogos y aplicación de tests de inteligencia y personalidad, lo que em medios

<sup>168</sup> WELZEL, Hans. *Ibid.*, p. 139.

<sup>169</sup> *Ibid.*, p. 311.

<sup>170</sup> *Op. cit.*, p. 311.

<sup>171</sup> *Ibid.*, p. 125.

como el nuestro resulta prácticamente imposible.<sup>172</sup>

Apesar da bem fundamentada argumentação daqueles que exigem a capacidade civil para o consentimento envolvendo bens patrimoniais, entendemos ser equivocada tal posição.

Conforme já pontuado<sup>173</sup>, a corrente que defende ter o consentimento natureza de negócio jurídico há muito foi afastada pela doutrina. O posicionamento hoje dominante afirma que o consentimento é mero ato jurídico.

Por coerência, não se deve, portanto, exigir capacidade negocial do indivíduo para admitir a validade de seu consentimento.

É o que ressalta Roxin:

[...] no puede ser suficiente la voluntad natural, porque la conformidad sólo sirve al libre desarrollo de la personalidad cuando se apoya em un entendimiento suficiente del sentido y del alcance de la intervención. Y no se puede tratar de la capacidad de celebrar negocios jurídicos, ya por el mero hecho de que el consentimiento no es un negocio jurídico.<sup>174</sup>

No mesmo sentido é o posicionamento de Welzel, ao destacar que “en esto no son determinantes los criterios civilistas de la capacidad, sino el grado de discernimiento.”<sup>175</sup>

Assim, embora deva-se ter em conta um critério objetivo – a idade, por exemplo – como parâmetro inicial, tal critério não deve ser dissociado de critérios psicológicos, que recomendam a análise da real capacidade de discernimento do titular do bem.

Quando existe una “concreta capacidad de comprensión y de juicio” es una cuestión de hecho y no depende de determinados límites de edad. De todas formas, em niños (hasta 14 años) que penalmente tampoco son responsables, se negará por principio la capacidad de comprensión y, por lo demás deberá afirmarse en un joven de 17 años antes que em uno de 14.<sup>176</sup>

Por el contrario, en los adultos se deberá afirmar, por norma general, la capacidad de entendimiento y de juicio en tanto su imputabilidad em relación com el caso concreto no haya disminuido y con tal de que sean suficientemente informados sobre los fundamentos reales del consentimiento.<sup>177</sup>

<sup>172</sup> Idem. *La antijuridicidad*, p. 326.

<sup>173</sup> Cf. item 4.1 deste trabalho.

<sup>174</sup> Ibid., p. 538.

<sup>175</sup> Ibid., p. 139.

<sup>176</sup> ROXIN, Claus. Ibid., p. 538.

<sup>177</sup> Op. cit., p. 538.

Acerca da legislação penal portuguesa, Manuel Cavaleiro de Ferreira pontua que o consentimento

[...] pressupõe uma capacidade natural que não equivale à capacidade civil. A existência de capacidade ou de vícios da vontade, apreciados em razão da natureza e circunstâncias do facto e do doador do consentimento, podem variar relativamente à natureza e gravidade dos crimes. Assim o demonstra a exigência de diferentes requisitos da capacidade para dar o consentimento em diferentes crimes. É o que deriva do nº 3 do art. 38º quando acrescenta ao limite inferior da capacidade natural para a eficácia do consentimento a idade de 14 anos, a exigência de o ofendido possuir o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do consentimento, ou, o que é o mesmo, o sentido do valor e alcance ou importância do facto consentido no momento em que presta o consentimento.<sup>178</sup>

Conforme antes demonstrado<sup>179</sup>, o erro vicia a vontade; por isso, qualquer consentimento expresso em tais condições será inválido.

Assim, independentemente da idade do aquiescente, importa ressaltar que o consentimento deve abranger não só o ato mas também as consequências que dele possam advir.

Objeto del consentimiento no es solamente la acción del autor, sino también el resultado; pues éste es una parte esencial del tipo. Que el consentimiento debe referirse también al resultado, es algo bastante evidente em los delitos dolosos. Sin embargo, en los hechos imprudentes es discutible si no puede darse un consentimiento en acciones y riesgos sin que simultáneamente se consienta en el resultado.<sup>180</sup>

Considera-se, portanto, que só manifesta consentimento válido aquele que, independentemente da idade, tem capacidade de discernir e avaliar as consequências que daquele consentimento podem resultar.

Para nossa legislação, como a maioria penal é estabelecida pelo art. 27 do Código Penal em 18 anos, presume-se a capacidade de discernimento para todos os adultos.

Tal presunção, no entanto, é relativa, haja vista a situação – permanente ou transitória – de doentes mentais, ébrios, enfermos, que, por sua peculiaridade, podem excluir ou diminuir a capacidade de discernimento.

Para os que ainda não completaram 18 anos, defendemos que, embora menores, nem por isso deva estar decretada automaticamente sua incapacidade de

<sup>178</sup> Ibid., p. 142/143.

<sup>179</sup> Neste ponto, remetemos o leitor ao item 5.1 deste trabalho.

<sup>180</sup> ROXIN, Claus. Ibid., p. 535.

discernimento e de manifestar um consentimento válido.

Esta capacidade de discernir, que inclui a capacidade de avaliar as consequências de seu consentimento, deve ser analisada em cada caso concreto, levando-se em conta a maturidade psíquica do indivíduo.

Não por outra razão é que a lei, em alguns casos, fixa no próprio tipo penal parâmetros etários diversos.

Podemos citar como exemplo o Art. 126 do Código Penal pátrio:

Aborto provocado por terceiro

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Conforme determina o parágrafo único, é inválido o consentimento exarado por menor de 14 anos ou por gestante alienada ou débil mental, e o aborto será punido da mesma forma que se pune o aborto provocado sem o consentimento da gestante, cuja pena é consideravelmente superior à do aborto consentido.

Resta nítido, então, que, embora não seja suficiente para descriminalizar a conduta, o consentimento emitido por gestante maior de 14 anos para que nela se pratique aborto reduz consideravelmente a culpabilidade do terceiro.

Outro caso legal cuja análise é importante é a disposição contida no art. 128 do Código Penal, a saber:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

O inciso II do art. 128 do Código Penal determina que, se a gravidez é resultante de estupro, sua interrupção não gerará responsabilidade para o médico que praticar o aborto, desde que a gestante consinta para o ato ou, se incapaz, seu representante legal manifeste o consentimento.

A análise de tal dispositivo, por coerência com os princípios da autonomia da vontade e da dignidade da pessoa humana, jamais poderá levar à interpretação de que só se deva levar em conta a vontade do representante legal da gestante, se ela

for menor.

Imagine o caso de uma adolescente de 16 anos, grávida em razão de estupro. Ainda que seu representante legal entenda pela adequação do aborto, não há como negar validade à vontade da gestante que, embora menor (incapaz no sentido legal), prefira manter a gravidez.

Conclui-se, nesse caso, que a manifestação do representante legal não pode se sobrepor à da gestante, que, a depender da idade e da maturidade, inegavelmente tem poder de discernimento e, portanto, de expressar um consentimento (ou dissenso) válido.

Entendemos, assim, que a manifestação do consentimento por parte do representante legal do incapaz só deve ter lugar para *impedir* que eventual consentimento dado por aquele assuma efeitos, e nunca para manifestar o consentimento quando houver o dissenso do real titular do bem jurídico afetado.

