



Marine Carrière de Miranda

Reflexos da Vitimodogmática no Consentimento em Direito Penal

*Dissertação de Mestrado na Área de Especialização
em Ciências Jurídico-Criminais,
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Orientação: Professora Doutora Inês Fernandes Godinho*

Julho/2016





• U • C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Marine Carrière de Miranda

Reflexos da Vítimodogmática no Consentimento em Direito Penal

(Victimodogmatic's reflections on Consent in Criminal Law)

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre no curso, sob a orientação da Professora Doutora Inês Fernandes Godinho.

Coimbra
2016

“Apressou-se a olhar à sua volta, nem sabia a procura de quê.”
Fiódor DOSTOIÉVSKI, *in Crime e Castigo*

Agradeço desde já todos os colaboradores desta obra, desde professores que forneceram seus conhecimentos, quanto a autores que tornaram possível tal estudo, à Universidade de Coimbra, à Senhora Doutora Inês Fernandes Godinho pelo seu inexorável conhecimento e atenção transmitidos, e à minha família pelo apoio incondicional numa ponte tão extensa quanto o Atlântico, capaz de ligar os Continentes com o Direito.

Para Luciana, que sempre estará comigo não importa em qual mundo.

RESUMO

Um dos poucos países que possuem uma detalhada codificação do consentimento do ofendido é Portugal, motivo pelo qual este serve de inspiração para outros ordenamentos jurídicos no mundo. Mesmo sendo referência para outros países, o instituto mostra-se ainda contraditório em certos aspectos, não sendo passivo de entendimentos, principalmente relacionados à sua natureza e seus limites. Por estes motivos, o trabalho a seguir apresentará, numa ótica voltada à vitimodogática penal, a importância do instituto nos dias atuais e suas ainda recentes discussões.

Palavras-chave: Consentimento do ofendido – Causas de justificação – Bem jurídico – Erro-vício

ABSTRACT

Defined by its detailed codification of the consent of the victim, Portugal is one of the few countries that serve as an inspiration to other legal systems of the world. Sprouting such widespread interest among other States, its study reveals itself as paramount, even if its debate sparks controversies (regarding its nature and limits) between those who discuss it. For the afore mentioned reasons, the following research will focus on the perspective of criminal victimdogmatic, the relevance of the institute in recent times and also its present-day discussions that remain so contemporary.

Keywords: Victim's consent - Justification defenses – Legal interest – Mistake

SUMÁRIO

Introdução.....	10
-----------------	----

Capítulo 1

A vontade do ofendido e o paradoxo

1.1 Vítimodogmática.....	12
1.2 A vítima e a dogmática penal.....	16
1.2.1 Parte Especial.....	17
1.2.2 Parte Geral.....	19
1.3 Princípio da autorresponsabilidade.....	20
1.4 Conclusão parcial.....	23

Capítulo 2

O consentimento como causa de justificação

2.1 A Ilicitude no ordenamento jurídico-penal.....	24
2.1.1 Ilicitude formal e material.....	26
2.1.2 Desvalor da ação e desvalor do resultado.....	27
2.2 Das causas de justificação.....	29
2.2.1 Legítima Defesa.....	29
2.2.1 Estado de Necessidade.....	34
2.2.3 O Conflito de Deveres.....	37
2.2.4 Dever de Obediência.....	38
2.3 Do consentimento como causa de justificação.....	40
2.3.1 Paradigma dualista.....	42
2.3.2 Cancelamento da norma.....	46
2.3.3 Causa de justificação extra sistemática.....	47
2.3.4 Elemento negativo do tipo.....	48
2.4 Conclusão parcial.....	50

Capítulo 3

Fundamentos e requisitos

3.1 Fundamentos do consentimento do ofendido.....	54
3.2 Requisitos de validade.....	56
3.2.1 Bem jurídico.....	57
3.2.2 Capacidade para consentir.....	59
3.2.3 Momento.....	60
3.2.4 Forma.....	61
3.3 Consentimento presumido e hipotético.....	63
3.4 Conclusão parcial.....	66

Capítulo 4

Limites e Vícios do Consentimento

4.1 Limites do consentimento.....	68
4.1.1 Disponibilidade do bem jurídico.....	68
4.1.2 Bons costumes.....	74
4.2 Vício de vontade.....	77
4.3 Conclusão parcial.....	82
Considerações Finais.....	84
Referências Bibliográficas.....	87

Siglas e Abreviaturas:

Art. ou art. – artigo; Cf. – confira-se; ed. – edição; n. – número; s. – seguintes; supl. – suplemento; v. – volume.

Introdução:

Tema controverso no Direito Penal, o consentimento do ofendido¹, gera inúmeras discussões principalmente quanto à sua natureza, ao limite da sua aplicação (como causa de exclusão da ilicitude ou da tipicidade), até que ponto ele é considerado relevante no ordenamento jurídico-criminal e, conseqüentemente, qual a sua força na modificação de uma pena.

Essas discrepâncias são, em parte, geradas pelo fato do bem jurídico lesado, nesse caso, ser único e exclusivo da vítima, confrontado com a consumação de um crime por parte de um agente. É uma manifestação inequívoca de autorização que fora outorgada pelo titular de um ou mais bens jurídicos para que outra pessoa realize uma interferência nestes. A disposição de um bem encontra sua proteção na dignidade da pessoa humana, que é consequência da liberdade de autonomia sobre seus bens, mesmo que protegidos pelo Direito².

Diante disso, a faculdade de consentir encontra suas raízes na Constituição, mais especificamente, nas garantias de liberdade de ação, que implicam na possibilidade de renunciar à proteção de alguns bens jurídicos. Logo, esta salvaguarda depende de uma ponderação de interesses constitucionais, e deve ser estritamente regulamentada na lei,

¹ Essa figura tem passagem no Digesto de Ulpiano (XLVII, 10.1.5) “*nulla iniuria est, quae in volentem*”, isto é, “o que se realiza com a vontade do lesado não constitui injusto”. Cf. PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido (na teoria do delito)*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 72; e ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte Geral*. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 511.

² Sobre o tema, e como principal referência no Direito português cf. ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal* (reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 2004, *maxime* p. 176; para o conceito cf. MONCADA, Hugo Cabral de. «Do consentimento, natureza e eficácia do consentimento do ofendido em direito criminal». In *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, ano 16 (supl.), 1942, p. 206.

pois, conforme o caráter público do Direito Penal, a disposição dos bens jurídicos não pode ocorrer de forma desenfreada. Deve-se traçar limites claros para a autodeterminação³.

O trabalho que se segue pretende, com breves comparações aos ordenamentos jurídicos distintos que são de grande valia do ponto de vista acadêmico, apontar e vigiar a figura do consentimento *lato sensu*, seja ela é considerada causa de exclusão da ilicitude ou da tipicidade, como solução para algumas questões relacionadas com a vítima criminal, com as suas formas, limites e vícios, destacando, evidentemente, a lei portuguesa como a solução principal.

Para tanto, primeiro será abordada a vítima, sob a ótica do Direito Penal e não propriamente criminológica, ressaltando a sua importância no ordenamento jurídico como a figura da vitimodogmática, finalizando com a sua relação com o consentimento e discutindo até que ponto a vítima tem influência no crime e na pena do agente.

Posteriormente, há uma pequena regressão na ilicitude e nos seus conceitos, assim como nas suas formas de expressão na lei criminal, discutindo-se, inclusive, a natureza do consentimento como causa de exclusão da ilicitude ou da tipicidade.

É no tópico seguinte que o tema central começa a ser mais esmiuçado, através da explicação de seus fundamentos e requisitos, seguindo em continuidade até a última parte do trabalho que desenvolve os limites e vícios (em relação à *vontade*) do consentimento.

³ MAURACH, Reinhart; e ZIPF, Heinz. *Derecho Penal – Parte General*. Tomo I. Tradução de Jorge Bofill Genzch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994, p. 288.

Capítulo 1

A vontade do ofendido e o paradoxo

Antes de adentrar propriamente no consentimento do ofendido, deve-se perceber, num pequeno apanhado, qual a forma que esse instituto teve (e tem) relevância no Direito Penal positivo. Ou seja, como se pode ressaltar a relevância da vítima⁴ no crime. Sem querer transformar os parâmetros deste trabalho num conceito criminológico, ainda assim faz-se importante este curto regresso dentro da criminologia e do Direito Penal.

1.1 Vitimodogmática

Sem negar que o Direito Penal é do *fato*⁵ (e não do autor, muito menos da vítima), no desenvolvimento histórico deste, pode-se dizer que a vítima⁶ ocupou três posições, que são delineadas pelos estudiosos em três respectivos períodos: o primeiro denominado como *vingança privada* ou *idade de ouro* da vítima⁷, caracterizado pela retribuição do delito pela vítima ou por sua família; o segundo marcado pela *neutralização* que a vítima vem a sofrer

⁴ Quanto ao conceito de vítima no sistema penal MELIÁ desenvolve que, conforme a valoração jurídica, "vítimas" são aquelas que sofreram danos e, correspondentemente, "autor" é aquele que interveio face ao lesado. Veja-se MELIÁ, Manuel Câncio. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*. Barcelona: Jesús Maria Bosch Editor, 1998, p. 14.

⁵ Como aponta COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 183; IDEM, «Omissão (Reflexões em redor da omissão imprópria)». In *Boletim da Faculdade de Direito*, v. 72. Coimbra, 1996, p. 391; e DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 235.

⁶ Aqui adota-se o conceito de vítima do direito penal, conforme define Costa ANDRADE: "*toda pessoa física ou entidade coletiva diretamente atingida, contra sua vontade, na sua pessoa ou no seu patrimônio pela deviance*". ANDRADE, Manuel da Costa. *A vítima e o problema criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1980, p. 50.

⁷ ANDRADE, Manuel da Costa. *A vítima e o problema...*, p. 50.

com a atribuição do direito de punir ao Estado (*ius puniendi*); e o terceiro período revela a *redescoberta* da vítima pelo Direito Penal⁸.

Os primeiros reflexos de estudos da figura da vítima encontram-se dentro da criminologia⁹ no instituto da vitimologia¹⁰, que já teve os seus momentos de glória e seus momentos de inocuidade¹¹ conforme os períodos descritos anteriormente, e representando ainda a inserção do ofendido dentro do crime, na relação estabelecida com o agente, mais precisamente irradiando o resultado de seus estudos sobre a dogmática do Direito Penal, tendo como ponto central a repercussão no injusto da corresponsabilidade da vítima pelo fato sucedido, especialmente se a mesma pode dar lugar à exclusão do tipo ou da ilicitude¹².

Pode-se concluir então que a vitimologia é um ramo (subcampo) da criminologia, cujos objetos de estudos são diversos, representando ações e consequências diferentes no campo das ciências criminais. É, portanto, uma teoria de aplicação, de projeção no Direito Penal¹³. A partir do instante em que essa passa a se referir à concretização da vítima no âmbito da dogmática jurídico-penal, precisamente na projeção de seu comportamento na

⁸ CORDEIRO, Euler Xavier. *Vitimodogmática: Uma Análise Dogmática do Comportamento da Vítima*. Estudos Contemporâneos de Vitimologia. São Paulo: Editora UNESP, 2011, p. 22.

⁹ A criminologia “é a ciência que estuda os crimes e os criminosos, isto é, a criminalidade”. PEIXOTO, Afrânio. *Criminologia*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1953, p. 11. Entretanto, esta ciência não estuda apenas o crime, mas também as circunstâncias sociais, a vítima, o criminoso, o prognóstico delitivo, etc; de forma que a criminologia tende a descer do plano especulativo para o plano investigativo, empírico. Ou seja, preocupa-se mais com os fatores associados do que com a causa do crime. Cf. em ALMEIDA, Maria Rosa Lemos Crucho de. «A penalologia diferencial. Um ramo crescente da investigação em criminologia». *In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, suplemento XVI, 1966, p. 200.

¹⁰ Benjamin MENDELSON é geralmente reconhecido como o fundador desta nova disciplina. SCHAFER, Stephen. *Victimology: The Victim and His Criminal*. Michigan: Reston Publishing Company, 1977, p. 5; e MANZANERA, Luis Rodríguez. *Victimologia – Estudio de la Víctima*. 7ª ed. México: Editorial Porrúa. 2002, p. 16. Chegou-se a acreditar que a vitimologia deveria ramificar-se da criminologia, pois o impacto vitimológico relaciona-se com uma maior inclusão da vítima no processo penal, como proteger e aumentar os direitos de defesa destas face aos acusados, sugerindo a reparação (tanto a pessoal, moral, psicológica quanto a econômica) como resposta ao delito, o que difere do pretendido pelo sistema penal até hoje. Sobre essa diferença entre o sistema proposto pela lógica retributiva e pelo atual sistema punitivo-retributivo veja-se ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 154 e s.; e ainda, sobre a justiça restaurativa veja-se SANTOS, Cláudia Cruz dos. *A justiça restaurativa – um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: porquê, pra quê e como?* Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

¹¹ Sobre a redescoberta da vítima veja-se CORDEIRO, Euler Xavier. *Vitimodogmática...*, p. 25.

¹² ROXIN, Claus. *Derecho Penal...*, p. 562.

¹³ LAURRAURI, Elena. «Victimologia». *In De los delitos y de las víctimas*. Julio B.J. Maier (org.). Buenos Aires: AD-HOC, 1992, p. 295.

teoria do delito (visando imputar de forma mais justa a responsabilidade do autor¹⁴) deixa-se de falar na vitimologia da criminologia e cria-se uma nova figura: a vitimodogmática¹⁵.

A vitimodogmática está relacionada com o Direito Penal, mais precisamente com a teoria do delito, sendo fundamental para o entendimento da questão do consentimento e *acordo* em Direito Penal, autocolocação e heterocolocação em perigo¹⁶; enquanto a vitimologia possui como foco pesquisas de vitimização, assistência moral, jurídica e financeira das vítimas, o papel desempenhado por essas no delito, contribuindo para a desvitimização que advém das instâncias do controle social¹⁷.

Diante disso, dentro da esfera criminal, a vítima é tida como elemento essencial para o Direito Penal e sua parte geral, especificamente nos casos de consentimento e autocolocação e heterocolocação em risco (da teoria da imputação objetiva); e na parte especial do Código como causas de aumento e diminuição de pena, por exemplo, com base na idade e condição da vítima¹⁸.

Brevemente, pois o assunto será tratado mais adiante, assume-se que o consentimento é a renúncia à proteção do bem jurídico¹⁹. A título comparativo, no direito brasileiro, por exemplo, trata-se de uma causa supralegal, pois não possui amparo legislativo, tido apenas como uma criação doutrinária aceita pela jurisprudência pátria daquele; e no Direito Penal alemão há a figura do consentimento apenas na parte especial do Código, no art. 228º do Strafgesetzbuch (StGB). Porém, no caso português, o consentimento está previsto *tipificadamente* na parte geral do Código Penal, motivo pelo qual essa legislação é referência no tema e amplamente estudada por doutrinadores (art.

¹⁴ No sistema penal dos Estados Unidos da América, as vítimas possuem uma maior participação na determinação da pena do ofensor. Porém parece mais interessante, de acordo com o sistema penal português, integrar as vítimas dentro da justificação da pena, e não considerar suas emoções para a determinação da sua condenação. Para a relação entre responsabilidade e racionalidade da pena e vítima cf. FLETCHER, George P. «The Place of Victims in the Theory of Retribution». In *Buffalo Criminal Law Review*, v. 3, 1999, p. 51-64.

¹⁵ Sobre o conceito de vitimodogmática cf. LAURRAURI, Elena. «Victimologia», p. 294; SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milênio*. Madrid: Tecnos, 2002, p.116; e SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. «La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría do delito: observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la “víctimo-dogmática”». In *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 34, 2001, p. 168. Em razão da semelhança existente entre os dois vocábulos e por serem ramos de ciências interligadas, não é raro que ocorra muitas vezes a confusão entre ambos.

¹⁶ A vitimodogmática constituiu-se numa área de sobreposição entre a vitimologia e a dogmática penal, a qual demonstra como o comportamento da vítima influenciou na tipificação da conduta e na resposta penal.

¹⁷ A vitimologia ocupa-se totalmente em examinar a vítima, fazendo uma observação biológica, psicológica e social dessa diante do fato criminoso. CORDEIRO, Euller Xavier. *Vitimodogmática...*, p. 33.

¹⁸ Para uma análise mais profunda de heterocolocação e consentimento veja-se ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 271 e s.

¹⁹ Este entendimento está de acordo com o que se pretende defender aqui, e ainda em conformidade com a teoria do ilícito de resultado, em que a disposição do bem jurídico exclui esse ilícito. Cf. MAURACH, Reinhart; e ZIPF, Heinz. *Derecho Penal...*, p. 285 e s.

38º do Código Penal Português)²⁰. Vale ressaltar que nos crimes em que o dissenso da vítima for um dos elementos da figura criminosa (a título de exemplo os casos de violação), o consentimento ofertado acaba operando como causa de exclusão da própria tipicidade; o tal *acordo* em Direito Penal.

A vítima e sua participação dentro do crime aparecem novamente no direito positivo na teoria da imputação objetiva, na figura da autocolocação e da heterocolocação em perigo, tendo seu maior representante Claus ROXIN, o qual admitiu que nem sempre quando há imputação causal, a conduta tem que ter criado ou aumentado um “risco proibido”, e esse risco deve ter se materializado em um resultado. Se não há esse “risco proibido”, não há imputação ao resultado. Dessa forma, numa correção a teoria da causalidade, o autor inseriu os requisitos do risco permitido, da diminuição do risco, do dano alternativo e do âmbito de proteção da norma, para poder configurar-se a imputação do agente²¹.

Assim a lei penal passou a analisar a reação da vítima nas fases do delito (tanto antes, como durante e depois). Esta análise é conhecida como vitimodogmática, cujo propósito é encontrar na conduta da vítima uma categoria de caráter dogmático, ou seja, um princípio que deve ser levado em conta na sistemática do delito²².

Alguns autores defendem que a vítima deve ser responsável pelo próprio comportamento, a fim de evitar que venha a sofrer lesão no seu bem jurídico, ou seja, é ela quem deve tomar as devidas cautelas para não ser atingida, caso contrário, não estará resguardada pela tutela estatal, o que geraria a atipicidade do fato. É o chamado princípio da autorresponsabilidade da vítima, desenvolvido por Câncio MELIÁ e Bernd SCHÜNEMANN.

SCHÜNEMANN vê na vitimodogmática uma regra a fim de excluir o âmbito da penalização do comportamento da vítima que não merece e não necessita de proteção²³. Isto é, trata-se de uma restrição à noção de delito, avaliando-se a responsabilidade da vítima.

²⁰ Basta analisar-se a doutrina brasileira, a qual menciona inúmeras vezes o caso português como exemplo.

²¹ Além da obra original de Claus ROXIN, para uma maior compreensão sobre a teoria da imputação objetiva veja-se GRECO, Luís. *Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.

²² LAURRAURI, Elena. «Victimologia», p. 294.

²³ SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes...*, p. 116.

De acordo com esse entendimento, SILVA SÁNCHEZ considera a vitimodogmática uma forma de se verificar até que ponto a vítima influencia o comportamento do autor²⁴. Em outras palavras, haveria a corresponsabilidade da vítima para a ocorrência do crime, a qual é fundamental para a valoração da culpabilidade do agente e da dosimetria da pena.

1.2 A vítima e a dogmática penal

O Direito Penal é o ramo do direito público dedicado às normas emanadas pelo Poder Legislativo para reprimir os delitos, cominando penas com a finalidade de preservar a sociedade e de proporcionar o seu desenvolvimento²⁵. Tem como função proteger os bens jurídicos fundamentais²⁶, que geralmente podem ser expressos por uma tríade: direito a vida, liberdade e propriedade. As Constituições dos Estados tutelam os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos e da sociedade, inclusive aqueles previstos e resguardados pelo Direito Penal.

Por exemplo, no caso de crimes contra a vida, a vítima é considerada sujeito passivo do delito, visto que não há no ordenamento jurídico português este crime contra si mesmo (o suicídio²⁷). Contudo, a vítima pode ter uma enorme participação na consumação do delito, a ponto de gerar modificações na pena do agente, podendo este ser até absolvido do crime que cometeu²⁸.

²⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Política criminal y nuevo derecho penal*. Barcelona, 1997, p. 168.

²⁵ Para finalidade das penas no direito penal, cf. KINDHÄUSER, Urs. «Pena, bem jurídico-penal e proteção de bens jurídicos». In *Revista Brasileira de Ciências Jurídicas Criminais*, ano 20, n. 95, 2012, p. 85-95; MARTINS, Vítor Jorge Oliveira. *O fim e a determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2012; e RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade: os critérios da culpa e da prevenção*. Coimbra: Coimbra Editora. 2014.

²⁶ Sob uma ótica de um direito penal funcionalista de Claus ROXIN. Sobre a mudança do bem jurídico cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas fundamentais de Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 160. Há autores que entendem não haver um conceito claro: Günter STRATENWERTH, *Strafrecht AT, apud* SCHÜNEMANN, Bernd. «El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación». Tradução de María Martín Lorenzo e Mirja Feldmann. In *La teoría del bien jurídico*. Roland HEFENDEHL (ed). Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 200. Há alguns autores que dizem ser impossível que o direito penal possa ter como função primordial defender os bens jurídicos que tenham dignidade penal. Cf. COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais...*, p. 14-16.

²⁷ O suicídio era punido principalmente por conta da fé cristã, mas desde 1764, BECCARIA criticava a punição de tal ato. Veja-se Capítulo XXXV de BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

²⁸ BERGELSONT, Vera. «Victims and Perpetrators: An Argument for Comparative Liability in Criminal Law». In *Buffalo Criminal Law Review*, n. 385, ano 8, 2004-2005, p. 404.

Posto isso, busca-se identificar aqui as formas de expressão da vítima na dogmática penal, indo além da sua importância criminológica, para uma aplicação e elevação do *status* desta figura no fato e no processo.

1.2.1 Parte Especial

Primeiramente, mesmo não sendo esta a ordem do Código Penal, trabalha-se a participação da vítima na parte especial do mesmo, ou seja, a relevância no próprio tipo penal incriminador. A vitimodogmática “inseriu” no artigo de cada crime causas de aumento ou diminuição de pena conforme as características da vítima a época do fato²⁹. Ainda, a contribuição da vítima quando esta omite medidas de autoproteção de seus bens jurídicos sem motivos fundados, em momentos nos quais havia possibilidade de proteção destes³⁰. É uma forma de analisar se a vítima merece ou necessita da proteção que a lei penal lhe oferece³¹.

A vitimodogmática tem recebido diversas críticas neste sentido, pois assumir que é possível diferenciar aqueles que merecem ou não a proteção da norma parece ousado. Logo, o primeiro julgamento refere-se a essa autoproteção³² exigível das vítimas na defesa dos seus bens jurídicos que conduzem a subsidiariedade penal, haja vista que os críticos acreditam que a subsidiariedade só é válida para outros meios jurídicos e não por medidas de autoproteção não tomadas³³. Como consequência, a vitimodogmática levaria a uma espécie de “lei do mais forte”, sendo injusta em relação à sociedade. A segunda censura decorre desse sentido principal, da exigência da autoproteção, de forma que a perspectiva da vitimodogmática pode, em alguns casos, não levar a nenhuma forma de eliminar o caráter típico da lesão, sendo irrelevante essa autoproteção ou não. Por último, pode-se

²⁹ Conforme o entendimento de Thomas HILLENKAMP, *apud* MELIÁ, Manuel Cancio. «Victim Behavior and Offender Liability: A European Perspective». Tradução de Carlos Gómez-Jara Díaz. *In ZStW* 357, 1999, p. 537.

³⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. *!El derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos!* Tradução de Ángela de la Torre Benítez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 69-70.

³¹ A ausência de autoproteção da vítima na defesa de seus bens jurídicos determinará a perda do merecimento de pena. Cf. SCHÜNEMANN *apud* ANDRADE, Manuel da Costa. «Merecimento de pena y necesidad de tutela penal como referencias de una doctrina teleológico-racional del delito». *In Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal*. SCHÜNEMANN, Bernd e DIAS, Jorge Figueiredo (coords.) e SILVA SÁNCHEZ (ed.). Barcelona: Bosch Editor, 1995, p. 168. Sobre o merecimento ou não de proteção da vítima cf. PEÑA, Diego Manuel Luzón. «La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito». *In Anuario de derecho penal y ciencias penales*, v. 46, n. 1, 1993, p. 21-34.

³² A autoproteção deriva da autorresponsabilidade que SCHÜNEMANN desenvolve. Para mais, cf. também SANTOS, Cláudia Cruz dos. *A justiça restaurativa...*, p. 54-55.

³³ MELIÁ, Manuel Cancio. *Conducta de la víctima...*, p. 243 e s.

ainda falar do desligamento da vitimodogmática das questões ligadas à Parte Geral do Código Penal e principalmente da sua falta de fundamentação normativa³⁴.

Visando responder a estes questionamentos, SCHÜNEMANN esboçou algumas soluções. À primeira crítica o autor responde que a vítima é a primeira atingida da prática de um crime, de modo que a negação de seus próprios interesses (de proteção ao bem jurídico lesado) acarreta automaticamente a recusa da proteção penal³⁵; é como se o Estado não tivesse condições de “proteger” todos os bens jurídicos da vítima, o que não parece muito lógico vindo de um Estado titular do *ius puniendi*³⁶. Quanto à segunda crítica, para o autor, há pouco o que falar uma vez que se trata mais de uma observação do que propriamente uma crítica, sendo consequência natural de uma análise teleológica; isto é, frente à interpretação do bem jurídico lesado e o comportamento da vítima, pode e será normal que ela não influencie em nada, com isso não haverá motivos para eliminar o caráter típico da lesão³⁷. Já quanto à falta de fundamentação na Parte Geral do Código Penal, o autor diz tratar-se de um mal entendido da estrutura metodológica da interpretação da lei³⁸.

Dessa forma, SCHÜNEMANN cria (e defende) um *princípio vitimológico* para auxiliar a interpretação da lei penal, onde é possível compreender, restritivamente, vários tipos penais ou mesmo levá-los a uma redução teleológica sem ligação com o teor literal do tipo³⁹. Esse princípio permite a corresponsabilidade da vítima, que limita a punibilidade do Estado e, por isso, o autor afirma que esta deriva do princípio da *ultima ratio* do Direito Penal⁴⁰.

³⁴ O que parece não exprimir a verdadeira vontade da lei penal. Cf. MELIÁ, Manuel Cancio, *Conducta de la víctima...*, p. 240.

³⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. *!El derecho penal es la ultima...*, p. 70-71; IDEM. «Sistema del derecho penal y vitimodogmática». In *La Ciencia Del Derecho Penal Ante El Nuevo Siglo*. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos, 2002, p. 168-169.

³⁶ No mesmo sentido é a crítica de ROXIN, Claus. *Derecho Penal...*, p. 564.

³⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. «Sistema del derecho penal...», p. 169.

³⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. «Sistema del derecho penal...», p. 170.

³⁹ A vítima que dispõe do seu bem jurídico com base num erro acessório não carece de tutela, visto que essa abdicação é feita sob a representação do dano que nela se contém. SCHÜNEMANN *apud* ROXIN, Claus. *Derecho Penal...*, p. 563.

⁴⁰ Sobre o conceito veja-se SCHÜNEMANN, Bernd. «Sistema del derecho penal...», p. 166 e s.

1.2.2 Parte Geral

Aprofundando a forma de compreender a problemática da vítima e a contribuição para lesão de seus bens jurídicos, na Parte Geral do Direito Penal, a vitimodogmática está representada pelo princípio da *autorresponsabilidade* da vítima. Ou seja, tem seu marco sistemático na imputação objetiva como uma teoria do tipo objetivo e no consentimento do ofendido⁴¹. Dessa maneira, pode-se entendê-lo como forma de superação ou abandono de estruturas analíticas ontologistas para o apontamento da responsabilidade penal, em prol da admissão de um método normativo de imputação⁴².

SILVA SÁNCHEZ propõe duas correntes vitimodogmáticas⁴³. A primeira identificada como majoritária, considera o comportamento da vítima na determinação da pena ao autor, nunca exagerando os limites da tipicidade, excetuando-se naqueles tipos penais expressamente previstos. A segunda, minoritária ou radical, verbalizada na expressão autorresponsabilidade da vítima, analisa o comportamento desta como fundamento para eventual isenção da responsabilidade do autor. Essa isenção é consequência direta dos princípios da fragmentariedade, subsidiariedade e *ultima ratio*. Desta forma, toda vez que a vítima puder evitar a lesão de seu bem jurídico através de medidas possíveis e razoáveis e não o fizer, a conduta do autor deixa de ser penalmente relevante, admitindo uma redução teleológica dos tipos penais⁴⁴.

Conforme trabalhado anteriormente, a participação da vítima adotou mais importância e pode consubstanciar-se em qualquer cooperação, consciente ou inconsciente, direta ou indireta, atual, recente ou remota, na prática do fato típico⁴⁵. Pode identificar-se ainda na cooperação apenas para qualificar ou agravar o delito. A provocação, por

⁴¹ Existem outras figuras que não serão abordadas aqui como a teoria da “competência da vítima” de Günther JAKOBS, da “imputação para a vítima” de Cancio MELIÁ, e a posição de RUSCONI. Para estas cf. DOMINGUÉZ, Marcelo. «Exclusion de la tipicidad por el comportamiento de la victima». Facultad de Derecho da Universidad de la República, Uruguay, 201, p.1-26.

⁴² Cf. ROXIN, Claus. *Derecho Penal...*, p. 563 e s.

⁴³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. «La consideración del comportamiento de la víctima...», p. 168; e IDEM. *Perspectivas sobre la política criminal moderna*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998, p. 150 e s.

⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. «La consideración del comportamiento de la víctima...», p. 163-194; e IDEM. *Perspectivas sobre la política criminal...*, p. 158 e s.

⁴⁵ MELIÁ, Manuel Câncio. *Conducta de la víctima...*, p.87 e s. O caso do sequestro de Jan Philipp REEMTSA é retratado por PRITTWITZ como uma forma de apresentar a importância da vítima dentro do processo criminal. Que esta fase tem importância também para a construção de uma estrutura psicológica sólida para o ofendido. Veja-se PRITTWITZ, Cornelius. «The Resurrection of the Victim in Penal Theory». *In Buffalo Criminal Law Review*, v. 3, n. 1, 1999, p. 110-112.

exemplo, é a participação por excelência, direta e acompanhada de agressão, e em certas condições, chega a compor em prol do agente a justificativa da legítima defesa.

Essa participação pode operar-se através de um processo, mais ou menos longo, de influência psicológica no agente que, eventualmente, chegará até à exclusão da culpabilidade ou da própria criminalidade. Todavia, ela não se conduz, senão excepcionalmente a tais extremos de consequências; mas não será desprezada para a fixação da pena por estar demonstrada em termos menos incisivos. Nesses casos, ocorrerá uma atenuante (uma causa de diminuição ou de substituição de pena), ou de sua não aplicação, conforme as circunstâncias se ajustem às previsões da lei. Pode ser encontrada também na fixação das penas como ocorre nas causas de aumento e diminuição de pena como no art. 59º do Código Penal Brasileiro e no art. 72º, n. 2, alínea *b* do Código Penal Português⁴⁶.

De qualquer forma, a participação da vítima não poderá deixar de ser considerada na dosagem da pena, ou nos substitutivos penais, quando se torne necessária a afirmação da ausência de periculosidade do condenado⁴⁷. Por exemplo, a análise da atuação da vítima vai determinar se ela agiu em legítima defesa ou não, implicando assim no resultado da ação criminal e na pena do agente, motivo pelo qual seu papel não pode ser ignorado na imputação punitiva.

1.3 Princípio da autorresponsabilidade

Diante dessas considerações, verifica-se que a vítima ganha representatividade dentro do Direito Penal material na forma das causas de justificação (como a legítima defesa, estado de necessidade e o consentimento) e também no processual (podendo ser inclusive “parte” no processo junto ao membro do Ministério Público, na forma de

⁴⁶ Respectivamente: “*comportamento da vítima*, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime” e “*tentação da própria vítima* ou por provocação injusta ou ofensa imerecida”. Nota-se que é uma atenuação especial. O mesmo ocorre no art. 133º do Código Penal Português, onde a provocação pode incidir favoravelmente ao réu sobre o grau da ilicitude, aproximando-se do homicídio a pedido da vítima.

⁴⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Perspectivas sobre la política criminal...*, p. 150 e s. Ainda existem crimes que, num conteúdo político-criminal de raiz criminológica e não jurídico-penal, são precipitados pela vítima. A tentação ou provocação que a vítima oferece são consideradas na aplicação da pena ao agente. Para mais cf. ANDRADE, Manuel da Costa. *A vítima e o problema...*, p. 185 e s.

assistente⁴⁸). Há uma maior proteção da vítima pela política criminal⁴⁹. Nesse sentido, dentro da dogmática penal desenvolveu-se uma “compensação de culpas”, marcada pela figura da imputação objetiva. Ou seja, o comportamento da vítima pode ser essencial para a definição do tipo penal e sua exclusão face ao autor.

MELIÁ desenvolveu a imputação no âmbito de responsabilidade da vítima que, conforme o princípio da autorresponsabilidade⁵⁰, surge a partir das várias teorias da imputação objetiva. Como o próprio nome diz, este princípio consiste no reconhecimento da liberdade e responsabilidade da pessoa titular sobre seu bem jurídico. Desta forma, caso a vítima não proteja seu bem jurídico ou disponha dele, acaba por gerar uma situação que compete com a lesão proporcionada pelo autor. Em outros termos, a atividade que pode afetar o bem é realizada em conjunto, numa divisão de culpas entre agente e vítima⁵¹.

Para que seja evidenciado esse princípio devem ser satisfeitas algumas condições: que a atividade permaneça no núcleo de ações feitas em conjunto pelo autor e pela vítima; que a conduta da vítima não tenha sido influenciada pelo autor (por exemplo, mediante fraude), pois só poderá ser responsabilizada a vítima que desproteger seu bem jurídico de livre e espontânea vontade, tendo então conhecimento desse descuido; e, por fim, que o autor não tenha um direito específico de proteção contra os interesses da vítima⁵². A aproximação com a vitimodogmática é necessária para se determinar em que medida a vítima pode ser corresponsável pelo comportamento do autor⁵³.