A figura do representante legal deve assumir contornos para frear decisões tomadas sem capacidade de discernimento, e não para inibir a manifestação da vontade do representado.

Outro exemplo bastante ilustrativo é o que envolve os delitos contra a dignidade sexual:

#### Estupro de vulnerável

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º - Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

Como se vê, caracteriza estupro de vulnerável a prática de ato sexual com menores de 14 anos, ou com quem, por enfermidade ou deficiência mental, não tem capacidade de discernimento.

O estupro de vulnerável tem pena cominada de 8 a 15 anos de reclusão, pena bem mais grave que a do estupro “simples”, que é de 6 a 10 anos, conforme dispõe o *caput* do art. 213 do Código Penal.

O revogado art. 224 do Código Penal estabelecia que a violência no tipo penal de estupro e, à época, também do atentado violento ao pudor, deveria ser presumida nos casos em que a vítima não fosse maior de 14 anos.

Durante décadas a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

orientava-se no sentido de ser absoluta tal presunção. Até que surgiu acórdão paradigma, relatado pelo Min. Marco Aurélio, admitindo a presunção relativa, e a conseqüente possibilidade de se provar o consentimento proferido por menor de 14 anos.

Atualmente, o E. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais chegou a editar o enunciado da Súmula Criminal n. 63, que dispõe: “A presunção de violência prevista no art. 224, a, do CP, não é absoluta – unanimidade”.

A posição atual de nossos tribunais mostra-se correta. Pensar de forma distinta significa excluir a ideia de que o menor de 14 anos possa ter qualquer tipo de contato sexual.<sup>181</sup>

A alteração legislativa ocorrida em 2009 não foi capaz de fazer cessar a discussão sobre a capacidade de consentimento do menor de 14 anos no que se refere a sua liberdade sexual.

Ainda que se caracterize o menor de 14 anos como “vulnerável”, hoje discute-se a real vulnerabilidade do indivíduo que, apesar de menor de 14 anos, nem sempre será necessariamente incapaz de discernir sobre o teor de seu consentimento.

A proteção conferida aos menores de 14 anos, considerados vulneráveis, continuará a despertar debate doutrinário e jurisprudencial. O nascimento de tipo penal inédito não tornará sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência. Agora, subsumida na figura da *vulnerabilidade*, pode-se tratar da mesma como sendo absoluta ou relativa. Pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual? Essa é a posição que nos parece acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade. Se durante anos debateu-se, no Brasil, o caráter da presunção de violência – se relativo ou absoluto -, sem consenso, a bem da verdade, não será a criação de novo tipo penal o elemento extraordinário a fechar as portas para a vida real. O legislador brasileiro encontra-se travado na idade de 14 anos, no cenário dos atos sexuais, há décadas. É incapaz de acompanhar a evolução dos comportamentos na sociedade.<sup>182</sup>

Ainda em relação à capacidade de consentir, faz-se necessário, conforme já visto, que o discernimento do indivíduo abranja não só o consentimento em si, mas todas as suas conseqüências.

Para tanto, assume especial relevo a questão do dever de informação,

<sup>181</sup> REISS, Michel Wencland. *Ibid.*, p. 93.

<sup>182</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*, p. 37/38.



principalmente nos consentimentos para intervenções de categorias profissionais.

En la práctica, la pregunta cobra sentido sobre todo en las intervenciones médicas (por ejemplo, operaciones). Normalmente se podrá afirmar aquí la capacidad de entendimiento em un joven que haya sido informado debidamente por el médico, de modo que es determinante la decisión del joven y no la decisión quizás discrepante del representante legal. Ahora bien, si la decisión tomada por el joven va em contra de todo sentido común médico, ello constituirá un fuerte indicio de carencia de capacidad de comprensión, por lo que entonces pasa a ser preferente la decisión del representante legal.<sup>183</sup>

De toda forma, importa ressaltar que o ordenamento jurídico protege a liberdade de tomar decisões, ainda que o conteúdo delas não seja considerado razoável ou sensato.

Está admitido que las intervenciones médicas no deben llevarse tampoco a cabo aunque la negativa del paciente sea insensata; entonces, *sensu contrario*, debe ser admisible de la misma manera una intervención cuando se base em una decisión objetivamente insensata del paciente. [...]

Sin embargo, como ya dijimos anteriormente, también se protege la libertad de tomar decisiones insensatas; despues de todo, la mayoría de las decisiones humanas, están co-influidas, cuando menos, por motivos irracionales.<sup>184</sup>

Roxin faz tal afirmação ao citar o exemplo verídico do paciente “P”, que sofria de fortes e ininterruptas dores de cabeça. Mesmo passando por diversos tratamentos médicos, nenhum profissional foi capaz de identificar a causa das dores e curar-lhe. O paciente, então, firmou seu convencimento de que só extração de todos os seus dentes, que eram muito “apertados”, poria fim àquelas dores. Procurou, então, diversos dentistas, e foi alertado sobre os argumentos científicos que deixavam claro que a causa de suas dores não tinha qualquer relação com os dentes, e que a extração deles em nada colaboraria para a cura. Mesmo compreendendo os argumentos do dentista, o paciente insistiu em extrair os dentes, convencido de que esta era a única alternativa que lhe restava. O dentista, então, fez a extração, mas as dores de cabeça não cessaram. O Tribunal considerou o consentimento ineficaz, e entendeu que o dentista deveria ter se recusado a extrair os dentes de “P”, condenando-o por lesões corporais.<sup>185</sup>

O penalista ressaltar que a doutrina condenou a decisão do Tribunal,

Pues, dado que no hay nada que haga evidente un trastorno mental

<sup>183</sup> ROXIN, Claus. *Ibid.*, p. 538.

<sup>184</sup> ROXIN, Claus, *Ibid.*, p. 540.

<sup>185</sup> *Ibid.*, p. 538.

o psíquico de P, em definitiva la sentencia termina declarando que los consentimientos “insensatos” son ineficaces por exclusión de la capacidad de comprensión. Pero esto es falso, pues la libertad general de acción, en la que se basa el consentimiento, garantiza en la misma medida, dentro de los límites del art. 2 I GG, la libertad para acciones sensatas e insensatas.<sup>186</sup>

Conclui-se, portanto, que, se o indivíduo não sofre de algum distúrbio mental que afete seu discernimento, e tenha sido informado detalhadamente sobre as consequências de seu consentimento, este deve ser considerado válido, ainda que para alguns pareça insensato ou desarrazoado.

#### 5.4 Forma de manifestação do consentimento

Para que seja válido, o consentimento deve ser exteriorizado por aquele que consente. Por isso, a doutrina majoritária rechaça a chamada “teoria da direção da vontade”, para a qual

el consentimiento consiste en el puro proceso anímico de la renuncia a la voluntad de protección jurídica. Es suficiente, en consecuencia, con la aprobación interna, sin que necesite manifestarse al exterior. Sin duda que em el consentimiento se expresa la voluntad interna del portador del bien jurídico; pero un pensamiento no manifestado no es expresión de la voluntad y, por falta de comprobabilidad, no es adecuado para vincular consecuencias jurídicas al mismo.<sup>187</sup>

Realmente seria incoerente admitir a validade do consentimento sem que este se manifeste ainda que minimamente no mundo exterior, em razão mesmo da impossibilidade de provar a existência deste consentimento.

Por essa razão os ordenamentos jurídicos atuais não admitem a punição pela mera vontade ou pensamento, sem que se inicie a execução de um delito.

Isto não elimina, no entanto, a possibilidade de admissão do consentimento tácito, já que, em algumas situações, meros gestos ou condutas anteriores fazem deprender a vontade do titular de dispor do bem jurídico.

Incluso em la violación (§ 177) el tipo sólo puede darse por excluido cuando una eventual “anuencia interna” de la mujer es reconocible de alguna forma exteriormente. No es preciso que eso ocurra mediante palabras, pero se deve desprender de la reacción de la víctima. Si se quisiera renunciar a toda “manifestación” y atender solamente a los “pensamientos más íntimos” de la mujer, en su caso contradictorios con su conducta externa, entonces se perdería toda seguridad jurídica y se abriría un campo excesivamente amplio a los

<sup>186</sup> Ibid., p. 539.

<sup>187</sup> ROXIN, Claus. Ibid., p. 533.

inconsistentes errores de tipo del autor.<sup>188</sup>

O certo é que, embora não necessariamente expreso, tal consentimento deve ser inequívoco. Isto porque somente o consentimento inequívoco será capaz de beneficiar o agente que pratica a conduta, já que se exige que este saiba estar agindo amparado pela aquiescência da vítima.

É o que preconiza WELZEL:

El consentimiento es el acuerdo con el hecho; contiene la renuncia a la protección jurídica. Es más que el mero dejar hacer o la tolerancia pasiva, más bien el acuerdo interior con el acto. Debe ser serio y corresponder a la verdadera voluntad del que consiente.<sup>189</sup>

No mesmo sentido, ROXIN pondera que:

Cuando, por el contrario, realmente sólo exista un puro asentimiento interno, el autor debe ser castigado por delito consumado, incluso en los casos de acuerdo (p. ej. El propietario piensa: no me vendría nada mal que me robasen mi viejo coche del garaje, que está debidamente cerrado; con ello el seguro me financiaría uno nuevo. Incluso em la violación (§ 177) el tipo sólo puede darse por excluido cuando una eventual “anuencia interna” de la mujer es reconocible de alguna forma exteriormente. No es preciso que eso ocurra mediante palabras, pero se deve desprender de la reacción de la víctima.<sup>190</sup>

Por fim, o consentimento, para ser válido, deve ser emitido de forma séria, correspondente à real vontade daquele que consente, e não em carácter jocoso.

Consentimiento *serio* es el que se emite con juicioso conocimiento de lo que se quiere hacer, del alcance de la declaración de voluntad y de las consecuencias que de allí se derivan. Se opone al consentimiento otorgado con *animus iocandi* o por broma. Las calidades personales de quien consiente, la manera de exteriorizar su deseo de consentir y las circunstancias antecedentes y concomitantes del hecho, son las que en cada caso servirán para deducir si el consentimiento ha sido emitido con seriedad o ha sido fruto de ánimo intrascendente o festivo.<sup>191</sup>

#### 5.4.1 Consentimento presumido

Interessante é o tratamento da doutrina italiana ao chamado consentimento

<sup>188</sup> Idem., p. 535.

<sup>189</sup> Ibid., p. 138.

<sup>190</sup> Ibid., p. 535.

<sup>191</sup> Idem. *La antijuridicidad*, p. 330.

*presumido*. Este não se confunde com o consentimento tácito.<sup>192</sup>

O consentimento presumido é o que seria emitido pelo ofendido, se ele estivesse ciente das circunstâncias que agridem ou ameaçam seu direito e tivesse condições de decidir.

[...] il consenso presunto è solo una supposizione del magistrato circa la presenza di un consenso che l'avente diritto avrebbe manifestato qualora fosse stato a conoscenza della situazione concreta.<sup>193</sup>

Alfonso Reyes Echandía explica que

Aunque ordinariamente el consentimiento debe ser expreso, bien pueden darse casos excepcionales en los que, no estando el titular del derecho en condiciones de manifestar su voluntad de consentir, es posible con razonable lógica deducir el consentimiento, habida consideración de las circunstancias personales del derecho-habiente o de las antecedentes y concomitantes al hecho. Esto puede ocurrir por ausencia física de quien debe prestar su consentimiento o por incapacidad biosíquica de prestarlo.<sup>194</sup>

Fiore destaca, como requisito para validade do consentimento presumido, que a ação seja executada para preservar o interesse do titular do bem jurídico, e não no interesse daquele que a executa.<sup>195</sup>

Exemplo clássico trazido pela doutrina é o do crime de dano:

Se io vedo che la casa del mio vicino va in fiamme, posso bem abbattere la porta di casa per salvarne il mobilio, perché – date le circostanze concrete – si può evincere una volontà dell'avente diritto (proprietario) che consenta al danneggiamento della cosa.<sup>196</sup>

Fiore ilustra a hipótese, ainda, com o exemplo em que se realiza uma intervenção cirúrgica de emergência em um sujeito inconsciente e, portanto, incapaz de consentir expressamente.<sup>197</sup>

Exemplo de Ramacci é o de uma pessoa que abre correspondência de um amigo, sem o conhecimento deste, por supor tratar-se de notícia urgente e que deva ser dada com cautela.<sup>198</sup>

Parece-nos, entretanto, que as situações tratadas como de consentimento presumido amoldam-se com mais segurança à excludente do estado de

<sup>192</sup> Consentimento presumido também não se confunde com consentimento putativo, configurado na situação em que o agente pratica a ação supondo erroneamente estar amparado pelo consentimento do titular do bem jurídico.

<sup>193</sup> BETTIOL, Giuseppe, MANTOVANI, Luciano Pettoello. *Ibid.*, p. 405.

<sup>194</sup> *Idem*. *La antijuridicidad*, p. 329.

<sup>195</sup> *Ibid.*, p. 311.

<sup>196</sup> *Op. cit.*, p. 311.

<sup>197</sup> *Op. cit.*, p. 311.

<sup>198</sup> *Ibid.*, p. 384.

necessidade, já consagrada pelo ordenamento italiano, assim como pelo brasileiro. Não dependeriam, assim, de qualquer indagação acerca da real vontade do ofendido.

Este é o posicionamento de Welzel, quando pondera que

Esta causal de justificación constituye una subespecie del estado de necesidad supralegal (empleo del medio justo para un fin justo). La razón primaria justificante no es la renuncia general del interés por parte del ofendido (es decir, su consentimiento), sino el actuar positivo em su interés.<sup>199</sup>

### 5.5 Momento da manifestação do consentimento

O consentimento deve ser anterior ou, no mínimo, concomitante à prática do ato, mas nunca posterior.

Uma vez que adotamos a teoria subjetiva<sup>200</sup>, impõe-se que o agente só será beneficiado pela excludente quando agir com a consciência da existência do consentimento, o que não ocorre, por óbvio, nas hipóteses de consentimento posterior.