⁴⁸ Destaca-se a elevação de estatuto da vítima na alteração do seu papel no contexto da Lei n. 130/2015, de 04 de Setembro, a qual veio aguçar a participação desta no processo penal constituindo-se não só como assistente, se assim se manifestasse, mas como própria vítima, correspondente à um direito. Veja-se *Artigo 67º-A*, n. 5 do Código de Processo Penal: “A vítima tem direito a colaborar com as autoridades policiais ou judiciárias competentes, prestando informações e facultando provas que se revelem necessárias à descoberta da verdade e à boa decisão da causa.” Sobre a figura do assistente: *Artigo 68º*. 1 - Podem constituir-se assistentes no processo penal, além das pessoas e entidades a quem leis especiais conferirem esse direito: a) Os ofendidos, considerando-se como tais os titulares dos interesses que a lei especialmente quis proteger com a incriminação, desde que maiores de 16 anos”. Cf. também a evolução da figura a vítima em ANDRADE, Manuel da Costa. «O novo Código Penal e a moderna criminologia». In *Jornadas de Direito Criminal*. Lisboa: Escola tipográfica do instituto Padre António de Oliveira, 1983, p. 214 e s.

⁴⁹ MELIÁ, Manuel Cândio. *La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima “imputación a la víctima”*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1998, p. 11; e IDEM, *Conducta de la víctima...*, p. 32.

⁵⁰ Utilizado pela teoria da imputação objetiva. SCHÜNEMANN, Bernd. «Sistema del derecho penal ...», p. 165.

⁵¹ MELIÁ, Manuel Cândio. «Aproximación a la Teoría de la Imputación Objetiva». In *La Imputación normativa del resultado a la conducta*. Coordenação em conjunto com Enrique Díaz-Aranda. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 27. Sobre a culpa compartilhada no direito penal cf. GÓMEZ, Calos Daza. «Imputación a la víctima». In *La Ciencia Del Derecho Penal Ante El Nuevo Siglo*. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos, 2002, p. 641 e s.

⁵² MELIÁ, Manuel Cândio. «Aproximación a la Teoría...», p. 22.

⁵³ MELIÁ, Manuel Cândio. «Reflexiones sobre la “vitimodogmática” en la teoría del delicto». In *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 25. São Paulo, 1999, p. 25; IDEM, *La exclusión de la tipicidade...* p. 55; e, nesse mesmo sentido SCHÜNEMANN concorda com a fator *ultima ratio* que a vitimodogmática representa.

É interessante observar que na doutrina norte-americana predomina a máxima *don't blame the victim*, conforme explica FLETCHER, o qual afirma que a característica distintiva da responsabilidade criminal é que, em princípio, a culpa do lesado é relevante para a responsabilidade do agente⁵⁴. Mas ainda assim a vítima possui três papéis relevantes nesta doutrina: consentimento, legítima defesa e provocação⁵⁵. Outros autores, como Vera BERGELSONT, entendem que se na aplicação do sistema penal é considerado, por exemplo, o estado emocional do agente no momento do fato como causa agravante ou atenuante do crime, deveria então considerar também a conduta da vítima nesse sentido⁵⁶.

Em contraponto, conforme a segunda corrente vitimodogmática apresentada por SILVA SÁNCHEZ, o comportamento da vítima é considerado como fundamento para eventual isenção da responsabilidade do autor, prevalecendo-se unicamente com base no princípio da autorresponsabilidade⁵⁷.

De qualquer forma, dentro das teorias de prevenção da função da pena há, naturalmente inserida, uma noção de que esta possui uma finalidade não só para o criminoso, mas também à vítima, pois além do intuito de transformar o delinquente num exemplo, num objeto com função intimidadora do Estado, a pena tem para o lesado um significado especial diante do fato ocorrido⁵⁸. O sentimento de justiça encontra-se inserido aqui. Mas, por óbvio, não pode sujeitar-se a imputação à vontade da vítima, pois definir e aplicar a pena são uma função do Estado, logo há um limite muito tênue entre a

Veja-se: SCHÜNEMANN, Bernd. «Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático» Tradução de María Martín Lorenzo e Mirja Feldmann. In *La teoria del bien jurídico*. Roland HEFENDEHL (ed). Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 199.

⁵⁴ FLETCHER, George P. «Corrective Justice for Moderns». In *Harvard Law Review*, n. 106, 1993, p 1658 e 1673.

⁵⁵ Quando a ausência de consentimento é um elemento de uma infração, mesmo para o consentimento não comunicado, o autor está desvinculado de sua responsabilidade, ela se exclui. Porém, quando o consentimento serve como defesa ao tipo, o agente deve estar ciente disso. FLETCHER, George P. «The Right Deed for the Wrong Reason». In *UCLA Law Review*, ano 23, n. 293. 1975, p. 318-321. Quando o consentimento for abordado especificamente neste trabalho, o raciocínio será retomado.

⁵⁶ BERGELSONT, Vera. «Victims and Perpetrators...», p. 444.

⁵⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Perspectivas sobre la política criminal...*, p. 159.

⁵⁸ A natureza da punição retributiva, dissuasiva ou destinada a reabilitação do ofensor conforme FLETCHER, George P. *Rethinking Criminal Law*. New York: Oxford University Press. 2000, p. 409 e s. Ou simplesmente tem a finalidade retributiva ou utilitária, sendo que na primeira a punição é justificada porque o agente a “merece”, já para a segunda a pena é justificada pela promoção do bem social. Para mais cf. BERGELSONT, Vera. «Victims and Perpetrators...», p. 419 e s. Sobre a evolução função da pena veja-se também ANDRADE, Manuel da Costa. «O novo Código Penal e a moderna...», p. 210 e s.

legitimidade do Direito Penal e da função da pena para a vítima⁵⁹. Deve-se sempre, neste caso, olhar para o interesse público e determinar até onde a vontade particular pode se sobrepor a este⁶⁰.

1.4 Conclusão parcial

Pode-se verificar então que o aparecimento da vítima no contexto penal surge com a figura da vitimodogmática. Porém, por questões dogmáticas presentes no desenvolvimento do Direito Penal⁶¹, esse instituto é “substituído” pela justificação da vítima nos princípios da autorresponsabilidade e na autonomia da vontade do sujeito passivo do crime⁶²; visto que, se fosse mantida a importância da vítima no contexto puro da vitimologia, não haveria de se falar sequer num Direito Penal mínimo, mas sim na extinção deste em virtude de, conforme propõe SCHÜNEMANN para certos crimes, a descriminalização de alguns delitos em que a vítima não necessita ou não merece proteção do Direito Penal⁶³. A experiência da vítima, como parte do crime, não pode ser ignorada pela lei criminal, e este trabalho propõe-se a justificar isto.

⁵⁹ O autor faz uma análise a respeito das teorias penais tradicionais, buscando justificar o espaço da vítima nestas. Resumidamente, conclui que, no passado, o Estado orientava a lei penal exclusivamente com base no ofensor e na ordem pública, não havendo espaço para a vítima. Atualmente o Estado considera a vítima como contraparte do delincente, considerando que além da sociedade, aquela pessoa em específico sentiu o crime na pele e merece que seja feita a “justiça”. Para mais veja-se PRITTWITZ, Cornelius. «The Resurrection of the Victim...», p. 119 e s.

⁶⁰ Por exemplo, no caso da Eutanásia (o homicídio a pedido da vítima), o interesse público sobrepõe-se à autodeterminação do indivíduo, motivo pelo qual se justifica a proteção da vida feita pelo art. 134º do Código Penal Português. Cf. GODINHO, Inês Fernandes. *Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora. 2014, p. 357. Interessante destacar a figura do consentimento no homicídio pois, conforme o entendimento de FEINBERG, numa tradução livre “aqueles que acreditam na inalienabilidade do direito à vida podem pensar duas vezes antes de ter essa certeza. Sempre que o direito em questão pode ser pensado como um peso insuportável, não se pode considerar um direito inalienável e passíveis de perda, sem incentivar delito. Haverá a busca do alívio através da tentativa e erro, ofensa ou crime”. Cf. FEINBERG, Joel. «Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life». *In Philos Public Aff*. Ano 7, 1978, p. 112. De qualquer forma esses limites entre interesse público serão trabalhados mais adiante.

⁶¹ O desenvolvimento do Direito Penal Público neutralizou a figura da vítima. Cf. PRITTWITZ, Cornelius. «The Resurrection of the Victim...», p. 117.

⁶² Existe um incremento do risco por parte do ofendido, pois este pode atuar de forma a sair do limite de proteção da norma jurídica, agindo com sua autorresponsabilidade. Cf. GÓMEZ, Calos Daza. «Imputación a la víctima», p. 632.

⁶³ PRITTWITZ, Cornelius. «The Resurrection of the Victim...», p. 118.

Capítulo 2

O consentimento como causa de justificação

Muito se discute a respeito do enquadramento do consentimento no sistema penal. Se este constitui uma causa de justificação ou se ele pode representar uma causa de exclusão da tipicidade, ou seja, se este seria um elemento negativo do tipo. Para isto, faz-se necessário um breve percurso nas categorias dogmáticas da teoria geral da infração.

2.1 A ilicitude no ordenamento jurídico-penal

O crime significa a negação de valores jurídico-criminais⁶⁴, ou seja, representa a ideia de que uma conduta é desaprovada pela ordem jurídica. A ilicitude é necessária para a formação do tipo, pois a ação ou omissão deve ser considerada reprovada pela sociedade política, que orienta na criação de uma norma penal a partir desse desvalor⁶⁵. Uma vez criado o tipo em lei⁶⁶, que foi originalmente uma estrutura sem valores⁶⁷, o ilícito incide neste, fundamentando que tal conduta é reprovável; exceto se existir alguma causa de justificação (legítima defesa, estado de necessidade, entre outras do art. 31º do Código Penal) capaz de intervir de forma que a conduta seja típica, porém lícita. Hoje a concepção de crime inclui não só os elementos objetivos, mas também os subjetivos, nomeadamente dolo e culpa⁶⁸.

⁶⁴ CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*, Tomo I. Coimbra: Almedina, 2007, p. 273.

⁶⁵ COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais...*, p. 253.

⁶⁶ Pois não há crime sem lei anterior que o defina.

⁶⁷ Caracterizando essa como a vertente objetiva do fato na concepção clássica do crime. Veja-se DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal...*, p. 240.

⁶⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal...*, p. 245-247.

A ilicitude penal é, sem dúvidas, uma construção feita pela sociedade política, onde a pena representa não só uma punição ao agente, mas também um meio de manter-se a ordem e a segurança da comunidade⁶⁹.

Portanto tem-se por regra que quando alguém realiza uma conduta típica (um crime), ela será também ilícita⁷⁰. Porém esta afirmativa não é absoluta, uma vez que o ordenamento prevê situações em que, apesar de serem típicas, as condutas estão acobertadas por excludentes de ilicitude do agente⁷¹. Para preencher os requisitos legais do tipo devem-se levar em conta os elementos relevantes para a análise de um juízo ilicitude do mesmo, sejam eles positivos ou negativos⁷². Mas nem sempre foi evidente traçar um parâmetro para esses requisitos⁷³.

A disposição legal das causas de justificação⁷⁴ encontra-se no art. 31º⁷⁵ do Código Penal, 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”. Dentro do rol elencado no artigo está a figura do consentimento do ofendido. Não bastasse essa previsão expressa, o legislador português foi zeloso ao trazer, no art. 38º, tratamento amplo dessa matéria. Esta é uma das características particulares do Código Penal Português que o transforma em referência nos estudos legais quanto à figura do consentimento, por ser tipificado⁷⁶.

⁶⁹ COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em Direito penal*. Coimbra: Coimbra, 1992, p. 78.

⁷⁰ CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*, Tomo I, p. 311; COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo...*, p. 434.

⁷¹ Conforme explica Germano SILVA: “a *ilicitude* exprime um juízo de conformidade com a previsão do facto contida numa norma permissiva, do mesmo modo em que a qualificação de *tipicidade* exprime um juízo de conformidade com a previsão dos factos contida numa norma incriminadora”. Em SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Português – Parte Geral*, v. II. Lisboa: Editorial VERBO, 1998, p. 71. Na doutrina brasileira usa-se mais o termo “antijurídico” do que ilícito. Cf. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal-Parte Geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 187.

⁷² Pela *teoria dos elementos negativos do tipo legal*, cf. CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*, Tomo I, p. 311.

⁷³ Sobre o fundamento único para as causas de justificação veja-se FERNÁNDEZ, Fernando Molina. «El estado de necesidad como ley general (aproximación a um sistema de causas de justificación)». In *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. extraordinário 1. Espanha: Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) - Facultad de Derecho, 2000, *maxime* p. 204-218.

⁷⁴ Sobre os elementos das causas de justificação cf. WELZEL, Hans. *Novo sistema jurídico - penal*. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Ed. Revistas dos tribunais. 2011, p. 54.

⁷⁵ Destaque às causas elencadas, que incluem o consentimento do ofendido no n. 2 do *Artigo 31º* do Código Penal: “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*” Grifo nosso.

⁷⁶ No Brasil a figura do consentimento apareceu apenas no projeto do Código Penal “Alcântara Machado” de 1938, em seu art. 14º, n. 1: “Não será também punível aquele que praticar ação ou omissão: I – com o consentimento de quem possa validamente dispor do direito violado ou ameaçado”. Mas não permaneceu no texto aprovado em 1940 devido ao posicionamento de Nelson Hungria o qual considerou, na época, o

A título comparativo, muito semelhante à legislação lusitana, o art. 23º do Código Penal brasileiro prevê quatro hipóteses em que o agente está autorizado a realizar uma conduta típica sem que ela seja ilícita (tipo permissivo): estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito. Contudo, não prevê o consentimento como causa legal de exclusão da ilicitude. Porém, de acordo com o entendimento doutrinário, este é tido como uma causa supralegal de justificação. Já a legislação alemã também não prevê o consentimento expressamente, entretanto ele existe apenas na Parte Especial do Strafgesetzbuch (§228º - *Einwilligung*), e é sobretudo desenvolvido nas jurisprudências do tribunais⁷⁷.

2.1.1 Ilicitude formal e material

Todavia, considerar o consentimento como uma causa de exclusão da ilicitude não foi evidente. A causa de justificação limita a existência e contrariedade da norma anterior à conduta, onde aparece uma natureza meramente formal da ilicitude. Ou seja, a contrariedade da norma equivale à ilicitude formal. E a ofensa ao bem jurídico equivale à ilicitude material⁷⁸. É preciso sempre analisar as duas perspectivas, que são cumulativas (e não alternativas). Desta forma entende-se que as ilicitudes são complementares⁷⁹.

Em outras palavras, a ilicitude formal é a mera contrariedade do fato ao ordenamento legal (ilícito) sem qualquer preocupação quanto à efetiva danosidade social da conduta. O fato é considerado ilícito porque não estão presentes as causas de justificação, pouco importando se a coletividade reputa-o reprovável.

Já a material é a contrariedade do fato em relação ao sentimento comum de justiça (injusto); o comportamento afronta o que o homem médio tem por justo, correto. Há uma lesividade social inserida na conduta, a qual não se limita a afrontar o texto legal,

instituto “evidentemente supérfluo”. Cf. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, v. 1, tomo 11. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1968, p. 268-269.

⁷⁷ Sempre é importante ressaltar que se trata de uma mera comparação formal. O sistema jurídico-penal dos países são, por óbvio, diferentes.

⁷⁸ Ou seja, a ilicitude formal implica apenas na desobediência à norma, já a ilicitude material significa a ofensa (ou perigo) ao bem jurídico protegido pela norma. Quanto aos conceitos de ilicitude formal e material veja-se ROXIN, Claus. *Derecho Penal...*, p. 558 e s. COSTA não concorda com a concepção da existência de duas ilicitudes, enquadrando esta apenas como material. Cf. COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais...*, p. 254.

⁷⁹ Diferentemente do que entende VON LISZT que adota a teoria de independência entre as ilicitudes formal e material. Cf. VON LISZT, Franz. *Tratado de derecho penal*. Tomo I. Tradução de Luis Jimenez de Asua. Madrid: Editorial Reus, 1999, p. 336-337.

provocando um efetivo dano à coletividade. Conforme elucida COSTA, na sua dimensão onto-antropológica de uma relação de cuidado-de-perigo, a ilicitude material representa uma quebra nessa mesma relação protegida pelo Direito Penal⁸⁰.

No consentimento a controvérsia reside, geralmente, no aspecto material. Há autores que afirmam que desde o início não há ofensa ao bem jurídico, por isso exclui-se de pronto a tipicidade. Mas também existem autores que entendem haver ofensa ao bem jurídico, porém esta estaria justificada. Isso depende da natureza que atribuem a este. De qualquer maneira isso será tratado mais a frente neste trabalho. É preciso entender-se também o sentido de desvalor que a ilicitude traz.

2.1.2 Desvalor da ação e desvalor do resultado

Portanto o ilícito, o crime consumado (sem entrar no mérito da culpa⁸¹) é composto pelo desvalor da ação (dolo ou negligência) e pelo desvalor do resultado (ofensa ao bem jurídico). Em outros termos, “para que um determinado comportamento seja criminalmente punível, entende-se que a conduta, quer no seu desvalor de intenção, quer no seu desvalor de resultado, tem que atingir certa densidade negativa”⁸².

Muito se discute quanto ao conceito de ilicitude ser objetivo ou pessoal. Para aqueles que acreditam tratar-se de uma causa objetiva⁸³, a norma criminal é uma norma resultante de uma valoração postulada na dimensão objetiva, logo ao determinar que aquele desvalor deva ser um crime, percebe-se que na verdade a lei penal *não valora negativamente* (que é um critério completamente pessoal) os fatos condenáveis, mas

⁸⁰ O que mais uma vez justificaria essa ideia de que há a necessidade de se intervir penalmente num fato se aquele é socialmente relevante e for insustentavelmente ferido. Base de todo fundamento da doutrina penal de COSTA, em: COSTA, José de Faria. «Ilícito-típico, resultado e hermenêutica (ou o retorno à limpidez do essencial)». In *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, ano 12, v. 1. Coimbra, 2002, p. 13 e s.; IDEM. *O perigo...*, p. 251, 402-403, 622. IDEM. *Linhas de Direito Penal...*, p. 74, 223 e s.; IDEM. *Noções fundamentais...*, p. 161 e s., e 199 e s.; IDEM. *Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em Direito Penal)*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 13, 50 e s.

⁸¹ Que é muito controverso. Cf. COSTA, José de Faria. *O perigo...*, p. 409-410 (nota 105).

⁸² COSTA, José de Faria. «A análise das formas (ou a análise das “formas do crime”: em especial a tentativa)». In *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n. 3962, ano 139. Coimbra, 2010, p. 297.

⁸³ Dentre eles cf. CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal...*, p. 279-282; IDEM. *Direito Criminal...*, Tomo II, p. 28; MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 339-342; FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Direito Penal Português – parte geral I*. Sociedade Científica da Universidade Católica Portuguesa. Lisboa: Editorial VERBO, 1981, p. 274-275 (nota 8); e IDEM. *Lições de Direito Penal, II - Teoria da infração Penal*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1941, p. 118 (nota 3).

simplesmente *determina* que aquela ação ou omissão é crime⁸⁴. O juízo sobre o ilícito não se confunde com o juízo sobre o agente (se este agiu com dolo ou culpa), pois, conforme o modelo tripartido de compreensão de crime, ilicitude e culpabilidade não se misturam. Assim é igualmente possível afirmar-se que o juízo do ilícito é distinto do juízo do desvalor sobre o agente, visto que a vontade do agente encontra-se no tipo⁸⁵.

Para este trabalho adota-se a posição de Figueiredo DIAS, onde o ilícito é pessoal⁸⁶. Ele é subjetivo, pois o dolo e a culpa (negligência) estão inseridos nele. O *tipo de ilícito* é o comportamento proibido pelo ordenamento jurídico⁸⁷. O desvalor da ação é um conjunto de elementos subjetivos, já o desvalor do resultado é um conjunto de elementos objetivos. Se o ilícito for objetivo, ele seria pautado apenas no desvalor do resultado, o que é errado, já que ele também ocorre quando há desvalor da ação⁸⁸.

Geralmente o desvalor da ação significa que o crime está na sua forma tentada, já o desvalor do resultado que este ocorreu na sua forma negligente⁸⁹. Os elementos objetivos dos tipos justificadores excluem o desvalor do resultado e os elementos subjetivos são a falta do desvalor da ação⁹⁰.

Faria COSTA trabalha ainda com a ideia do *Soma*, ou seja, diferentemente da função matemática que ele representa, toma-se aqui seu significado no sentido de que há uma unidade (ou moldura) que engloba o desvalor de intenção e o desvalor de resultado. Ele pode variar, ter intensidades diferentes, assim como as molduras o são⁹¹. Além disso, para o autor, o ontologismo jurídico permite interpretar que o Direito Penal exista para regulamentar a relação entre sujeitos (*eu* frente ao *outro*), onde a ruptura social representa

⁸⁴ CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal...*, p. 276 e s.; e MAURACH, Reinhart; e ZIPF, Heinz. *Derecho Penal...*, p. 327.

⁸⁵ MAURACH, Reinhart; e ZIPF, Heinz. *Derecho Penal...*, p. 328. Para Faria COSTA, o conceito de ilícito pessoal não constitui um desvio do entendimento que o juízo de ilicitude é sempre objetivo. Veja-se COSTA, José de Faria. *O perigo...*, p. 410 (nota 105).

⁸⁶ Nesse mesmo sentido é o entendimento de CARBONELL, o qual afirma que se a ilicitude é composta dos dois desvalores (ação e resultado), basta negar-se um deles para configurar-se a justificação do crime. Cf. em CARBONELL, Mateu. *La justificación penal*. Madrid: Edersa, 1982, p. 179-180.

⁸⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal...*, p. 285.

⁸⁸ Este entendimento é a construção clássica (positivista) da doutrina, criticada por DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal...*, p. 286.

⁸⁹ A Escola de Bonn trabalha com a ideia de que o crime é um desvalor da ação, onde o desvalor do resultado representa apenas uma condição objetiva de punibilidade. Cf. COSTA, José de Faria. *O perigo...*, p. 408-409; CARVALHO, Américo Taipa de. *A Legítima Defesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 64 e s.; e ainda Wolfgang FRISCH, *Tatbestandsmäßiges apud* MOURA, Bruno de Oliveira. *Illicitude Penal e Justificação: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 146 e 149.

⁹⁰ Figueiredo DIAS fala de um mínimo denominador comum, o conhecimento do agente de um tipo justificador, para a exclusão da ilicitude. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal...*, p. 392-393.

⁹¹ A tentativa também se encontra nesta moldura. COSTA, José de Faria. «A análise das formas...», p. 297-298.

o ilícito. Logo, há um valor de cuidado que se consubstancia em resultados, ou seja, significa a evitação de resultados considerados penalmente desvaliosos⁹².

As causas de justificação implicam na ocorrência *oposta* ao ilícito, onde há um valor da ação (uma intenção) e um valor do resultado (a defesa do bem jurídico). Para o consentimento, mais especificamente devido ao n. 4 do art. 38º do Código Penal, o legislador optou por punir o agente que praticar a infração penal sem o conhecimento do consentimento do ofendido, mas com a pena da tentativa. Portanto, fica clara a vontade da lei: punir a conduta que tem apenas desvalor na intenção, mas não no resultado⁹³.

2.2 Das causas de justificação

Como foi dito anteriormente, as causas que excluem a ilicitude estão descritas no art. 31º do Código Penal Português⁹⁴. De forma a elucidar brevemente seus conceitos verifica-se o seguinte.

2.2.1 Legítima Defesa

No inciso 2, alínea *a* do art. 31º encontra-se a primeira forma de exclusão da ilicitude, a legítima defesa. O direito de defesa é uma das causas de justificação do fato, para que o cidadão não seja impedido de proteger seus bens diante de um agressor. Comprovada a sua plena verificação, a ilicitude do fato tem-se por excluída. Isto significa

⁹² O inverso é válido: desvalor de cuidado implica a não-evitação de resultados desvaliosos. Veja-se em COSTA, José de Faria. «Ilícito-típico, resultado...», p. 17-19.

⁹³ COSTA, José de Faria. «A análise das formas...», p. 298. O consentimento está no desvalor da ação, cf. ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 137, 321 e s. Deve-se entender que para os autores alemães, que criticam a teoria da ação, o consentimento afasta o desvalor do resultado, pois para eles não é preciso haver um resultado lesivo, apenas o perigo (o risco) desta ocorrência. Cf. IBIDEM, p. 347. O desvalor do resultado significa um limite do próprio consentimento, pois existem bens jurídicos cuja ofensa constitui um valor tão alto que o desvalor do resultado se sobrepõe à autonomia daqueles. Explica WELZEL que este é o motivo do autor ter o dever de conhecer o consentimento e atuar em função disto, e ainda afirma que o mero consentimento elimina somente o desvalor do resultado, mas não da ação, sendo o autor punido por tentativa (pelo objeto inidôneo). Exemplificando: há uma tentativa de furto se o proprietário consente com o apoderamento, mas o autor não tem conhecimento dessa concordância. Veja-se em WELZEL, Hans. *Derecho Penal...*, p. 100; semelhante é o entendimento de ROXIN, Claus. *Derecho Penal...*, p. 520-521. ANDRADE critica esse posicionamento, apoiado na teoria do risco, pois para o consentimento ser válido, deve haver também concordância com o resultado: “O resultado constitui, seguramente, um elemento necessário para emprestar à área de consentimento a consistência que permite fazer desta causa de justificação um meio de comunicação de cada um dos actores...” cf. ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 351 e s. e 358 (grifo do autor).

⁹⁴ Diferentemente do que ocorre nas causa de exclusão da tipicidade como é, por exemplo, o caso do art. 150º, n. 1 do Código Penal, relativo às intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos.

que o agente que praticou um fato típico não deve ser punido por este, concluindo-se pela inexistência de ilicitude e, como tal, de responsabilidade criminal⁹⁵.

Conforme o art. 32º do Código Penal entende-se por legítima defesa quando um ato, praticado de forma moderada e com os meios necessários, repele agressão injusta e atual contra direito próprio ou de outrem⁹⁶. Conforme BERNER afirmava que o Direito não pode ceder face ao ilícito⁹⁷, hoje sabe-se que esta premissa já não é de toda verdadeira vista a existência da legítima defesa que visa à proteção necessária para a preservação do bem jurídico agredido. Ou seja, os fundamentos que justificam este instituto são a necessidade de defesa da ordem jurídica e a necessidade de proteção aos bens jurídicos ameaçados⁹⁸.

Na averiguação concreta sobre se uma conduta deve ou não ser considerada como praticada em legítima defesa, deverão ser verificados alguns pressupostos, com certo cuidado para não se configurar outra causa de justificação como, por exemplo, o estado da necessidade, que tem requisitos semelhantes.

Somente pode-se falar em agressão quando esta deriva da ação humana. Não há legítima defesa quando alguém atua para afastar um perigo criado pela força da natureza ou por um animal, salvo se este estiver sendo utilizado por outro para uma agressão⁹⁹ (mas sim em estado de necessidade). A agressão também pode partir de uma multidão em tumulto, e contra esta cabe a legítima defesa, ainda que, individualmente, nem todos os componentes desejem a agressão que ocorre no fato¹⁰⁰.

⁹⁵ Para os fundamentos da legítima defesa relativos à tutela de bens jurídicos individuais e supra individuais (prevenção geral positiva) veja-se CARVALHO, Américo Taipa de. *A Legítima Defesa*, p. 57-58, 319-320, 390-391 e 432-434.

⁹⁶ A título de curiosidade, o Código Penal Brasileiro, em seu art. 25º, não prevê que o ato repellido deverá ser ilícito. Mas determina que este deverá ser iminente. Cf. BRUNO, Aníbal. *Direito Penal, Parte Geral – Tomo I*. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 380; e ALMADA, Celio de Melo. *Legítima Defesa*. São Paulo: Bushatsky, 1975, p. 89 e s.

⁹⁷ “*Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen*”, BENER *apud* DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal...*, p. 404

⁹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal...*, p. 405; ROXIN, Claus. *Derecho Penal...*, p. 531; e PALMA, Fernanda. *Questões centrais da teoria da imputação in Casos e Materiais de Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 87.

⁹⁹ Figueiredo DIAS menciona o exemplo dos animais serem considerados responsáveis por agressões na Idade Média. Veja-se DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal...*, p. 408; também BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*, p. 376-377.

¹⁰⁰ Dessa forma não há agressões possíveis provenientes de entes coletivos. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal...*, p. 408-409; e ainda ALMADA, Celio de Melo. *Legítima Defesa*, p. 65-66.

Quanto à atualidade, deve ser iminente, ou seja, o bem jurídico deve estar imediatamente ameaçado, pelo tempo em que esta persistir¹⁰¹. Porém já não atua em legítima defesa aquele que pratica o fato típico após uma agressão finda, que já cessou.

As agressões repelidas podem ser oriundas de ações, mas também de omissões. Aparentemente não há dúvidas contra omissões impróprias ou impuras, mas a questão controversa é se caberia o instituto diante das omissões puras ou próprias. A título exemplificativo há o caso em que a mãe deixa de alimentar o filho recém-nascido, contra a qual se reage justificadamente. Para Figueiredo DIAS ambas as omissões permitem a aplicação da legítima defesa, já para ROXIN a omissão pura não é punível como lesão de bens jurídicos individuais¹⁰².

Só estará protegido pela lei aquele que reagir a uma agressão injusta. Injusta é a agressão não autorizada pelo Direito¹⁰³, tanto de abusos de forma dolosa quanto negligentes¹⁰⁴. Não se deve confundir, porém, agressão injusta de ato injusto, que não constitua em si uma agressão e que pode apenas provocar violenta emoção no agente, erguendo-se em certas circunstâncias em atenuante ou causa genérica de diminuição de pena.

A defesa deve amparar um direito próprio ou alheio, protegendo-se, por exemplo, a vida, a integridade física, o patrimônio, a honra, ou seja, os bens materiais ou morais, não somente os tutelados pelo Direito Penal¹⁰⁵.

O art. 32º do Código Penal prevê duas modalidades de legítima defesa: a própria ou a alheia. A legítima defesa própria ocorre quando o autor da repulsa é o próprio titular do bem jurídico atacado ou ameaçado. Já a legítima defesa alheia ocorre quando a repulsa visa defender interesse de terceiro¹⁰⁶. Esta consagra o sentimento de solidariedade inerente ao ser humano¹⁰⁷. Não é necessário ter relação de parentesco ou amizade com o terceiro em

¹⁰¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal...*, p. 411 e s.; e CARVALHO, Américo Taipa de. *A Legítima Defesa...*, p. 272.

¹⁰² Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal...*, p. 409; e ROXIN, Claus. *Derecho Penal...*, p. 536.

¹⁰³ Incluem também agressões violadora no direito civil, constitucional, etc. O exemplo que o autor português traz é do furto de uso, onde *A* pega o colar de *B* para usar em uma festa sem pedir permissão. Pode não ser considerado crime pela esfera penal, mas o fato é relevante para o direito civil. Veja-se DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal...*, p. 414-415. Sobre o mesmo assunto CARVALHO, Américo Taipa de. *A Legítima Defesa*, p. 394.

¹⁰⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal...*, p. 416-417. Para Taipa de CARVALHO, se a agressão não for nem dolosa nem culposa, a defesa será diante de um estado de necessidade defensivo. Veja-se: CARVALHO, Américo Taipa de. *A Legítima Defesa*, p. 286 e s.

¹⁰⁵ Não se exige intenção. Cf. CARVALHO, Américo Taipa de. *A Legítima Defesa*, p. 371-387.

¹⁰⁶ CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*. Tomo II. Coimbra: Almedina, 2016, p. 35.

¹⁰⁷ Mais uma vez numa concepção onto-antropológica defendida por Faria COSTA.

favor de quem exercita a legítima defesa¹⁰⁸. O terceiro agredido pode ser uma pessoa jurídica, o nascituro, a coletividade e também o próprio Estado. Ou seja, estão inclusos os bens particulares assim como os bens públicos¹⁰⁹. Desta forma é possível preservar-se a integridade estatal, a administração da justiça, o prestígio de seus funcionários, entre outros¹¹⁰.

Na reação, deve o agente utilizar moderadamente os meios necessários para repelir a agressão atual ou iminente e injusta¹¹¹. Tem-se entendido que meios necessários como os idôneos para deter a agressão, que causam o menor dano indispensável à defesa do direito, já que, em princípio, a necessidade determina-se de acordo com a força real da agressão. Ele deve ser, portanto, o menos gravoso. Mas isso não significa que este meio deva representar algum risco para o agredido¹¹². É evidente que "meio necessário" é aquele de que o agente dispõe no momento em que repele a agressão.

Fala-se em excesso na legítima defesa quando a reação ultrapassa, dolosa ou culposamente, os limites legais estabelecidos para a excludente, ou porque é desnecessário o meio defensivo escolhido (poderia o agente valer-se de meio de igual eficácia para cessar o ataque, mas menos lesivo do que o escolhido), ou porque, apesar da adequada escolha, o uso do meio foi além do necessário para cessar a agressão e evitar a lesão ao bem jurídico injustamente agredido (o agente deveria defender-se atuando de forma proporcional à agressão)¹¹³. Deve haver proporcionalidade entre a agressão e a defesa, de forma que o bem jurídico esteja dentro dessa proporção dualista¹¹⁴.

Logo, o excesso é o uso de um meio não necessário e está representado pelo art. 33º do Código Penal¹¹⁵. Este ocorre quando é feito um juízo *ex ante* ao fato¹¹⁶. Ainda pode

¹⁰⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal...*, p. 661.

¹⁰⁹ O autor trabalha a discussão entre a proteção dos bens individuais e os supra individuais, concluindo que não se pode negar a proteção pela legítima defesa de qualquer tipo de bem jurídico. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal...*, p. 411.

¹¹⁰ PALMA, Maria Fernanda. *A justificação por legítima defesa como problema de delimitação de direitos*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990, p. 515.

¹¹¹ SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Português...*, 1998, p. 96; e CARVALHO, Américo Taipa de. *A Legítima Defesa*, p. 166 e s.

¹¹² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal...*, p. 419-420.

¹¹³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal...*, p. 927 e s.

¹¹⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal...*, p. 422 e 427.

¹¹⁵ O excesso em relação ao meio poderá ter sua pena especialmente atenuada, conforme o art. 33º do Código Penal. O dispositivo ainda prevê em seu n. 2 a hipótese do agente não ser punido caso esse excesso resultar de medo ou susto não censuráveis (sentimentos astéricos e estéricos, que são causa de desculpa), o que definitivamente causa dúvida doutrinal. Cf. MOURA, Bruno de Oliveira. *A não-punibilidade do excesso na legítima defesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 221.

significar o excesso por parte temporal de reação à agressão, ou seja, além da intensidade, cabe a extensão da defesa¹¹⁷. É uma causa de desculpa e não de justificação¹¹⁸, motivo pelo qual não cabem mais profundas análises para este ponto.

A agressão sofrida pela vítima deve ser inevitável. É claro que a legitimidade da defesa não pode ficar submetida à exigência do agente evitar a agressão ou afastar-se discretamente¹¹⁹.