[...] la manifestación de voluntad del titular del derecho cuando renuncia a su protección penal tiene validez limitada temporalmente al momento de la consumación del hecho y que, por lo mismo, un consentimiento *post factum* es irrelevante; ni siquiera la ratificación posterior del sujeto pasivo surte efectos jurídicos con carácter retroactivo porque el delito, como acto humano, es irreversible. No se niega que em algunas hipótesis – nos referimos a los delitos que exigen querrela de parte – la ratificación posterior de la conducta de su autor, hecha por el titular del derecho afectado bien puede conducir a que éste no formule querrela y por tal vía la acción del agente no llegue a ser penalmente sancionada; pero en tales eventos no estaremos frente al fenómeno del consentimiento como causal de justificación, sino ante la ausencia de una condición de procedibilidad que nada tiene que ver con la existencia real y jurídica del delito.<sup>201</sup>

Eventual anuência do proprietário do bem jurídico, manifestada posteriormente à prática da conduta, pode caracterizar, portanto, figuras jurídicas como a renúncia ao direito de queixa ou representação, ou mesmo o perdão do ofendido<sup>202</sup>, mas nunca o consentimento, pois presente, no momento da conduta, o desvalor do resultado e, por consequência, da ação.

<sup>199</sup> Ibid., p. 134.

<sup>200</sup> Cf. Item 5.6, *infra*.

<sup>201</sup> ECHANDÍA, Alfonso Reyes. *La antijuridicidad*, p. 327/328.

<sup>202</sup> Neste ponto, remetemos o leitor ao Capítulo 6 deste trabalho.

En los delitos perseguibles a instancia de parte, claro está que el perjudicado puede ahorrar al autor la persecución del hecho cuando renuncia a la interposición de la denuncia o querrela; y también en los delitos perseguibles de oficio, em la medida en que sea posible un sobreseimiento [...], un posterior acuerdo de la víctima puede tener a menudo alguna influencia sobre la decisión de los órganos encargados del proceso penal.<sup>203</sup>

A revogação do consentimento pode se dar a qualquer momento, ainda que logo antes a vitima manifestasse total anuência com a ação.

É o que preconiza Alfonso Reyes Echandia, ao afirmar que

No tiene importãncia alguna la duración del término corrido entre el momento en que el sujeto consintió y aquél em que el agente ejecutó la conducta consentida, siempre que no exista duda alguna respecto de la naturaleza y alcances de tal consentimiento, ni sobre la relación causal entre el consentimiento del titular del derecho y la conducta del actor. Debe observarse, no obstante, que el titular del derecho tiene absoluta libertad para recocar su consentimiento en tanto ello suceda antes de que el sujeto activo consume el hecho típico, lo que significa que la primera manifestación de voluntad no crea ningún derecho irrevocable en cabeza del actor.<sup>204</sup>

Isso confirma a natureza não negocial do consentimento, pois se o consentimento tivesse a natureza de negócio jurídico, sua revogação poderia ser negada ou firmada para um momento determinado pelos próprios termos do trato, como ocorre nos contratos.

Assim como a aquiescência deve ser de alguma forma exteriorizada, o mesmo se pontua para sua revogação, sob pena de ser inexigível que o agente interrompa sua ação.

É o que afirma Roxin:

El consentimiento debe ser prestado antes del hecho [...] y es libremente revocable, em tanto no exista en el caso concreto un vínculo contractual. Además, para su revocación tampoco puede ser suficiente el cambio de voluntad puramente interno, sino que debe exigirse su manifestación al exterior. Una autorización ulterior (p.ej. la víctima regala al ladrón lo robado, después del descubrimiento del hecho) carece de influencia sobre la realización del tipo.<sup>205</sup>

## 5.6 Consciência do consentimento por parte do agente

Muito se discute se, para o consentimento válido, seria necessário que o

<sup>203</sup> ROXIN, Claus. *Ibid.*, p. 535/536.

<sup>204</sup> *Idem. La antijuridicidad*, p. 327.

<sup>205</sup> *Ibid.*, p. 535.

agente tivesse conhecimento dele, ou se bastaria o consentimento do titular do bem jurídico.

Por coerência lógica, os adeptos do causalismo filiam-se à teoria objetiva, para qual o consentimento válido prescinde de seu conhecimento por parte do agente. Em outras palavras, não é necessário que o agente tenha a consciência de estar amparado pelo consentimento para ser beneficiado pela excludente.

Este posicionamento é aliado à teoria causalista porque, para esta, a tipicidade é desprovida de qualquer análise do ânimo subjetivo do agente, sendo o dolo situado na culpabilidade.

A adoção do finalismo impõe, também por coerência sistemática, que nos filieemos à teoria subjetiva, para a qual o consentimento só terá efeito de exclusão da tipicidade ou da ilicitude, conforme a teoria que se adote<sup>206</sup>, para aquele que praticar a conduta sabedor de estar amparado pela permissão do titular do bem jurídico a ser afetado.

O agente precisa estar subjetivamente vinculado, de forma que sua vontade de praticar a conduta tenha sido formada justamente em razão da presença de um consentimento por quem de direito, ou pelo menos seja conscientemente amparada por ele.

Para Pierangeli, “[...] sequer seria suficiente o conhecimento do consentimento, mas, ao lado deste, se reclama que também tenha o agente atuado em razão desse conhecimento.”<sup>207</sup>

Alfonso Reyes Echandia explica que

Si el consentimiento como causal de justificación supone declaración de voluntad del sujeto pasivo respecto de la disponibilidad de un bien jurídicamente tutelado que le pertenece, há de aceptarse que debe ser expresada inequívocamente y conocida por quien, fundado en tal consentimiento, lesiona el interés penalmente protegido. No creemos que sea indispensable autorización directa e inmediata del sujeto pasivo al activo porque no se trata de acto contractual de los que postula el derecho privado, pero nos parece que el actor debe, por lo menos, tener conocimiento de aquella manifestación de voluntad. La tesis contraria parte del supuesto de que el fenómeno en estudio es mera renuncia o abandono del interés penalmente tutelado y que, por lo mismo, no es necesario que tal renuncia del derecho sea manifestada; pensamos que tal planteamiento es peligroso porque otorga la justificante a quien actúa con la convicción de que vulnera injustamente derechos ajenos que el Estado protege penalmente.<sup>208</sup>

<sup>206</sup> Teoria dualista ou unitária, conforme exposto no item 4.2 deste trabalho.

<sup>207</sup> Ibid., p. 133.

<sup>208</sup> Idem. *La antijuridicidad*, p. 328/329.

A propósito, conforme antes exposto<sup>209</sup>, o Código Penal português contém a disposição expressa: “se o consentimento não for conhecido do agente, este é punível com a pena aplicável à tentativa” (art. 38º, 4).

Welzel afirma que

Es requisito que el autor tenga conocimiento del consentimiento; la acción típica sólo está justificada si el autor la ejecuta en razón del consentimiento otorgado. El conocimiento del consentimiento, motivo de la acción, es, al igual que la voluntad de defensa em la legítima defensa, un elemento subjetivo de justificación, sin el cual el hecho sigue siendo punible en toda su extensión.<sup>210</sup>

Em suma, assim como se exige para as causas de exclusão da ilicitude penal, para o consentimento do ofendido também é adequado exigir o vínculo subjetivo do agente com a excludente, pois só assim será eliminado o agir contrário ao direito e o desvalor da ação. De fato, “[...] resultaría contradictorio exigir para la aceptación de la legítima defensa un *animus defendendi* y negarle al fenómeno del consentimiento el requisito de que la manifestación de voluntad del sujeto pasivo sea conocida por quien lo lesiona.”<sup>211</sup>

## 5.7 Adequação do consentimento aos bons costumes

Questão interessante e controversa é a que envolve a exigência de adequação aos bons costumes para validação do consentimento.