Pressupondo a justificativa de uma agressão injusta, não é possível falar-se em legítima defesa recíproca. Um dos contentores (ou ambos, no caso de duelo) estará agindo ilicitamente quando tomar a iniciativa da agressão. Poderá ocorrer a absolvição de ambos os envolvidos se, por falta de provas, não puder apurar-se qual deles tomou a iniciativa, mas não poderá falar-se em legítima defesa para os dois¹²⁰.

A legítima defesa será putativa quando o sujeito supõe, erroneamente, a existência da agressão ou sua injustiça, agindo em *erro sobre um estado de coisas*¹²¹. Esta só existe na mente do agente, pois, objetivamente, não existe legítima defesa nesse caso. Não está excluída a ilicitude do fato porque inexistem um de seus requisitos (agressão real, atual ou iminente), ocorrendo na hipótese uma excludente da culpabilidade nos termos do art. 16º, n. 2 do Código Penal¹²²; mais especificamente exclui-se o dolo, contido no n. 1, tanto do núcleo do tipo quanto da punição¹²³.

Conforme ensina o clássico exemplo, a legítima defesa putativa é aquela em que o agente numa rua mal iluminada, se depara com um inimigo que retirava um objeto do bolso e, pensando estar na iminência de uma agressão por arma de fogo, lesa o desafeto. Verificando-se que o inimigo não iria atingi-lo, pois se tratava apenas de um isqueiro para

¹¹⁶ Para BELEZA deve-se verificar antes se houve excesso por meio da análise das possibilidades de defesa do que da gravidade. Veja-se mais em BELEZA, Teresa. *Direito Penal*, v. 2. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1983, p. 273-275.

¹¹⁷ MOURA, Bruno de Oliveira. *A não-punibilidade do excesso...*, maxime p. 72-75.

¹¹⁸ COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais...*, p. 438.

¹¹⁹ Sobre o direito de resistência veja-se PALMA, Maria Fernanda. *A justificação por legítima defesa...*, p. 217 e s.

¹²⁰ A defesa deve ser necessária. Quanto aos limites da legítima defesa cf. ROXIN, Claus. *Derecho Penal...*, p. 635 e s.

¹²¹ Sobre seu excesso veja-se ROXIN, Claus. *Derecho Penal...*, p. 938-939.

¹²² O direito brasileiro diferencia-se por punir a reação culposa integralmente e não como tentativa, que é o caso português: *Artigo 20º*, parágrafo 1º do Código Penal - "É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos."

¹²³ COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais...*, p. 278-279.

acender seu cigarro, não há legítima defesa real, mas erro plenamente justificado pelas circunstâncias¹²⁴. Desta forma, o dolo do tipo é mantido, mas a culpa dolosa não¹²⁵.

2.2.2 Estado de Necessidade

Outro instrumento de excludente da ilicitude é o Estado de Necessidade Justificante. O Código Penal Português, no seu art. 34º, apresenta o estado de necessidade como uma causa de justificação; já no art. 35º o estado de necessidade é uma causa de exclusão da culpa, ou seja, é desculpante.

Antes se interpretava o Código dessa maneira: numa a tese dualista (excluir a ilicitude ou a culpabilidade), sendo que o que determinava qual hipótese seria aplicada era a qualidade do bem salvaguardado sobre o sacrificado¹²⁶ (também chamados de “interesses legalmente protegidos”). Hoje não se exige mais o critério da importância do bem para saber qual estado de necessidade será aplicado, pois se criou um rol taxativo de bens jurídicos penais no art. 35º, logo a aplicação da lei é pela interpretação da superioridade do bem¹²⁷.

Nem todos os bens estão englobados pelo universo descritivo deste artigo¹²⁸. Faria COSTA defende que não cabe um conceito amplíssimo de liberdade, mas sim uma compreensão hermenêutica com base nos valores essenciais de quais os bens que podem ser considerados dentro do estado de necessidade desculpante. É o caso da liberdade religiosa e a liberdade sexual, que não estão no artigo, logo não servem como causa de exclusão da culpa¹²⁹.

¹²⁴ COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais...*, p. 423; e DIAS, Augusto Silva. «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*» - *Uma análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 367.

¹²⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal...*, p. 622.

¹²⁶ Princípio do interesse preponderante. Cf. COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais...*, p. 294 e 432 e s.

¹²⁷ PALMA, Maria Fernanda. «O estado de necessidade justificante no Código Penal de 1982». In *Boletim da Faculdade de Direito*, n. especial. Coimbra, 1984, *maxime* p. 188-200; e ROXIN, Claus. *Derecho Penal...*, p. 671 e s.

¹²⁸ Rol de bens no *Artigo 35º* - “Estado de necessidade desculpante: 1 - Age sem culpa quem praticar um facto ilícito adequado a afastar um perigo actual, e não removível de outro modo, que ameace a vida, a integridade física, a honra ou a liberdade do agente ou de terceiro, quando não for razoável exigir-lhe, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente [...]”.

¹²⁹ O rol de direito está de acordo com os bens do século XIX, portanto necessitam de outra interpretação. COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais...*, p. 434.

Além dessa diferença dos bens jurídicos, os estados de necessidade diferem-se também pelos casos do art. 34º não serem considerados ilícitos visto que são tolerados pelo direito, já os do art. 35º são fatos ilícitos¹³⁰.

Portanto considera-se em estado de necessidade¹³¹ quem pratica um ato criminoso para salvar de perigo atual, direito próprio ou de terceiro, cujo sacrifício em face das circunstâncias, não era razoável exigir-se. Seguindo no art. 34º, também tratado por direito de necessidade, tem-se que verificar certos requisitos para que este seja configurado.

Para haver o estado de necessidade é indispensável que o bem jurídico do sujeito esteja em perigo, que ele pratique o fato típico para evitar um mal que pode ocorrer se não o fizer. Esse mal pode ter sido provocado pela força da natureza ou por ação do homem¹³². O perigo que ameaça o bem jurídico deve ser atual. Isso não significa que ele deva ser iminente, como o é na legítima defesa, mas sim que o dano em potencial tenha de ser contido simultaneamente ao fato para que o bem seja devidamente protegido¹³³. O que legitimaria a conduta do agente é a necessária ocorrência de um perigo atual, e não um perigo eventual e abstrato.

Da mesma forma, o perigo não pode ter sido criado *intencionalmente* pelo agente, ou seja, não pode haver voluntariedade na criação do perigo¹³⁴. Isso só não é aplicado quando se tratar de interesse de terceiro, onde a conduta será lícita¹³⁵. Assim inexistirá a

¹³⁰ É o caso do abate de um avião civil dominado por terroristas a colidir num centro urbano cheio de pessoas. Destruir a aeronave invadida continua sendo um fato ilícito, mas é desculpável nos termos do art. 35º. Veja-se COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais...*, p. 436. SILVA DIAS faz uma equiparação meramente formal da exclusão da culpa com o erro do tipo. Cf. DIAS, Augusto Silva. «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita...*», p. 367. Fora dos fatos ilícitos há ainda o exemplo dado por PALMA, onde nenhuma vida é mais importante que a outra, quanto a fábula do homem gordo que entala na saída da caverna, não deixando ninguém sair a não ser que ele seja explodido. Veja-se PALMA, Maria Fernanda. «O estado de necessidade justificante...», p. 186.

¹³¹ Sobre a diferença entre o estado de necessidade penal e civil veja-se BRITO, Teresa de Quintela. *O Direito de Necessidade e a Legítima Defesa*. Lisboa: Lex, 1994, *maxime* p. 73 e s.; e DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*, p. 464.

¹³² Há casos em que apesar do perigo partir de uma pessoa, não se considera legítima defesa, mas sim estado de necessidade. Tudo depende das condições da agressão, podendo configurar-se um estado de necessidade defensivo ou agressivo. Sobre isso cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal...*, p. 460 e s.

¹³³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal...*, p. 443; e COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais...*, p. 296.

¹³⁴ Artigo 34º - “Direito de necessidade: [...] a) Não ter sido voluntariamente criada pelo agente a situação de perigo, salvo tratando-se de proteger o interesse de terceiro;”. É o requisito de inexigibilidade de conduta adversa. Entende-se por voluntariamente condutas dolosas ou negligentes. Veja-se BRITO, Teresa de Quintela. *O Direito de Necessidade...*, p. 81-82; DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, p. 444; e ROXIN, Claus. *Derecho Penal...*, p. 697-701.

¹³⁵ COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais...*, p. 297; e DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal...*, p. 445.

excludente, por exemplo, quando aquele que incendiou o imóvel para receber o seguro, mata alguém para escapar do fogo.

É requisito também que o perigo seja inevitável, numa situação em que o agente não podia de outro modo evitá-lo. Isso significa que a ação lesiva deve ser imprescindível, como único meio para afastar o perigo. Além disso, o meio para afastar o perigo necessita de ser adequado¹³⁶. Quando o agente fizer uso de meio inidôneo, o fato não estará coberto por direito de necessidade, como por exemplo, quando uma pessoa tenta apagar um grande incêndio com copos d'água.

Ainda, pessoas como policiais e bombeiros, em razão da função ou ofício, têm o dever legal de enfrentar o perigo. No entanto, assim sendo a obrigação, não se deve exigir qualquer ato de heroísmo ou ainda abdicação de direitos fundamentais, pois a finalidade do dispositivo é evitar que pessoas obrigadas a vivenciar situações de perigo, ao menor sinal de risco, se furtem ao seu compromisso¹³⁷.

Entende-se por meio adequado àquela conduta cabível e alcançável naquele momento que cause menos dano ou, pelo menos, de menor gravidade. Figueiredo DIAS entende que esse requisito não é autônomo face ao estado de necessidade, mas sim redundante por ser uma exigência já presente nos outros requisitos de validade¹³⁸. Excedendo-se o agente na conduta de preservar o bem jurídico, responderá por ilícito penal se atuou dolosa ou culposamente. Cita-se como exemplo o agente que, podendo apenas ferir a vítima, acaba por causar-lhe a morte¹³⁹.

A alínea *b* traz um problema ao mencionar que deve haver uma sensível superioridade entre o bem salvaguardado e o sacrificado¹⁴⁰. É a principal diferença com o art. 35º, conforme já discutido anteriormente. Esta superioridade deve ser aferida com a valoração, a ponderação abstrata dos interesses dentro do contexto da ordem jurídica, tendo

¹³⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal...*, p. 458; e COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais...*, p. 297-298.

¹³⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich; e WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal – Parte General*. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002, p. 386. Interessante destacar a remarca no Código Penal Brasileiro que proíbe a alegação de estado de necessidade pelo agente que tem o dever legal de enfrentar o perigo: *Artigo 24º* - “Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. § 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.”

¹³⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal...*, p. 458.

¹³⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal...*, p. 920-922.

¹⁴⁰ *Artigo 34º* - “Direito de necessidade: [...] b) Haver sensível superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado;”, grifo nosso.

em consideração, diante de uma colisão de direitos, os seus princípios e as valorações axiológicas dela resultantes¹⁴¹.

Dessa forma também não age contra a ordem jurídica o que está a lesar direito de outrem para salvar o seu. Trata este instituto da prevalência pela lei mais forte, mais ágil ou mais inteligente¹⁴². Ainda, pode-se afirmar que o estado de necessidade permite a sobreposição de um bem jurídico ao outro porque inclui uma figura especial: a ponderação de interesses¹⁴³. Ela é estabelecida entre aqueles envolvidos na situação de perigo, onde o responsável pela criação do mesmo tem seu direito diminuído face aos demais¹⁴⁴.

Não se põe, por óbvio, que a pessoa ofenda o direito alheio. É uma faculdade que ela possui, e não um direito, porque a este corresponde uma obrigação; e no estado de necessidade não há obrigação para nenhum dos agentes envolvidos na hipótese de sacrificar seus bens jurídicos (ou de terceiros). O essencial é que não haja outra forma de evitar-se o perigo daquele bem jurídico¹⁴⁵.

Haverá estado de necessidade putativo se o agente supõe, por erro, que se encontra em situação de perigo. Supondo o agente, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, estar no meio de um incêndio, não responderá pelas lesões corporais ou morte que vier a causar para salvar-se. Inexiste a justificativa, mas o agente não responde pelo fato por ausência de culpa em decorrência do erro de proibição¹⁴⁶.

2.2.3 O Conflito de Deveres

No art. 36º do Código Penal está regulamentado o conflito de deveres. Quando se tratam de deveres não se pode confundir com bem jurídicos. Há uma linha tênue entre o conflito de bens e interesses do direito de necessidade. No primeiro, diante da impossibilidade de cumprimento de um dos deveres de agir¹⁴⁷ em que só ele pode ser

¹⁴¹ COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais...*, p. 299.

¹⁴² Muito discutida em DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal...*, p. 455.

¹⁴³ Nota-se que o autor preferiu o termo *interesse* e não *bem jurídico*, já que no n. 1 do art. englobam-se diversos fatores.

¹⁴⁴ Vê-se que aqui não importa se o responsável agiu ilicitamente ou não. PALMA, Maria Fernanda. «O estado de necessidade justificante...», p. 189 e s.; e sobre a ponderação de interesses ver também ROXIN, Claus. *Derecho Penal...*, p. 672-674, 682-683, 706-707 e 712-714.

¹⁴⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich; e WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal...*, p. 387.

¹⁴⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal...*, p. 593-595.

¹⁴⁷ O conflito pode ser de ação ou omissão, onde os deveres para com o próprio não serão apreciados na causa de justificação do art. 36º do Código Penal. Veja-se em COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais...*, p. 308-309.

atendido à custa de outro, não se exige que o dever cumprido seja necessariamente de valor superior ao dever que deixou de cumprir-se¹⁴⁸.

O legislador optou pela escolha do agente quanto aos sacrifícios a bens equivalentes¹⁴⁹, pois o Direito não pode exigir que o envolvido opte o que é preferível pela lei diante de uma situação de equivalência¹⁵⁰.

Conforme Taipa de CARVALHO, o problema da justificação surge quando há um conflito nos deveres de ação que para se cumprir o mesmo, deverá o agente sacrificar um bem jurídico alheio ao fato¹⁵¹.

Segundo o art. 31º, n. 2, alínea c, o cumprimento de um dever ou uma ordem exclui a ilicitude. Em outras palavras, a lei não pode punir quem cumpre um dever que ela impõe.

Porém, o dever de obediência cessa quando conduzir à prática de um crime¹⁵². O n. 2 do art. 36º trata que o “*dever de obediência hierárquica cessa quando conduzir à prática de um crime*”. Para Faria COSTA, o que a lei quer dizer é que quando houver um conflito de interesses e um deles for lícito, esse terá sempre valor superior aos outros¹⁵³.

Dessa forma, exige-se que o agente tenha atuado dentro dos rígidos limites que obriga a lei ou determina a ordem que procura executar o comando legal¹⁵⁴. Fora desses limites, desaparece a excludente.

2.2.4 Dever de Obediência

Ainda no contexto do dever de obediência, o art. 37º do Código penal apresenta uma causa de exclusão da culpa fundada no funcionário que cumpre ordem de um superior, a qual implica um crime (obediência indevida desculpante). Todavia, por ser uma causa de desculpa, não irá merecer grande aprofundamento neste trabalho. Ao funcionário incumbe a função de examinar se a ordem vinda pela obediência hierárquica é reprovável ou

¹⁴⁸ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal...*, p. 467; e COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais...*, p. 308.

¹⁴⁹ Destaca-se no *Artigo 36º - Conflito de deveres*: “1 - Não é ilícito o facto de quem, em caso de conflito no cumprimento de deveres jurídicos ou de ordens legítimas de autoridade, satisfizer dever ou ordem *de valor igual* ou superior ao do dever ou ordem que sacrifica.” Grifo nosso.

¹⁵⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich; e WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal...*, p. 394.

¹⁵¹ CARVALHO, Américo Taipa de. *A Legítima Defesa*, p. 172-173.

¹⁵² CARVALHO, Américo Taipa de. *A Legítima Defesa*, p. 259.

¹⁵³ COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais...*, p. 309.

¹⁵⁴ Não se deve criar uma obediência cega. COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais...*, p. 310.

não. Estão aqui em causa dois interesses conflituosos: a necessidade de assegurar um exercício dos serviços do Estado eficaz e tão livre quanto deve ser, e a necessidade de garantir, até o limite possível os direitos e liberdades dos cidadãos.

Em outras palavras, ele tem de fazer a ordem passar por um juízo de valor antes de cumpri-la, pois afinal é diretamente responsável para o cumprimento daquela. Há ali sua vontade emanada¹⁵⁵. Para caracterizar-se a causa de desculpa o funcionário não pode ter conhecimento da criminalidade daquele fato que irá cometer. A própria Constituição prevê no art. 271º, n. 2¹⁵⁶, que o funcionário não é criminalmente responsável quando age sob o comando de um superior hierárquico. Pelo contrário, ele tem o dever de obediência perante seu superior. No n. 3 deste mesmo tipo há a previsão de cassação da ordem se essa remeter ao ato ilícito, e dessa forma a responsabilidade pela criminalidade do fato não será atribuída a ele (o operador).

Uma ordem ilegítima não constitui causa de justificação, pois é *natimorta*, a não ser que o funcionário não saiba que essa ordem foi emanada por quem não tinha poder (legitimidade) para tal, recaindo assim no erro.

A dificuldade que o artigo apresenta é que a obediência indevida desculpante assemelha-se mais com o erro de conhecimento ou de valoração, mesmo o agente atuando sem culpa¹⁵⁷. Para Figueiredo DIAS, o que está aqui em causa é uma regulamentação especial do problema da falta de consciência do ilícito do subordinado que recebeu e cumpriu a ordem. O problema a que se refere o artigo 37º suscita-se apenas quando o subordinado praticou o ilícito com dolo, mas sem consciência da sua ilicitude. Assim, a culpa é excluída por força da própria falta de consciência da ilicitude, salvo se a mesma fosse evidente no quadro das circunstâncias por ele representadas. Isto significa que a lei

¹⁵⁵ O conteúdo desse artigo se assemelha muito ao do artigo anterior que trata da cessação do dever de obediência hierárquica quando implicar no cometimento de um crime.

¹⁵⁶ *Artigo 271º - Responsabilidade dos funcionários e agentes: “1. Os funcionários e agentes do Estado e das demais entidades públicas são responsáveis civil, criminal e disciplinarmente pelas ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício de que resulte violação dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos, não dependendo a ação ou procedimento, em qualquer fase, de autorização hierárquica. 2. É excluída a responsabilidade do funcionário ou agente que actue no cumprimento de ordens ou instruções emanadas de legítimo superior hierárquico e em matéria de serviço, se previamente delas tiver reclamado ou tiver exigido a sua transmissão ou confirmação por escrito. 3. Cessa o dever de obediência sempre que o cumprimento das ordens ou instruções implique a prática de qualquer crime. [...]”, grifo nosso.*

¹⁵⁷ Se a ordem for legítima, exclui-se a ilicitude, pois o fato não é ilícito, e sim justificado (porque o fato deixou de ser ilícito por causa da justificação). CARVALHO, Américo Taipa de. *A Legítima Defesa*, p. 292.

introduz especificidades no âmbito da *censurabilidade*, da falta de consciência do ilícito, para reduzir esse aspecto e, conseqüentemente, aumentar o âmbito da desculpa¹⁵⁸.

A censurabilidade no erro sobre a ilicitude é dada por uma ideia de exigibilidade, segundo um critério do homem médio, situada na posição sócio existencial do agente.

Apesar de reconduzir-se a uma questão de incensurabilidade do erro sobre a ilicitude, o legislador consagrou-a como causa autónoma de exclusão da culpa, uma vez que este considerou, em geral, compreensível que o subordinado tenha atuado na crença ou pressuposição da legitimidade da ordem recebida e, por conseguinte, da licitude do fato (salvo nos casos em que a ilicitude fosse evidente no quadro das circunstâncias por ele representadas)¹⁵⁹.

2.3 Do consentimento como causa de justificação

A última causa de justificação que o Código Penal define é o consentimento do ofendido, em seu art. 38º. Como já mencionado anteriormente, esse instituto é controverso, principalmente em relação à sua natureza: se sua aplicação exclui a ilicitude ou a tipicidade do fato. Um dos motivos é pelo fato de duvidar-se que possa existir uma sistematização das causas exclusão da ilicitude, e ainda de que mesmo que exista tal sistema, como o consentimento, com tantas peculiaridades, poderia fazer parte dele. Para os alemães não há razões para este fazer parte das causas de justificação, mas para o ordenamento jurídico português a verdade é que excluir tal instituto seria mais maléfico do que os benefícios que sua exclusão poderia trazer¹⁶⁰. Entretanto os autores concluem que não é possível criar um sistema fechado de causas de justificação¹⁶¹.

¹⁵⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal...*, p. 645.

¹⁵⁹ COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais...*, p. 308 e s.

¹⁶⁰ Conforme destaca ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 228-229. Ainda afirmando que o argumento de corpo estranho às causas de justificação é desconstruído face a identificação da estrutura conflitual e da ponderação de interesses que implica a aplicação do consentimento. Veja-se IBIDEM, p. 261-263.

¹⁶¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal - Aditamentos aos Sumários das Lições à 2.ª Turma do 2.º Ano da Faculdade de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1977, p. 13; e ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 242.

A principal tese a respeito do tema no direito português é a referenciada obra de Costa ANDRADE que apresenta o consentimento¹⁶² (*lato sensu*) com uma figura paradigmática em que a tese dualista sustenta-se, em sua opinião, para tal instituto.

Há duas consequências jurídicas e duas formas dessa vontade do ofendido manifestar-se: no consentimento (*stricto sensu*) ou no *acordo*. A distinção entre a aquiescência que exclui a tipicidade é o *acordo*, e a que afasta a ilicitude é o consentimento. Ambas encontram sua primeira formulação na doutrina de GEERDS¹⁶³. Ressalta-se que não se trata de uma mera questão terminológica, pelo contrário, há profundas consequências diferentes na dogmática penal; a essa diferenciação refere-se normalmente como paradigma dualista¹⁶⁴.

O consentimento como causa de justificação da conduta típica aparece nos casos em que há a prevalência da autonomia da vontade pessoal face ao interesse social sobre àquele bem¹⁶⁵. Ou seja, diante do conflito entre preservação do bem jurídico e a vontade do titular em dispor da sua proteção, essa auto realização é mais relevante. São os casos dos crimes de dano e de ofensa à integridade física¹⁶⁶, onde a disponibilidade do bem jurídico pessoal é livre.

Essa renúncia à proteção do bem jurídico deve ser feita pela seu titular. É uma forma de a lei demonstrar que aquele bem é disponível face à vontade de seu titular. Há então uma sobreposição do interesse particular aos interesses comunitários¹⁶⁷.

Quando o tipo penal traz como elementar o dissentimento do sujeito passivo, o seu consentimento, se expresso de forma válida (requisitos para consentimento válido e eficaz), trará como consequência a atipicidade da conduta, o tal *acordo*. Ou seja, para a

¹⁶² Como forma de tornar esse trabalho menos maçante, entenda-se “consentimento” como ambos os institutos, consentimento (causa de justificação) e acordo (exclusão do tipo), na sua forma *lato sensu*. Se caso for algum deles em específico será propriamente apontado.

¹⁶³ Trabalhado no Capítulo 1, cf. ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 137, 142 e s.

¹⁶⁴ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal, II*, p. 303 e s.

¹⁶⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 176 e s.; SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Português...*, p. 127; COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais...*, p. 304; e DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal - Aditamentos aos Sumários...*, p. 14, afirmando que o consentimento é uma forma de ponderação de valores conflituantes.

¹⁶⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal...*, p. 439.

¹⁶⁷ Sobre essa autonomia veja-se DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal...*, p. 471; ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 646; e GODINHO, Inês Fernandes. *Eutanásia, homicídio a pedido...*, p. 115-116. Ainda quanto aos seus limites “este dependerá da densidade social que uma dada organização comunitária venha a assumir e, conseqüentemente dos limiares da *solidariedade* historicamente institucionalizados”, e “[...] a autonomia pessoal aparece como complexidade de ambiente, contraposta ao sistema social e, nessa medida, como limite ao seu desempenho autoreferente em matéria de ponderação de interesses”, cf. em ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 237 e 248, grifo do autor.

exclusão da tipicidade, a figura típica contém a falta de consentimento da vítima como elemento do crime¹⁶⁸. É o caso da violação de domicílio, da violação de correspondência e da divulgação de segredo¹⁶⁹. Pode ocorrer também na entrada de casa alheia quando essa for consentida, e existir de certa forma um acordo para tal¹⁷⁰.

Existe ainda outra figura, o consentimento presumido, que está presente no art. 39º do Código Penal. Este ocorre nos casos em que não é possível saber a vontade do titular do bem jurídico e, diante da urgência, presume-se seu consentimento com o ato¹⁷¹. É o caso do médico que tem seu paciente inconsciente e precisa realizar um procedimento perigoso urgentemente que possa salvar-lhe a vida, ou um vizinho que entra na casa do outro que está ausente para salvar alguns objetos do imóvel em chamas. Ocorre aqui um juízo *ex ante* face a conduta praticada, verificando-se que o titular *teria* aprovado tal ato¹⁷².

Diante dessas breves exposições conceituais sobre o tema, que voltarão a ser discutidas no capítulo seguinte, pergunta-se o porquê do consentimento ser capaz de excluir a ilicitude de um crime¹⁷³.

2.3.1 Paradigma dualista

Diferenciar os conceitos de consentimento e *acordo* parece então uma tarefa difícil¹⁷⁴. Costa ANDRADE apresenta uma forma de distinguir uma figura da outra conforme

¹⁶⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 285.

¹⁶⁹ Outros exemplos cf. JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 402. Em Portugal há o ato médico geralmente consentido para certos procedimentos; caso a intervenção ou tratamento exigir, mas não houver o consentimento do paciente há um crime específico para tal conduta (*Artigo 156º*, n. 1, do Código Penal: “As pessoas indicadas no artigo 150º que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos *sem consentimento* do paciente são punidas com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa”, grifo nosso).

¹⁷⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal...*, p. 474; e ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 190 e s. Então existem artigos em que a relevância do consentimento é excluída no tipo penal, como ocorre, por exemplo, nos casos do art. 135º (incitamento ou ajuda ao suicídio), art. 140º, n. 2 (aborto sem consentimento), art. 170º (leocínio), todos do Código Penal.

¹⁷¹ *Artigo 39º* - 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, [...]”, grifo nosso. Cf. ainda ROXIN, Claus. *Derecho Penal...*, p. 772 e s., para a diferenciação com o estado de necessidade cf. p. 718, 765-768.

¹⁷² Há a ponderação de interesses do lesado. Cf. JESCHECK, Hans-Heinrich; e WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal...*, p. 415. Para alguns autores não há essa ponderação, mas sim uma atuação em harmonia com a vontade hipotética expressida na ação, cf. em CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*. Tomo II, p. 29.

¹⁷³ Quanto a discussão sobre a possibilidade de uma valoração jurídica ser capaz de anular a ilicitude de um tipo penal, veja-se CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*. Tomo II, p. 5-8.

¹⁷⁴ Para uma diferenciação veja-se ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 143 e s.; e ROXIN, Claus. *Derecho Penal...*, p. 512 e s. Existe ainda um modelo tripartido não muito discutido pela doutrina pátria, apenas por Taipa de CARVALHO, mas defendido principalmente pelo alemão JAKOBS, onde o

a sua conflitualidade. Assim, o consentimento (*stricto sensu*) significa a descontinuidade da autonomia pessoal com o bem jurídico, enquanto o *acordo* implica numa continuidade dessa relação, sem conflitos¹⁷⁵, daí o próprio nome.

Essa problemática é enfrentada também por Figueiredo DIAS antes da inserção do consentimento no Código Penal Português¹⁷⁶. A dicotomia entre exclusão do tipo incriminador ou tipo justificador é exposta pelo autor, defendendo ser essencial que a lei faça a distinção das hipóteses em que o consentimento funcionará no campo da tipicidade ou da ilicitude¹⁷⁷.

Então o consentimento (*stricto sensu*) não pode ser um motivo de exclusão da tipicidade visto que ele não é capaz de eliminar uma ofensa verdadeira ao bem jurídico¹⁷⁸.

KINDHÄUSER critica esta tese com o exemplo do ato médico, onde se o mesmo for considerado válido, o médico estará sempre atuando no campo da ilicitude, o que muitas vezes seria incorreto (e incoerente) de se afirmar¹⁷⁹. Porém esse argumento não é válido

consentimento é dividido entre excludente de ilicitude, excludente de tipicidade e acordo. A principal diferença é que o consentimento como causa justificante é aplicado apenas para os casos onde o bem jurídico não tem valor de troca, por isso sua lesão não é um meio de desenvolvimento da personalidade. Para mais cf. JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Parte General*. Tradução para o espanhol de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 522 e s.; e CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito Penal - Parte Geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 443 e s. Figueiredo DIAS refuta essa teoria tríplice por entender que dessa forma seria criada uma nova, desnecessária e confusa forma de exclusão da ilicitude supralegal, cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal...*, p. 475, (nota 12).

¹⁷⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 513, 516-517; e PEÑA, Diego Manuel Luzón. «El consentimiento en Derecho Penal: causa de atipicidad de justificación o de exclusión sólo de la tipicidad penal». In *Revista General de Derecho Penal*, v. 18. Madrid, 2012, p. 4-5, 9. Para ser ainda mais didático pode-se usar a expressão “contra a sua vontade” antes do tipo criminal. Por exemplo, *A* teve seu bem subtraído *contra a sua vontade*. A frase torna-se um bocado óbvia no sentido em que é claro que *A* teve sua vontade contrariada, podendo concluir-se que se trata de um caso de *acordo*. Conforme MOURA elabora o exemplo do furto quando “subtrair coisa alheia” e “subtrair coisa alheia *contra a vontade do possuidor*” tem o mesmo significado. Cf. MOURA, Bruno de Oliveira. *Ilicitude Penal...*, p. 213-214, (nota 661).

¹⁷⁶ Sobre essa evolução histórica veja-se CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*. Tomo II, p. 31-34. Sendo que a versão mais atualizada deste dispositivo é a com as alterações da Lei n. 59/2007, de 04 de Setembro, até agora.

¹⁷⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciencia da ilicitude em Direito Penal*, 6ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 429-430. Ver também JESCHECK, Hans-Heinrich; e WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal...*, p. 510 e s.

¹⁷⁸ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 176 e s.; e GODINHO, Inês Fernandes. *Eutanásia, homicídio a pedido...*, p. 115. É uma área de relevância da autonomia pessoal que fundamenta a eficácia justificativa. STRATENWERTH, ZStW 1956, *apud* ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 171.

¹⁷⁹ KINDHÄUSER, Urs. «El consentimiento en el derecho penal – reflexiones desde la teoría de las normas». In *Estudios em homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, v. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 578. No mesmo sentido MAURACH, Reinhart; e ZIPF, Heinz. *Derecho Penal...*, p. 294-295. Ainda PEÑA critica essa concepção por identificar a causa de atipicidade de uma só forma. Portanto, defende esse autor no consentimento tripartido: “causa de atipicidad por ausencia ya de indicio de antijuridicidad, causa de justificación y causa de exclusión sólo de la tipicidad penal”. Veja-se em PEÑA, Diego Manuel Luzón. «El consentimiento en Derecho Penal...», p. 12 e s. Sendo essa diferente da proposta por JAKOBS onde o acordo

aqui, pois o ordenamento jurídico-penal português prevê, em seu art. 150º, o ato médico consentido, o que permite uma atuação lícita do mesmo para certos procedimentos¹⁸⁰.

O art. 150º do Código Penal trata dos procedimentos e intervenções médico-cirúrgicas que têm automaticamente caráter típico por lei, independente da vontade do paciente, por serem considerados formas graves de intervenção na esfera pessoal do indivíduo. Porém a ressalva que este faz é permitir que o médico atue sem cometer um crime, ou seja, sua intervenção seja de pronto atípica. Isto porque, conforme o Comentário Conimbricense ao Código Penal, para aplicar-se este artigo deve-se analisar a ótica da situação em conjunto com os artigos 156º (intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários) e 157º (dever de esclarecimento) do Código Penal¹⁸¹. Destarte, verificar-se se no caso o paciente tinha ou não capacidade para consentir. Em caso de resposta negativa, assegurar-se que a solução proposta pelo tratamento do médico fosse a indicada para solucionar aquela condição, e ainda se a conduta for desnecessária, o médico poderá responder pelos artigos anteriores (intervenções arbitrárias e dever de esclarecimento). Portanto, quando o paciente puder apresentar seu consentimento ou dissenso na conduta, o médico ou a pessoa legalmente autorizada tem a obrigação de requisitá-lo, correndo o risco do fato ser considerado crime, sem a proteção do art. 150º que assegura sua posição de tomar decisões convenientes à saúde do medicado¹⁸².

O regime legal expressamente positivado é diferente na Alemanha e em Portugal. O legislador português encontrou uma solução para a descrição dos respectivos

exclue a tipicidade e o consentimento pode excluir a tipicidade ou ser uma causa de justificação, cf. em JAKOBS, Günther. *Derecho Penal...*, p. 193 e s.

¹⁸⁰ Conforme afirma CONDE, o médico encontra-se numa posição garantida por lei de que, agindo corretamente, suas ações serão isentas de reponsabilidade. Cf. CONDE, Francisco Muñoz. «Algunas cuestiones relacionadas con el consentimiento del paciente y el tratamiento médico». In *Problemas Actuales Del Derecho Penal y la Criminología*. Estudios penales em memória de la Profesora Doutora María Del Mar Díaz Pita. Muñoz Conde (org.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 447 e s..

¹⁸¹ Veja-se nota 169. Sobre a discussão em torno do art. 156º do Código Penal veja-se MATOS, Mafalda Francisco. *O problema da (ir)relevância do consentimento dos menores em sede de cuidados médicos terapêuticos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, *maxime* p. 37-44 e 129-134. Relativo ao consentimento médico informado cf. COPELLO, Patricia Laurenzo. «Relevância penal del consentimiento informado em el ámbito sanitario». In *Problemas Actuales Del Derecho Penal y la Criminología*. Estudios penales em memória de la Profesora Doutora María Del Mar Díaz Pita. Muñoz Conde (org.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 417-446.

¹⁸² ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 449 e s. Sobre essa discussão do art. 150º ter o duplo alcance normativo cf. ANDRADE, Manuel da Costa. «Comentário ao artigo 150º». In *Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I*. Jorge de Figueiredo Dias (org.). Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 457 e s.; COSTA, José de Faria. «Em redor da noção de acto médico». In *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 138, n. 3954, 2009, p. 133; e ainda BRITO, Teresa Quintela de. «Responsabilidade penal dos médicos: análise dos principais tipos incriminadores». In *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, ano 12, n. 3, 2002, p. 371 e s.

comportamentos. Já KINDHÄUSER busca descrever comportamentos normativos, visto que estes não possuem consagração expressa no Strafgesetzbuch.