Acerca da legislação portuguesa, Manuel Cavaleiro de Ferreira afirma que

A restrição assim formulada – ofensa contra os bons costumes – é relativamente indefinida e susceptível de maior ou menor extensão consoante a espécie dos direitos lesados. Vem expressamente confirmada no art. 149º quanto aos crimes ofensivos do corpo ou da saúde, mas elucida-se no nº 2 desse artigo que “para decidir sobre se a ofensa no corpo ou na saúde contraria os bons costumes tomar-se-ão em conta os motivos e os fins do agente ou do ofendido, bem como os meios empregados e a amplitude previsível da ofensa.” Se o esclarecimento do nº 2 do art. 149º relativamente ao alcance da ressalva dos bons costumes nas ofensas corporais se estende, como parece curial, ao demais crimes, o conteúdo da fórmula “bons costumes” é uma restrição da eficácia do consentimento em função da gravidade do facto ilícito e da culpabilidade, não exclusivamente, mas concomitantemente com a restrição que resulta duma

<sup>209</sup> Acerca do tratamento dado ao consentimento do ofendido pela legislação portuguesa, remetemos o leitor ao item 3.1 deste trabalho.

<sup>210</sup> Ibid., p. 140.

<sup>211</sup> ECHANDÍA, Alfonso Reyes. *La antijuridicidad*, p. 328.



aprovação pela moral ou pela opinião comum (o sentimento geral sobre moralidade a que alude o n° 3 do art. 205° em referência então ao sentimento geral sobre moralidade sexual).<sup>212</sup>

A legislação italiana também condiciona a validade do consentimento à adequação deste aos bons costumes. A propósito, o art. 5 do livro I do Código Civil italiano dispõe que

Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica, o quanto siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume.<sup>213</sup>

É de se destacar que a norma referida peca pela falta de objetividade de seus termos, principalmente se considerarmos seu teor limitador de direitos. Não ofensa à “ordem pública” e ao “bom costume” nos parecem expressões vagas, tendo em vista a variação de sentidos que tais termos podem assumir.

Neste sentido é a crítica de Bettiol e Mantovani:

Non si voleva ammettere, in materia, una inefficacia del consenso in nome di un principio morale che nega intrinseca liceità a tali atti di disposizione del proprio corpo: la soluzione doveva essere dedotta sulla base di un procedimento logico-giuridico non fuorviato da considerazioni estranee al diritto.<sup>214</sup>

A doutrina também é repleta de manifestações em que a dogmática é deixada de lado diante da forte influência de preceitos morais e religiosos, como e. g.:

O direito à vida e à integridade física é indisponível, não só porque considerada divina a centelha vital, advinda de Deus e devendo ser conservada segundo os desígnios do Senhor da vida e da morte, ofendendo pois ao sentimento ético-jurídico a sua disposição ao livre alvedrio do indivíduo.<sup>215</sup>

Longe de pretender que o homem se desvincule de seus valores culturais, o que propomos aqui é uma maior racionalidade na discussão dos bens jurídicos e de sua disponibilidade, já que, conforme já firmamos, não nos parece que esta característica esteja na natureza das coisas, fruto do direito natural, mas sim na vontade do legislador, por razões de política criminal.

<sup>212</sup> Ibid., p. 142.

<sup>213</sup> ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale – Parte Generale*, p. 293.

<sup>214</sup> BETTIOL, Giuseppe, MANTOVANI, Luciano Pettoello. Ibid., p.407.

<sup>215</sup> MARREY, Adriano. *O problema do consentimento do ofendido e a eutanásia*, p. 10.

## 6 ASPECTOS PROCESSUAIS DO CONSENTIMENTO

O objeto do presente estudo é o consentimento do ofendido na perspectiva da Teoria do Delito, ou seja, o estudo da natureza jurídica e dos requisitos do consentimento do ofendido que atua como exclusão da figura criminosa.

Independentemente de se adotar a teoria dualista – para a qual o consentimento, como já visto, excluirá a ilicitude penal – ou a teoria unitária – à qual nos filiamos, e para a qual o consentimento sempre exclui a tipicidade<sup>216</sup> –, sempre haverá a exclusão de um dos elementos da teoria tripartida do delito, descaracterizando-se, assim, o próprio crime.

Em consequência, o agente em favor do qual for reconhecida a excludente será absolvido de eventual acusação, e contra ele não será imposta pena.

Não poderíamos deixar de pontuar, no entanto, os efeitos processuais que o consentimento pode acarretar.

O consentimento do ofendido, quando manifestado posteriormente à conduta<sup>217</sup>, não tem o condão de desnaturar o crime. Neste caso, a tipicidade e a ilicitude da ação permanecem perfeitas, e, havendo a culpabilidade do agente, este poderá ser responsabilizado pelo crime.

No entanto, o legislador conferiu natureza de causa de extinção da punibilidade ao consentimento posterior, que pode caracterizar as figuras da *renúncia*, da *perempção* e *desistência* e do *perdão do ofendido*.

É o que dispõe o art. 107 do Código Penal vigente:

Extinção da punibilidade  
Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:  
[...]  
IV - pela prescrição, decadência ou perempção;  
V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;  
[...]

A seguir, analisaremos cada uma delas e os efeitos que acarretam no processo.

---

<sup>216</sup> Cf. Item 4.2 deste trabalho.

<sup>217</sup> Sobre o momento de manifestação do consentimento, vide item 5.5 deste trabalho.

## 6.1 Renúncia

Nos crimes de ação privada, assim definidos pelo legislador, cabe ao ofendido ou a seu representante legal, e somente a eles, oferecer queixa contra o autor, para que se inicie a persecução penal.

No entanto, conforme afirma Tourinho Filho,

Em decorrência daqueles princípios que regem a ação penal privada, notadamente o da oportunidade ou da conveniência, pode o ofendido abdicar do direito de promover a ação penal. Essa abdicação do direito de iniciar a instância penal, vale dizer, de oferecer queixa, recebe, na técnica jurídica, a denominação de renúncia.<sup>218</sup>

Da mesma forma, nos crimes de ação penal pública condicionada, a persecução só pode se iniciar se presente a condição de procedibilidade manifestada através da representação criminal.

A representação é condição de procedibilidade que o legislador impõe para a ação penal pública, em determinados casos, que expressa o interesse do particular na persecução penal. Considerando a possibilidade da ocorrência de maiores danos ao ofendido decorrentes da publicização do fato delitivo, o legislador defere ao particular o juízo de oportunidade e conveniência sobre a propositura da ação penal, em hipóteses expressamente previstas.<sup>219</sup>

Em ambos os casos, portanto, ausentes a queixa ou a representação, impossível se torna a persecução penal, e inicia-se a contagem do prazo decadencial fixado em lei.<sup>220</sup>

A renúncia constitui, portanto, a manifestação, expressa ou tácita, da vontade do não exercício da queixa ou da representação no prazo legal.

Por renúncia há de se entender a abdicação ou recusa do direito à propositura da ação penal, por meio da manifestação da vontade do não exercício dela no prazo previsto em lei. A renúncia, portanto, é modalidade de extinção da punibilidade (Art. 107, V, Código Penal) antes da instauração da ação penal.

Como se trata da recusa ao exercício de um *direito*, e porque desta abdicação surgem relevantes consequências jurídicas na órbita do interesse do suposto agente do fato, a lei prevê que a renúncia pode

<sup>218</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, vol. 1, p. 596.

<sup>219</sup> GALVÃO, Fernando. *Ibid.*, p. 851.

<sup>220</sup> Assim determina o Código Penal brasileiro: “Art. 103 - Salvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai do direito de queixa ou de representação se não o exerce dentro do prazo de 6 (seis) meses, contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do § 3º do art. 100 deste Código, do dia em que se esgota o prazo para oferecimento da denúncia.” Nada impede, portanto, que a legislação especial fixe prazo diferente para a decadência.

ser manifestada tanto de maneira *expressa* quanto *tacitamente*.<sup>221</sup>

A renúncia impede o início da ação penal e extingue a punibilidade do agente que dela se beneficia.

É o que dispõe o art. 104 do Código Penal:

Art. 104 - O direito de queixa não pode ser exercido quando renunciado expressa ou tacitamente.

Parágrafo único - Importa renúncia tácita ao direito de queixa a prática de ato incompatível com a vontade de exercê-lo; não a implica, todavia, o fato de receber o ofendido a indenização do dano causado pelo crime.

Conforme afirma Tourinho Filho, a renúncia tácita, também prevista no Código Penal italiano<sup>222</sup>, importa em que “o titular da ação penal pratique ato incompatível com o direito de queixa.”<sup>223</sup>

O Código Penal é expreso em determinar, no caso da representação, que esta será irretratável depois de oferecida a denúncia. Assim, no transcorrer do prazo decadencial, o ofendido ou seu representante legal podem oferecer e retirar a representação por incontáveis vezes, desde que ainda não oferecida a denúncia.

No entanto, uma vez ofertada a exordial pelo Ministério Público, titular da ação penal pública, a representação torna-se irretratável.

Por outro lado, escoado o prazo decadencial sem a apresentação da representação, opera-se a decadência do direito e a extinção da punibilidade do agente.

A decadência é instituto que impõe limites a direitos constituídos no âmbito da relação processual. Apesar de repercutir efeitos na relação processual, a decadência apresenta forte conteúdo de direito material, na medida em que a inexistência do direito processual inviabiliza o exame da pretensão punitiva, ou seja, a responsabilidade.<sup>224</sup>

Por fim, importa tecer comentários acerca do disposto no parágrafo único do Art. 104 do Código Penal, já citado. Ali o legislador consigna expressamente que o ato de recebimento dos valores relativos à indenização pelo dano causado não importa em renúncia tácita por parte do ofendido.

Porém, também por disposição expressa do legislador, no âmbito dos

<sup>221</sup> PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*, p. 130.

<sup>222</sup> Dispõe o art. 124, segunda parte, do CP italiano: “Vi è renuncia tácita, quando chi ha facoltà di proporre querela ha compiuto fatti incompatibili con la volontà di querelarsi.”

<sup>223</sup> Ibid., p 598.

<sup>224</sup> GALVÃO, Fernando. Ibid.,p. 850.

Juizados Especiais, a composição civil dos danos importa em renúncia automática ao direito de queixa ou representação, constituindo exceção à regra acima mencionada.

De fato, o art. Art. 74. Da Lei nº 9.099/95 estabelece:

A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

Assim, tratando-se de ação relativa à prática de crime de menor potencial ofensivo, o acordo firmado a respeito da indenização pelos danos causados importa em renúncia imediata, extinguindo-se a punibilidade do agente.

É bem de ver, porém, que não se cuida de revogação do citado art. 104, ainda que a Lei n. 9.099/95 seja a ela posterior. A questão situa-se em outro nível, ou, mais precisamente, na qualificação jurídica das infrações penais submetidas a uma e outra instância (Justiça comum e Juizados Especiais).

[...]

Tais disposições nada têm que ver com a regra geral prevista no art. 104 do Código Penal, ainda vigente e perfeitamente aplicável aos fatos delituosos considerados de maior potencial ofensivo.<sup>225</sup>

## 6.2 Perempção

Nas ações penais privadas, a lei exige que o querelante mantenha um comportamento que indica seu interesse no prosseguimento da ação. Como a ação é privada, cabe ao querelante manter um comportamento ativo no sentido de garantir o andamento do processo, com a maior celeridade possível.

Citando Tornaghi, Tourinho Filho afirma que “Perimir, de *perimo, is, emi, emptum, ere*, quer dizer matar, destruir. Perimir o direito de ação é matá-lo.”<sup>226</sup>

Neste sentido, perempção “é uma penalidade imposta ao ofendido, ou aos seus sucessores, pelo desinteresse, tacitamente manifestado, em prosseguir na ação.”<sup>227</sup>

Em razão disso, o legislador estabelece, no art. 60 do Código de Processo

<sup>225</sup> PACELLI, Eugênio, *Ibid.*, p. 131.

<sup>226</sup> TORNAGHI apud TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Ibid.*, p. 609.

<sup>227</sup> *Op. cit.*, p. 609.

Penal:

Art. 60. Nos casos em que somente se procede mediante queixa, considerar-se-á perempta a ação penal:

I - quando, iniciada esta, o querelante deixar de promover o andamento do processo durante 30 dias seguidos;

II - quando, falecendo o querelante, ou sobrevindo sua incapacidade, não comparecer em juízo, para prosseguir no processo, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo, ressalvado o disposto no art. 36;

III - quando o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente, ou deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais;

IV - quando, sendo o querelante pessoa jurídica, esta se extinguir sem deixar sucessor.

Configurada, pois, qualquer das hipóteses elencadas no art. 60 do Código de Processo Penal, considera-se perempta a ação, e o juiz deverá declarar extinta a punibilidade do querelado.

Do mesmo modo que ocorre com relação à renúncia, o querelante pode também recusar ou abdicar do direito à ação penal já instaurada, manifestando, por diversas maneiras, o desinteresse em seu prosseguimento, independentemente de qualquer justificativa. A *perempção* é, pois, a perda do direito de prosseguir na ação penal já instaurada, cujo efeito é a extinção da punibilidade, consoante o disposto no art. 107, IV, do Código Penal.<sup>228</sup>

A perempção ocorre, portanto, já no decorrer da ação, por falta de providências por parte do querelado, seja porque ele realmente não tem mais interesse ou porque foi negligente na prática de atos que importam no bom andamento do processo.

Se o querelante possui o direito de deduzir em juízo a pretensão punitiva, tem a obrigação de prosseguir na ação, acompanhando-a em todos os seus trâmites, não dando causa a interrupções injustificadas da marcha processual. Com o instituto da decadência, o legislador impediu que o ofendido pudesse prolongar demasiadamente a expectativa da propositura da ação em desfavor do ofensor. Com a perempção, impede que o querelante prolongue ilimitadamente o curso do processo, mantendo a ameaça de punição sempre presente sobre o querelado. Se o querelante demonstrar desinteresse no prosseguimento da ação penal, a perempção faz que seja presumida a desistência da instância. A perempção é instituto que presume a desistência da ação penal de iniciativa privada.<sup>229</sup>

Por sua natureza, portanto, a perempção pode ser provocada pelo próprio

<sup>228</sup> PACELLI, Eugênio, *Ibid.*, p. 135.

<sup>229</sup> GALVÃO, Fernando. *Ibid.*, p. 857.

querelante em razão de uma espécie de “consentimento posterior”, seja porque ele não mais tem interesse na punição do querelado, seja porque até já se conciliaram no âmbito pessoal, e a punição se torna inconveniente.