Para a maior parte da doutrina, nos casos de delitos patrimoniais, de invasão de domicílio, de violação de correspondência, de violação de segredo, bem como nos casos de crimes contra a liberdade individual e liberdade sexual, havendo consentimento do ofendido, será caso de atipicidade (o tal *acordo*)¹⁸³. Aqui o bem jurídico protegido configura naturalmente uma manifestação de liberdade individual, de decisão e realização da vontade dentro do comportamento juridicamente garantido (incluindo o próprio bem *liberdade*)¹⁸⁴.

Desta forma, quando o tipo penal trazer o dissenso da vítima como elementar, o consentimento validamente manifestado pelo ofendido será capaz de excluir a tipicidade. Diante disso, Costa ANDRADE limita a aplicação deste apenas na categoria de crimes de “introdução em casa alheia”, visto que a autonomia aqui não atinge a danosidade social, comumente protegida pelo ordenamento penal, à generalidade de crimes sexuais e às intervenções médico-cirúrgicas arbitrarias¹⁸⁵.

Mesmo diante das exposições a seguir sobre as diferentes formas de consentimento (*lato sensu*), negar que há uma interpretação diferenciada para certos casos de consentimento parece impossível¹⁸⁶. Ou seja, não faz sentido negar que exista o *acordo*¹⁸⁷.

¹⁸³ Damásio de JESUS traz três exemplos no direito penal brasileiro em que o consentimento do ofendido é capaz de afastar a própria tipicidade: "a) Crime de violação de domicílio possui a seguinte descrição: «entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências» (art. 150º, *caput*); b) O art. 164º, descrevendo o subtipo de crime de dano, tem a seguinte redação: «introduzir ou deixar animais em propriedade alheia, sem consentimento de quem de direito, desde que o fato resulte prejuízo»; c) O crime de estupro tem a seguinte descrição: «constranger mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça" (art. 213º). Nos três casos apontados, o dissenso do ofendido funciona como elementar dos tipos. Assim, a presença do consentimento da vítima torna atípicos os fatos. Cf. JESUS, Damásio E., de. *Direito Penal*, p. 402. Porém a lei referente ao art. 213º foi alterada, portanto a alínea *c* deve ser retificada onde a descrição legal do crime de estupro (violação em Portugal) foi alterada pela Lei n. 12.015 de 2009 e passou a prever no mesmo tipo os crimes de estupro e atentado violento ao pudor no art. 213º do Código Penal, com a seguinte descrição: *Artigo 213º* - “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”.

¹⁸⁴ Ainda, para o *acordo* não é pertinente os conceitos de ofendido, lesão, renúncia, como o é para o consentimento. Cf. ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 484-517.

¹⁸⁵ A outra categoria seriam os bens de “ofensas corporais”. Para mais cf. ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 362 e s.

¹⁸⁶ Como figura dogmática. Sob a ótica de um ordenamento jurídico-penal semelhante ao português. Outros autores identificam o consentimento como sendo uma causa de justificação, mas reconhecendo que em alguns casos também pode ser uma causa de atipicidade, o que, na doutrina portuguesa, é tido como *acordo*. Cf. JESCHECK, Hans-Heinrich; e WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal...*, p. 514 e s.; CONDE, Francisco Muñoz; e ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal – Parte General*, 2ª ed. Valência: Tirant lo

2.3.2 Cancelamento da norma

Numa posição completamente contrária à do doutrinador português quanto à natureza jurídica do consentimento é a elaborada na Alemanha por Urs KINDHÄUSER. O autor defende que a concordância do ofendido representa um cancelamento da norma¹⁸⁸. Isso porque ele iguala a condição do consentimento a de um conflito de normas e não a de uma causa de justificação.

Primeiramente, para que esse critério seja aplicado, é preciso perceber que por ser baseado no ordenamento jurídico alemão, nem toda importação dos conceitos do cancelamento da norma são possíveis de ser aplicados no ordenamento jurídico português. Isso ocorre principalmente pelo fato de não haver propriamente um conflito de normas como KINDHÄUSER explica. Mas ainda assim é extremamente importante compreender o que se desenvolve na dogmática criminal para o ponto de vista acadêmico¹⁸⁹.

Quando normas entram em conflito¹⁹⁰, elas são resolvidas por um modelo tríplice: primeiro verifica-se se a conduta praticada está tipificada no Código Penal, se corresponde a um comportamento proibido; o segundo passo é verificar se não há alguma situação ulterior que seja capaz de modificar algum interesse das partes envolvidas (autor, vítima ou da comunidade), é o caso das causas de justificação (como o estado de necessidade e a legítima defesa); por último deve-se ver qual a razão (o interesse) que se sobrepõe, tem

Blanch, 1996, p. 3 343 e s.; e MIR, José Cerezo. *Curso de Derecho Penal Español – Parte General*. Tomo II. Madrid: Tecnos, 2005, p. 654, 648. Este último fundamenta o dualismo de forma diferenciada: ele acredita que quando o tipo protege o bem jurídico lesado (ou em perigo) mais o bem jurídico *liberdade de disposição*, trata-se de caso de atipicidade. Por exemplo, num furto há a lesão do bem (coisa alheia móvel) e também da sua livre disposição (que foi contrariada). Veja-se também em CASABONA, Carlos Maria Romeo. *El médico y el Derecho Penal*, Tomo I. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 2011, p. 300 e s.

¹⁸⁷ Devido a diferenciação axiológica e social inerente à própria conduta. Cf. ANDRADE, Manuel da Costa. «O consentimento do ofendido no novo Código Penal». In *Para uma nova Justiça Penal*. Coimbra: Almedina, 1983, p. 104.

¹⁸⁸ KINDHÄUSER, Urs. «El consentimiento en el derecho penal...», p. 563.

¹⁸⁹ O legislador português optou enquadrar o consentimento nas causas de justificação. Sobre esse regime geral adotado pelo Código Penal veja-se os comentários de ANDRADE, Manuel da Costa. «O consentimento do ofendido no novo...», p. 108 e s.

¹⁹⁰ As normas podem ser de sanção ou de comportamento. As primeiras são constitutivas, relativas a conduta dos operadores do direito penal, são as condições que justificam a sanção pela lei criminal. Já as segundas tem carácter regulativo. Por exemplo matar alguém é puramente um fato (bruto), já o punir é um fato institucional das figuras do direito. Para mais cf. MOURA, Bruno de Oliveira. *Ilicitude Penal...*, p. 69 e s., 129; KINDHÄUSER, Urs. «El consentimiento en el derecho penal...», p. 563-564; e cf. ainda HRUSCHKA, Joachim. «Reglas de comportamiento y reglas de imputación». In *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, ano 47, n. 3, 1994, p. 343-356.

mais valor, em relação ao outro, ou seja, em que medida ele se sobrepõe àquele em conflito¹⁹¹.

Conforme o exemplo simplificado de MOURA para o cancelamento da norma, *A* promete jantar com *B*, mas nesse meio tempo surgiu uma obrigação de urgência para levar *C* ao hospital. Nessa hipótese, sua obrigação de jantar com *B* foi anulada. A urgência é uma situação de necessidade, logo se sobrepõe à promessa anterior. A diferença é que *B* ao cancelar a promessa de *A*, fá-lo simplesmente porque aquela razão foi anulada, e não porque foi justificada por *A*¹⁹².

O problema deste exemplo é que o “jantar” em si não representa nenhuma obrigação propriamente dita, diferentemente da *necessidade* de ir ao hospital, onde esta sim indica claramente uma obrigação. Logo, não houve conflito. Motivo este pelo qual se retoma o que foi afirmado anteriormente: esta teoria sobre o consentimento não tem aplicabilidade pelo direito português, visto que aqui não se trata de uma causa de justificação *extra-sistemática*, e nem de se reconhecer qualquer conflito entre autonomia da vontade e bem jurídico¹⁹³, justamente pelo fato do art. 38º enquadrar o consentimento como causa de justificação. É precisamente essa escolha do legislador em Portugal que permite somente ao *acordo* excluir a tipicidade; afinal, as pessoas têm disponibilidade sobre o bem jurídico, mas não sobre a norma¹⁹⁴.

2.3.3 Causa de justificação extra-sistemática

KINDHÄUSER apresenta também o critério adotado por HRUSCHKA onde o consentimento continuaria sendo uma causa de justificação, mas extra-sistemática, ou seja, que não envolve ponderação de interesses explicada anteriormente, mas é capaz de resolver uma colisão de normas¹⁹⁵. Dessa forma o consentimento teria esse caráter em virtude do dever deste significar criar uma dívida em face de alguém¹⁹⁶.

¹⁹¹ KINDHÄUSER, Urs. «El consentimiento en el derecho penal...», p. 569.

¹⁹² MOURA, Bruno de Oliveira. *Ilicitude Penal...*, p. 209.

¹⁹³ Conflito esse que é obrigatório para ocorrer uma causa de justificação. Cf. GODINHO, Inês Fernandes. *Eutanásia, homicídio a pedido...*, p. 119-120.

¹⁹⁴ Dada a característica do *ius puniendi* ser apenas do Estado.

¹⁹⁵ Existem intrassistemáticas e extra-sistemáticas. As primeiras têm como objeto de exceção a própria norma de conduta, e nas segundas estas são o “dever jurídico de seguir as regras de conduta”, logo não há uma violação no dever de obediência nem de desobediência à norma. As causas de justificação são extra-sistemáticas para HRUSCHKA, ou seja, são exceções ao dever de obediência, especialmente o consentimento que tem sua própria relevância na competência de um sujeito. Sobre esse conceito e o modelo de colisões de

Mas para KINDHÄUSER esse critério não se sustenta visto que serviria apenas para o direito obrigacional, onde o credor poderia liberar o devedor da dívida (perdoar). Porém isso não ocorre no Direito Penal por estas serem normas de direito público, logo não ficam a cargo dos envolvidos retirar a responsabilidade do outro. Somente seria plausível essa teoria se fossem atribuídas às normas penais um conceito duplo, considerando o dever de prestação como dívida face ao titular do bem jurídico em questão e à sociedade como um todo. O Estado aparece como um “credor” nas normas de comportamento em Direito Penal¹⁹⁷, porém o titular do bem jurídico e o destinatário da norma não estão em relação de coordenação ou subordinação (como ocorre nas obrigações em matéria civil e nas relações Estado-indivíduo, respectivamente). Assim sendo o consentimento não pode ser tido como uma causa de justificação extra-sistemática, pois ele por si só não tem um efeito jurídico penalmente relevante, visto que somente o Estado pode ser emissor de uma norma penal e o cidadão receptor desta¹⁹⁸.

Tão pouco pode ser considerado, pela opinião de KINDHÄUSER, uma causa de justificação, pois o consentimento não contém interesses que colidam diretamente com a norma¹⁹⁹, logo não pode ser considerada uma excludente da ilicitude dentro da sistemática de colisão do modelo tríplice.

Ainda, conforme o modelo português, a ideia de uma causa de justificação extra-sistemática para o consentimento não faz sentido no ordenamento jurídico pátrio. O legislador assumiu e reconheceu, de algum modo, que o consentimento partilha do mesmo fundamento das outras causas de justificação, ou seja, reconhece-lhe um conflito (de autonomia e bem jurídico).

2.3.4 Elemento negativo do tipo

Por fim, a última classificação da figura do consentimento dentro do Direito Penal é como um elemento negativo do tipo, ou seja, considerar que àquele que dispõe

normas veja-se MOURA, Bruno de Oliveira. *Ilicitude Penal...*, p. 174 e s; e ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 262-263, (nota 90).

¹⁹⁶ HRUSCHKA, *Festschrift für Dreher*, apud KINDHÄUSER, Urs. «El consentimiento en el derecho penal...», p. 571.

¹⁹⁷ KINDHÄUSER, Urs. «El consentimiento en el derecho penal...», p. 572.

¹⁹⁸ O dever de seguir o comando da lei está sujeito à vontade, à condição negativa que o ofendido não tenha manifestado, mediante o preenchimento dos pressupostos do consentimento. Falta interesse de proteção daquele bem. KINDHÄUSER, Urs. «El consentimiento en el derecho penal...», p. 572-573.

¹⁹⁹ KINDHÄUSER, Urs. «El consentimiento en el derecho penal...», p. 578.

livremente de seu bem jurídico protegido, não teria nenhum prejuízo efetivo a ser resguardado face a lei²⁰⁰. Isso é válido tanto para os casos onde ocorre a deterioração do bem por meio de um terceiro como do próprio titular daquele²⁰¹.

Nesta visão, consentir é renunciar ao bem jurídico. Logo não há sequer a possibilidade de lesão ao mesmo, visto que este está fora da esfera de cuidado do Direito Penal²⁰². Na lógica desse entendimento percebe-se que se a alteração, por si só, de um bem jurídico for realizada com o consentimento de seu titular, esta não pode representar uma lesão ao mesmo, então seria conceitualmente impossível associar consequências legais diante essa hipótese²⁰³. KINDHÄUSER apresenta o caso da tatuagem: sob qual fundamento o tatuador poderia ser punido se a pessoa lhe permitiu, e está feliz, com uma tatuagem?²⁰⁴. Porém este autor discorda na forma que isso é concretizado, pois ele entende que há a exclusão da tipicidade, não porque o destinatário da norma tem a vigência dessa ao seu dispor, mas sim porque há a anulação da regra de conduta pelo seu consentimento.

A sensível diferença do critério proposto pelo autor alemão e da consideração do consentimento como simplesmente uma causa de atipicidade reside em que o fato continua a ser típico (primeiro ponto do conflito), mas no momento seguinte da análise do sistema de colisão, há uma causa no ponto dois (semelhante às causas de justificação, mas que não é uma), que anula a norma do primeiro passo²⁰⁵. Quando se trata da análise puramente em função da atipicidade, o ponto um do sistema não é preenchido, logo não há tipo legal definido para aquele fato quando se tratar de consentimento.

SILVA apresenta esse critério apontado por vários autores que consagram o consentimento como figura que exclui apenas a tipicidade por considerarem que se trata da falta de bem jurídico tutelável e não num conflito de bens jurídicos como é o que ocorre

²⁰⁰ PEÑA, Diego-Manuel Luzón. «Causas de atipicidad». In *Problemas fundamentales de Derecho Penal – Homenagem a Claus Roxin*. Lisboa: Universidade Lusíada Editorial, 2002, p. 112; e cf. Ainda o Capítulo II de ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 176 e s.

²⁰¹ MAURACH destaca ainda que esta teoria serve para o caso alemão. Cf. MAURACH, Reinhart; e ZIPF, Heinz. *Derecho Penal...*, p. 289; e KINDHÄUSER, Urs. «El consentimiento en el derecho penal...», p. 573.

²⁰² ANDRADE, Manuel da Costa. «O consentimento do ofendido no novo...», p. 103.

²⁰³ Há uma ponderação entre os bens jurídicos, cf. ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 189. O bem jurídico vai muito além do objeto, compreendendo também sua livre disposição. Cf. ROXIN, Claus. *Derecho Penal...*, p. 517 e s.

²⁰⁴ O autor vai mais além ao analisar que a integridade física protegida pelo artigo de lei deveria então se fundar em uma proteção mais ampla que o corpo humano (no fato de poder-se dispor livremente do mesmo). Veja-se KINDHÄUSER, Urs. «El consentimiento en el derecho penal...», p. 573. Para outros exemplos além da tatuagem, como a quebra de pratos numa dança grega, cf. VEIGA, Raul Soares da. «Sobre o consentimento desconhecido». In *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, ano 1, n. 3, 1991, p. 329.

²⁰⁵ KINDHÄUSER, Urs. «El consentimiento en el derecho penal...», p. 577-578.

nas outras causas de justificação²⁰⁶. Um deles é MAURACH, o qual afirma que o que se protege pelo Direito Penal nesse caso não é o bem jurídico diretamente lesado, mas sim o bem jurídico *liberdade de disposição*, para que aquele bem saia da esfera, do campo de proteção direta da lei criminal²⁰⁷. Em outras palavras, o que é protegido inicialmente pela norma, pode ser desprotegido pela liberdade de escolha do titular.

Logo a crítica a este ponto de vista é semelhante à anterior: o Direito Penal não pode permitir que sua aplicação fique destinada à *vontade do freguês*²⁰⁸.

2.4 Conclusão parcial

Quando se estuda o Direito Penal, aprende-se que o crime é um fato típico, ilícito e culpável²⁰⁹. A punibilidade é um resultado das regras de conduta somadas com as regras de imputação onde (caso estas sejam feridas) haverá a punição do agente²¹⁰. A maior parte da doutrina sustenta que as regras de conduta compõem a figura do tipo e do ilícito penal, enquanto as de imputação estão na culpa, como visto anteriormente.

As causas de exclusão do ilícito são gerais e abstratas, diferentemente dos tipos penais que possuem uma abrangência limitada (concretas e individualizadoras), pois o bem jurídico referido é específico²¹¹. De qualquer forma, a situação justificante necessita sempre de uma ponderação de interesses, onde estas devem ser compreendidas de acordo com um modelo de colisão²¹².

Diante do exposto verifica-se que há imensa discussão a respeito da natureza do consentimento do ofendido. Dentre as opiniões expostas anteriormente, este trabalho preferiu adotar a tese dualista proposta por Costa ANDRADE no que diz respeito às duas

²⁰⁶ SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Português...*, 1998, p. 133-134.