### 6.3 Perdão do ofendido

Outra causa de extinção da punibilidade prevista em nossa legislação, e que tem relação com o comportamento processual do ofendido é o perdão manifestado por ele em relação ao querelado nas ações privadas.

O perdão do ofendido é o instituto jurídico por meio do qual a vítima, nos casos em que somente se procede mediante queixa, manifesta o seu interesse em não prosseguir no feito já iniciado, perdando o seu ofensor. O perdão difere da renúncia uma vez que esta impede o início da ação penal, pois a vítima renuncia ao seu direito de ingressar em juízo com a queixa; no caso do perdão, a vítima já exerceu o seu direito de ação. Contudo, durante a instrução do feito, perdoa o seu suposto agressor.<sup>230</sup>

A propósito, assim dispõe o art. 105 do Código Penal:

Art. 105 - O perdão do ofendido, nos crimes em que somente se procede mediante queixa, obsta ao prosseguimento da ação.

O perdão funciona, assim, como causa de extinção da punibilidade, tão logo seja manifestado pelo querelante nas ações privadas.

Nas ações penais privadas, o ofendido, em consequência do seu poder dispositivo, pode perdoar o querelado, vale dizer, seu ofensor, revelando, assim, a vontade de não querer prosseguir na ação e, não querendo fazê-lo, julgar-se-á extinta a punibilidade. Trata-se de instituto próprio e exclusivo da ação penal privada. Não confundir o perdão do ofendido, de que estamos tratando, com o perdão judicial, isto é, aquela faculdade que o legislador concedeu ao Juiz de, em determinados casos, deixar de aplicar a pena. Ali, a faculdade é concedida ao ofendido ou a quem o represente legalmente; aqui somente o Juiz é que pode perdoar; ali, mesmo antes de proferida sentença, pode o ofendido desejar perdoar; aqui, só poderá haver o perdão judicial uma vez lavrada a decisão condenatória.<sup>231</sup>

Pacelli esclarece que

Diferentemente do que ocorre em relação à *renúncia* e à *perempção*, o *perdão*, também causa extintiva da punibilidade quando aceito pelo réu, ostenta características muito mais próximas de um *consentimento posterior* que de um eventual desinteresse pela condenação do acusado. Pode-se até traçar um paralelo entre o perdão do ofendido, nas ações penais privadas, e o perdão judicial

<sup>230</sup>

GALVÃO, Fernando. Ibid., p. 859.

<sup>231</sup>

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Ibid., p. 602.

das ações públicas, exclusivamente, porém, no sentido de que, em ambas as hipóteses, o grau de lesividade da ação delituosa não estaria a merecer a reprimenda prevista no tipo penal, diante das circunstâncias do fato e das condições pessoais do agente, conforme juízo de reprovação deixado ao ofendido no primeiro caso e ao juiz da causa, no segundo.<sup>232</sup>

Ao contrário do que ocorre com a renúncia, que é ato unilateral, o perdão, para surtir efeitos, deve ser aceito por aquele que dele se beneficia.

É o que dispõe o art. 106 do Código Penal:

Art. 106 - O perdão, no processo ou fora dele, expresso ou tácito  
 I - se concedido a qualquer dos querelados, a todos aproveita;  
 II - se concedido por um dos ofendidos, não prejudica o direito dos outros.  
 III - se o querelado o recusa, não produz efeito.  
 § 1º - Perdão tácito é o que resulta da prática de ato incompatível com a vontade de prosseguir na ação.  
 § 2º - Não é admissível o perdão depois que passa em julgado a sentença condenatória.

Conforme destacado, por obediência ao princípio da indivisibilidade da ação penal, o perdão, se oferecido a um dos querelados, estende-se automaticamente a todos os demais, conforme também ocorre com a renúncia.

No entanto, só terá validade se aceito pelo querelado, de forma que, se não houver aceitação, a ação prossegue apenas em relação àquele que recusou o perdão, pois este, uma vez processado, pode desejar ter a seu favor uma sentença de mérito.

A propósito, Galvão afirma que

A indivisibilidade da ação penal, portanto, poderá ser inobservada quando houver recusa em aceitar o perdão por parte de um dos acusados, já que o perdão não produz efeito em relação ao acusado que o recusar. Nesse caso, instaurada a instância penal, considerando todos os constrangimentos e suspeitas que recaem sobre os acusados, o legislador permite que o processo tenha curso em relação àqueles que buscam a absolvição. O cuidado com os interesses do processado em obter uma sentença absolutória, materializado na condição de que o perdão seja aceito para produzir efeitos, acaba por estabelecer contradição sistêmica. Se o acusado não aceitar o perdão, o ofendido poderá dar causa à perempção. Neste caso, o processo seria extinto sem julgamento de mérito, mesmo havendo interesse do acusado na absolvição.<sup>233</sup>

Estabelecendo um paralelo entre os institutos mencionados, Tourinho Filho ressalta:

<sup>232</sup> Ibid., p. 136/137.

<sup>233</sup> Ibid., p. 861.



Enquanto a perempção e o perdão pressupõem a ação penal já proposta, a renúncia antecede à propositura da ação. A perempção e o perdão só podem ocorrer depois de iniciada a ação, enquanto a renúncia só se verifica, sempre e sempre, antes da sua propositura. A perempção e o perdão só podem ocorrer nos crimes de exclusiva ação privada. A renúncia tanto pode ter lugar na ação exclusivamente privada como na privada subsidiária da pública, uma vez que o art. 104 do CP fala em “renúncia ao direito de queixa”, e direito de queixa tem também o ofendido na hipótese do art. 29 do CPP. A renúncia e a perempção independem, para a sua validade, como causa extintiva da punibilidade, de assentimento do querelado. Já o perdão é bilateral, no sentido de que, para a sua validade, haverá necessidade do *placet* dele. Por outro lado, ainda se distingue a perempção do perdão: é possível ocorrer o perdão mesmo depois de proferida sentença condenatória. A perempção, entretanto, antecede sempre a decisão final, isto é, não é possível ocorrer depois de proferida esta.<sup>234</sup>

Em suma, embora não possa excluir o crime – seja por exclusão da ilicitude, seja por exclusão da tipicidade – tendo em vista que manifestado extemporaneamente, o consentimento do ofendido posterior à conduta delitiva, ainda tem o condão de produzir efeitos no processo, extinguindo a punibilidade do agente.

---

234

Ibid., p. 617.

## 7 CONCLUSÕES

O consentimento do ofendido possui raízes jurídicas bastante antigas, uma vez que seus efeitos já eram previstos desde o Direito Romano.

No Brasil, entretanto, foi sistemática a ausência de previsão do consentimento do ofendido e de seus efeitos em nossas diversas codificações, desde o Brasil Império, o que resultou em uma carência de estudos a respeito do tema.

A legislação estrangeira, no entanto, está repleta de exemplos que dão conta de que a previsão expressa do consentimento do ofendido nas codificações penais leva a um desenvolvimento do tema pela doutrina.

No âmbito extrapenal, a doutrina é robusta em admitir o consentimento do ofendido como mero ato jurídico, que não assume, portanto, natureza negocial.

Já no âmbito do direito penal, a grande discussão gira em torno de definir a natureza jurídica do consentimento válido, tópico em que a doutrina se divide entre os adeptos da corrente unitária e da corrente dualista.

Para os adeptos da corrente unitária, à qual nos filiamos, o consentimento válido exclui sempre a tipicidade penal. Isto porque, se a deterioração ou mesmo a destruição do objeto do bem jurídico forem convenientes a seu titular, a ação daquele que destrói o objeto amparado pelo consentimento não pode configurar um relevante penal.

Se o próprio titular do bem jurídico consente validamente com sua lesão, ainda que total, não cabe ao Estado imiscuir-se nesta avaliação, que condiz unicamente à esfera da autonomia da vontade daquele que emite o consentimento.

A adoção da teoria unitária traz repercussões práticas relevantes, uma vez que o Estado não está autorizado a investigar – no âmbito de um inquérito policial – ou a perseguir juridicamente – no caso da ação penal – o indivíduo que pratica a ação amparado pelo consentimento válido do titular do bem jurídico.

De qualquer forma, seja qual for o posicionamento adotado – o de se considerar o consentimento como causa de exclusão da ilicitude ou da tipicidade penal –, a excludente só será reconhecida diante da presença de determinados requisitos.

Neste ponto, recomenda-se uma revisão dos critérios tradicionais de determinação da disponibilidade ou não dos bens jurídicos. Isto porque a

disponibilidade ou indisponibilidade de cada bem não é um traço intrínseco à sua natureza, mas uma opção do legislador em dado momento histórico.

A importância de um ou outro bem jurídico não deve ser cotejada em valores absolutos, mas somente na medida em que contribua para o desenvolvimento de seu titular.

Por fim, não nos parece razoável vincular a validade do consentimento à observância dos “bons costumes” ou da “ordem pública”, visto que não há definição concreta do conteúdo e limite destes termos extrajurídicos.

**BIBLIOGRAFIA**

ALAGIA, Alejandro. *El consentimiento em la dogmática penal. Nueva doctrina penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 1999.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra, 2004.

ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale – Parte Generale*. 16ª ed. Milão: Dott. A. Giuffrè, 2003.

ASÚA, Jiménez de. *Tratado de derecho penal*. 3ª ed. Buenos Aires: Losada, 1964, vol. IV.

BALESTRA, Carlos Fontán. *Tratado de derecho penal – parte general*. Buenos Aires: Glem, 1966.

BARBOSA, Marcelo Fontes. *O consentimento do ofendido*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, v. 718.

BARQUERO, Enrique Casas. *La importancia del consentimiento en la teoria general del delicto. Doctrina penal: teoría y práctica en las ciencias penales*. Buenos Aires: Depalma, 1988, nºs 41/44.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BETTIOL, Giuseppe; MANTOVANI, Luciano Pettoello. *Diritto Penale – Parte Generale*. 12ª ed. Padova: CEDAM, 1986.

BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria Geral do Delito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Rio, 1979.

\_\_\_\_\_. *Direito penal – parte geral*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CANÊDO, Carlos Augusto; CHAMON JÚNIOR, Lúcio. *Eutanásia e dogmática penal: por uma compreensão paradigmaticamente adequada do direito penal através de uma teoria da adequabilidade normativa*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, nº 36.

CHAVES, Antônio. *Direito à vida e ao próprio corpo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

DIAS, Jorge de Figueredo. *Direito Penal – Parte Geral*. 1ª ed. brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ECHANDÍA, Alfonso Reyes. *La Antijuridicidad*. 3ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1981.

\_\_\_\_\_, *Derecho Penal*, 11ª ed. Bogotá: Temis, 1990.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal – A Teoria do Crime no Código Penal de 1982*. Lisboa: Verbo, 1985.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto Penale – Parte Generale*. 3. ed. Bologna: Zanichelli, 1985.

FIORE, Carlo. *Diritto Penale – Parte Generale*. Napoli: UTET.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Antijuridicidade*. Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, nº 7, Rio de Janeiro, 1964.

\_\_\_\_\_. *Lições de direito penal (A nova parte geral)*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal – Parte Geral*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GALVÃO, Fernando; GRECO, Rogério. *Estrutura Jurídica do Crime*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. *EUTANÁSIA: dono da vida, o homem é também dono da sua própria morte?* Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/artigo/847-Artigo:-EUTANASIA:-dono-da-vida,-o-homem-e-tambem-dono-da-sua-propria-morte?>.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García Pablos de; BIANCHINI, Alice. *Direito Penal – Introdução e Princípios Fundamentais*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos. *Direito Penal – Parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – parte geral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

GUERRERO, Hermes Vilchez. *Do excesso em legítima defesa*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

\_\_\_\_\_. *Ortotanásia ou eutanásia por omissão*. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

ISOLDI FILHO, Carlos Alberto da Silveira. *Causas de Exclusão da Tipicidade*. 1ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

JAKOBS, Günter. *Tratado de Direito Penal – Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. 5ª ed. Granada: Comares, 1996.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal – Parte Geral*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_. *O consentimento do ofendido em face da teoria da imputação objetiva*. IBCCrim, Boletim 94, Set/2000. Disponível em [http://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/689-O-consentimento-do-ofendido-em-face-da-teoria-da-imputacao-objetiva](http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/689-O-consentimento-do-ofendido-em-face-da-teoria-da-imputacao-objetiva)

\_\_\_\_\_. *Imputação Objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.

LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *A relação extradicional no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal (parte geral)*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MAGALHÃES, Délio. *Causas de exclusão de crime*. São Paulo: Saraiva, 1968.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale – Parte Generale*. 4. ed. Padova: CEDAM, 2001.

MARINUCCI, Giorgio, DOLCINI, Emilio. *Manuale di Diritto Penale – Parte Generale*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 2006.

MARQUES, José Frederico. *Curso de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1956, vol. II.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1980, vol. II.

MARREY, Adriano. *O problema do consentimento do ofendido e a eutanásia*. São Paulo: Justitia, 1963, nº 42.

MÁYNEZ, Eduardo García. *Introducción al estudio del derecho*. 25ª ed. Cidade do México: Porúa, 1975.

MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal – parte geral*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 1991.

\_\_\_\_\_. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 1991.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil – parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1977.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal – Introdução e Parte Geral*. 38. ed. São Paulo: Rideel, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: Parte Geral – Parte Especial*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, vol. I.

PEREIRA, Virgílio de Sá. *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil* (Projecto apresentado ao governo). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1928.

PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. *Códigos Penais do Brasil – evolução histórica*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito penal brasileiro – parte geral*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, vol. I.

RAMACCI, Fabrizio. *Corso di Diritto Penale*. 3. ed. Torino: G. Giappichelli, 2005.

\_\_\_\_\_. *Statuto Giuridico Del Medico e Garanzie Del Malato*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG nº 61. Belo Horizonte, 2012.

REISS, Michel Wencland. *Sobre o consentimento do sujeito passivo*. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

RODRIGUES, Paulo Daher. *Eutanásia*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

ROXIN, Claus. *A apreciação jurídico-penal da eutanásia*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, nº 32.

\_\_\_\_\_. *Derecho Penal – Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Madri: Civitas, 1997.

SÁ, Maria de Fátima Freire. *Direito de morrer (Eutanásia, suicídio assistido)*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de Direito Penal*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Transplante de órgãos e eutanásia*. São Paulo: Saraiva, 1992.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal – vol 1*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

VILLALOBOS, Ignacio. *Derecho Penal Mexicano*. 3ª ed. México: Porrúa, 1975.

VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Brasília. 2006.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman*. 11ª ed. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1976.

WESSELS, Johannes. *Direito penal – parte geral*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.