²⁰⁷ MAURACH, Reinhart; e ZIPF, Heinz. *Derecho Penal...*, p. 289 e s.; e PEÑA, Diego Manuel Luzón. «El consentimiento en Derecho Penal...», p. 4, 8.

²⁰⁸ Para não parecer tão absurdo este entendimento, ele “justifica-se” pelo fato da maioria dos autores que o sustentam defenderem um conceito puramente material de bem jurídico, o que, para este trabalho, representa uma visão muito reducionista do mesmo. Veja-se mais em ANDRADE, Manuel da Costa. «O consentimento do ofendido no novo...», p. 103-104 e 106.

²⁰⁹ Dentro das teorias da ação, a Clássica foi a primeira a conceber o conceito tripartido de crime, mas foi só com o aprimoramento oferecido por ROXIN e sua teoria funcional que se pode chegar ao conceito estudado hoje em dia. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal...*, p. 154; e COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais...*, p. 20 e s.

²¹⁰ É o caso escolar da pirâmide de três andares, onde a base é o tipo, o ilícito é o segundo e a culpa o terceiro piso. Verificado esses três, há a punibilidade do fato.

²¹¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal...*, p. 385.

²¹² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal...*, p. 391; e MOURA, Bruno de Oliveira. *Ilícitude Penal...*, p. 224-225.

formas de expressão desta figura: ora como causa de justificação, ora como causa de exclusão da tipicidade, com base nos fundamentos apresentados em sua tese de doutoramento²¹³.

Considerar o consentimento apenas como causa de justificação é aceitar o paradigma dualista. É assumir a necessidade de existir do *acordo* para suprir as causas de exclusão da tipicidade. O próprio KINDHÄUSER reconhece a existência e importância do *acordo*²¹⁴ e sua função de exclusão da tipicidade em Direito Penal²¹⁵, porém o autor trata o consentimento de outra maneira porque não tem a consideração da norma expressa no ordenamento jurídico-penal alemão. Por isso, sobretudo aqui, o consentimento não pode ser considerado como causa de exclusão do tipo, pois seria o mesmo que afirmar que a vigência da norma fica nas mãos do sujeito privado, ainda que ele seja diretamente beneficiado por esta²¹⁶.

MAÑALICH entende que a aplicação da norma não fica ao critério do indivíduo, pois este só pode anular a regra até certo ponto, que são estabelecidos pela própria ordem jurídica, obedecendo aos critérios e pressupostos restritos daquela. Ele entende que o consentimento é uma meta-norma²¹⁷. Entretanto não se pode considerar o Direito Penal com essa característica. Além do Código prever a aplicação do instituto dentro das causas de exclusão da ilicitude (portanto semelhante à legítima defesa, estado de necessidade, entre outros), GODINHO critica que caso seja adotada a tese do cancelamento de normas, existirão normas que serão válidas em abstrato mas não em concreto²¹⁸.

Diante desse “bate-rebate” na doutrina, o trabalho mantém a posição adotada pela tese dualista, pois entende que importar o conceito da doutrina alemã não parece compatível com o sistema jurídico-penal português. Sem dúvida a teoria do cancelamento da norma tem imensa significância doutrinária e acadêmica, inclusive para se questionar entendimentos e conceitos definidos nas ciências criminais. Porém, no caso de Portugal, o

²¹³ Apresentada também por PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal – Parte General*. Barcelona: Editorial Reppertor, 2011, p. 517-518.

²¹⁴ KINDHÄUSER, Urs. «El consentimiento en el derecho penal...», p. 581-582.

²¹⁵ Porém o entendimento a respeito do *acordo* diferencia-se do proposto por ANDRADE, visto que para KINDHÄUSER o que determina se é *acordo* ou consentimento (cancelamento da norma) é a interpretação do tipo legal em questão. Ou seja, no consentimento há um problema de vigência da norma, enquanto no *acordo* o problema está na interpretação da conduta. Cf. MOURA, Bruno de Oliveira. *Illicitude Penal...*, p. 213-214.

²¹⁶ Não há a livre faculdade de disposição dos bens no Direito Penal. Cf. MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*, p. 163.

²¹⁷ Para a crítica sobre a compreensão de meta-norma neste sentido veja-se Juan Pablo MAÑALICH, *Nötigung und Vrantwortung*, apud MOURA, Bruno de Oliveira. *Illicitude Penal...*, p. 209.

²¹⁸ GODINHO, Inês Fernandes. *Eutanásia, homicídio a pedido...*, p. 120.

sistema é expresso quanto ao consentimento, este é consagrado dentro as causas de justificação, o que torna incoerente introduzir um conceito externo, que deve funcionar muito bem na Alemanha (que não possui previsão escrita no Código Penal). Além de que o critério de KINDHAUSER não tem aplicabilidade para outras causas de justificação, como por exemplo, o estado de necessidade, logo não é propriamente uma clausula geral da ilicitude, mas sim específica apenas para o consentimento.

Defender o paradigma dualista é assumir que as causas de justificação possuem um conflito de interesses; assim como o consentimento (*stricto sensu*) igualmente o tem. Porém, é também perceber que o *acordo* existe para aquelas situações em que não há conflito algum, logo não caberia uma causa de exclusão da ilicitude que prescinde de um conflito. A solução encontrada pelo legislador português é justa, e é isso que importa²¹⁹.

Nestes moldes, pode-se identificar a inserção da vítima do delito no sistema penal, que passa a assumir um papel no crime, sendo reconhecida também como uma das protagonistas. Essa inserção pretende dismantlar um Direito Penal autoritário e criar uma visão mais humanizada deste, sem perder seu caráter de único titular do *ius puniendi*. O consentimento é uma das formas de participação do ofendido nas ações de natureza privada, mas também nas públicas, podendo representar, por exemplo, a figura de um acusador, de autor (na esfera cível quando houver reparação de danos decorrente da causa criminal), de testemunha, de colaborador com o Ministério Público, entre outros²²⁰. Esse reconhecimento legitima cada vez mais a intervenção (e necessidade) do próprio Direito Penal, que se distancia da ideia de que esse, ao longo dos anos, será considerado obsoleto e, portanto, dispensável²²¹.

Entretanto, antes de chegar-se a um conceito propriamente do consentimento em matéria penal, é necessário analisar o instituto mais a fundo e, posteriormente, discutir outras questões mais controversas além de sua natureza.

²¹⁹ Há outros meios de se atingir a finalidade do Direito sem ser pela “forma perfeita”, mas que se encontra sempre dentro do princípio da legalidade. Cf. em COSTA, José de Faria. «A análise das formas...», p. 296.

²²⁰ Cf. GÓMEZ, Calos Daza. «Imputación a la víctima», p. 640.

²²¹ Trazer novos conhecimentos e aplicabilidade para o Direito Penal é poder adaptá-lo para as novas necessidades da sociedade, fazendo com que a ideia de um abolicionismo penal seja absurda.

Capítulo 3

Fundamentos e requisitos

Sem adentrar no histórico propriamente da evolução do consentimento, pode-se afirmar que uma das grandes dificuldades desse instituto ainda é sua validade e eficácia²²². De qualquer forma, no plano fático não existe diferenciação alguma entre essas duas figuras (acordo e consentimento), ou seja, uma pessoa consente para que outrem lese um bem jurídico seu protegido²²³. Dessa forma, em ambos os casos o consentimento do ofendido tem o efeito de minimizar a gravidade do ilícito penal²²⁴.

Nem todo ordenamento jurídico-penal tem a previsão do consentimento. Por exemplo, no México o instituto é simplificado no Código Penal para o Distrito Federal²²⁵ e semelhante para Código Penal Federal²²⁶, o qual apresenta os requisitos análogos ao português no que tange a disponibilidade e a validade (livre de vícios). Já na Itália, no art.

²²² O primeiro problema enfrentado pelo consentimento era puramente dogmático, principalmente à sua função e o objeto do crime. Cf. ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 29-30.

²²³ Para mais sobre a diferenciação entre os planos cf. ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 146-147, 362 e s.

²²⁴ FERREIRA, Manuel de Cavaleiro. *Direito Penal Português...*, p. 403.

²²⁵ *Artigo 29º* - Causas de exclusão do tipo: “[...] III. (Consentimiento del titular). Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: a) Que se trate de un bien jurídico disponible; b) Que el titular del bien jurídico, o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien; y c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento. Se presume que hay consentimiento, cuando el hecho se realiza en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse consultado al titular del bien o a quien esté legitimado para consentir, éstos hubiesen otorgado el consentimiento”.

²²⁶ Nas causas que excluem o tipo, *Artigo 15º*: “El delito se excluye cuando: I.- El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente; II.- Se demuestre la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate; 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; y 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 titular, éste hubiese otorgado el mismo;”

50º do Código Penal²²⁷, o texto de lei é mais vago quanto aos limites. Porém, pelas próprias características da *common law*, o ordenamento jurídico inglês pretende a maximização do alcance do consentimento²²⁸.

3.1 Fundamentos do consentimento do ofendido

Uma ação tipicamente adequada não é antijurídica se o meio é adequado (apropriado) para um fim justificado. Este critério serve também para resolver a colisão de bens ou deveres, sendo que os que apresentarem maior valor tem preferência face ao outro²²⁹. É preciso entender que existem inúmeras tentativas de sistematização das causas que excluem a ilicitude²³⁰. No que tange ao fundamento do consentimento, a sua essência, existem diferentes opiniões entre os autores, tendo sido instalada também, nesse aspecto, controvérsia doutrinária. Desse modo, foram estabelecidos alguns critérios para a fundamentação do consentimento²³¹.

O primeiro deles é conhecido pela *teoria do negócio jurídico*. Foi desenvolvido de acordo com o Código Civil alemão²³² por ZITELMANN, e entendia-se que o consentimento deveria ser tratado como um negócio jurídico de Direito privado²³³, ou seja, assim como é possível dispor-se as cláusulas num contrato de natureza civil, o bem jurídico também seria livremente disponível, respeitando-se apenas alguns limites impostos pela lei penal²³⁴.

WELZEL foi grande defensor dessa teoria, afirmando que a conduta será sempre lícita se for no mesmo sentido do consentimento. Entretanto a validade deste é limitada

²²⁷ Artigo 50º. “Consenso dell'avente diritto - Non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, col consenso della persona che può validamente disporne”.

²²⁸ ANDRADE, Manuel da Costa. «O consentimento do ofendido no novo...», p. 98; e ASUA, Jimenez de. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1961, p. 574.

²²⁹ WELZEL, Hans. *Derecho Penal – Parte General*. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Serigo Yáñez Pérez. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1970, p. 116-117.

²³⁰ Dentre elas estão a teoria do fim, da maior vantagem do que prejuízo, da carência de interesse, da adequação social, e por fim da ponderação de interesses. Veja-se mais em CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*. Tomo II, p. 9 e s. LENCKNER afirmava que a ponderação de interesses é a matriz comum das causas de justificação, em LENCKNER, GA 1985, apud ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 233 e 257.

²³¹ Sobre eles cf. MONCADA, Hugo Cabral de. *O problema do Consentimento do Ofendido em Direito Criminal*. Tese de licenciatura da Faculdade Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 1942, p. 19 e s.

²³² Art. 182º e s. do Bürgerliches Gesetzbuch, que trata do consentimento e sua ratificação.

²³³ WELZEL, Hans. *Derecho Penal...*, p. 140; MEZGER, Edmund. *Derecho Penal – Parte General*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, p. 165; CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*. Tomo II, p. 21; e ROXIN, Claus. *Derecho Penal...*, p. 547-548.

²³⁴ PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido...*, p. 68-69; e JESCHECK, Hans-Heinrich; e WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal...*, p. 515.

pelos bons costumes, os quais são capazes de tornar a conduta ilícita caso esta opor-se a eles²³⁵.

Porém essa teoria foi muito criticada devido à evidente equiparação de um Direito de natureza privada com um de natureza pública como o penal. Além disso, o consentimento nem sempre exige as formalidades que a lei civil faz²³⁶.

O segundo critério desenvolvido para justificar o consentimento do ofendido foi o proposto por MEZGER, conhecido por *ausência de interesse*²³⁷. Este autor tenta resolver o problema do enquadramento das causas de justificação dividindo-as em dois grupos: as de ausência de interesse e as de prevalência de direitos, onde o interesse mais relevante (princípio do interesse *preponderante*) seria capaz de sobrepor-se ao outro²³⁸.

Aqui o fundamento do consentimento seria o próprio princípio da ausência de interesse, o qual exclui o injusto (consequentemente a pena) sempre que inexista interesse, diante do bem renunciado à proteção. Portanto renuncia-se apenas a tutela, naquele caso em concreto, mas não a sua titularidade, motivo pela qual incidiria a causa de justificação²³⁹.

Entretanto alguns autores acreditam que tal critério não é convincente, pois se pode emitir um consentimento contrário ao próprio interesse, ou seja, o sujeito passivo pode equivocar-se a respeito da sua vontade; e ainda pode inconscientemente sacrificar um interesse próprio em prol de outro que repute superior, inexistindo, nesse caso, a defendida ausência de interesse²⁴⁰. Exemplificando, temos inúmeras vezes a honra se sobrepondo a qualquer outro direito do ofendido²⁴¹. Mir PUIG explica que o critério surgiu em meio a confusão pela natureza dualista do consentimento, que pode representar tanto a ausência de interesse como também um interesse em conflito a ser ponderado frente ao outro. Nesse

²³⁵ WELZEL, Hans. *Derecho Penal...*, p. 141 e s. Sobre a crítica cf. PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido...*, p. 74.

²³⁶ Cf. MIR, José Cerezo. *Curso de Derecho Penal...*, p. 328 e 334; JESCHECK, Hans-Heinrich; e WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal...*, p. 409-410; e PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal...*, p. 524. Além do que nem toda manifestação de vontade pode ser considerada um negócio jurídico. PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido...*, p. 71-72.

²³⁷ MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*, p. 207, 396 e s. e 414; e PEÑA, Diego Manuel Luzón. «El consentimiento en Derecho Penal...», p. 17 e s.

²³⁸ MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*, p. 409 e s.; e ainda sobre isso veja-se CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*. Tomo II, p. 10.

²³⁹ FERREIRA, Manuel de Cavaleiro. *Direito Penal Português...*, p. 406; e PEÑA, Diego Manuel Luzón. «El consentimiento en Derecho Penal...», p. 18.

²⁴⁰ MIR, José Cerezo. *Curso de Derecho Penal...*, p. 333.

²⁴¹ Pois a honra não é substancialmente mais relevante que a vida, mas emocionalmente pode vir a ser. É o caso, por exemplo, de alguém que se exalta e mata em nome da honra. Cf. CASABONA, Carlos Maria Romeo. *El médico y el Derecho...*, p. 307.

caso o *acordo* não é um pressuposto negativo da proibição pois exclui a tipicidade (ausência de interesse). Já no consentimento não há ausência de interesse mas sim ponderação de interesses em conflito (tutela do bem jurídico vs a vontade ou liberdade de disposição)²⁴².

Assim, poderá haver casos de consentimento por ausência de interesse, como também haverá casos em que algum interesse exista. Desse modo, tal princípio da ausência de interesse, não satisfaz como fundamento, ao instituto do consentimento do ofendido.

Por fim, o último critério é o da *ponderação de valores*, defendido por Cerezo MIR onde numa situação de consentimento o Direito deveria oferecer uma resposta (através da valoração) se a liberdade de disposição daquele bem jurídico se sobrepõe à necessidade de tutela e proteção do mesmo²⁴³. Em outras palavras, cabe ao Direito estabelecer o limite caso a caso sobre a ponderação de qual interesse (liberdade ou a proteção do bem) deve preponderar²⁴⁴.

Esta parece ser a melhor forma de fundamentar o consentimento na doutrina penal. Contudo, não se pode analisar essa teoria de forma simplista, comparando apenas o valor absoluto dos bens imediatamente envolvidos no conflito. Deve-se olhar essa ponderação como um todo, interesses diretos e indiretos, inclusive a dignidade da pessoa²⁴⁵. Usar a ponderação favorece a característica do Direito Penal de *ultima ratio*.

3.2 Requisitos de validade

Entretanto, para que possa ser aplicada a figura do consentimento²⁴⁶ do ofendido, é necessário que este preencha pressupostos e fundamentos, ou seja, é imperativo que o titular possa dispor deste bem, o fato não ofender aos bons costumes, sendo prestado de forma livre e séria por pessoa maior e capaz; nos moldes do art. 38º do Código Penal.

²⁴² PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal...*, p. 516-519; e STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal – parte general*. Tradução de Gladys Romero. Madrid: Edersa, 1982, p. 126.

²⁴³ MIR, José Cerezo. *Curso de Derecho Penal...*, p. 334; PEÑA, Diego Manuel Luzón. «El consentimiento en Derecho Penal...», p. 14.

²⁴⁴ Conforme explica JESCHECK, nos casos em que o consentimento é causa de justificação, o Direito já escolheu que certos bens como a honra, parte da integridade física, o patrimônio são passíveis de disposição pelo titular. Ou seja, no critério de valoração, a liberdade se sobrepõe à tutela do bem. Veja-se em JESCHECK, Hans-Heinrich; e WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal...*, p. 339-340; e ainda CASABONA, Carlos Maria Romeo. *El médico y el Derecho...*, p. 307.

²⁴⁵ FERNÁNDEZ, Fernando Molina. «El estado de necesidad...», p. 212 e s.

²⁴⁶ Aqui volta-se a tratar o consentimento *lato sensu*.

É importante ressaltar a distinção entre disponibilidade e poder de disposição de um bem jurídico. Esta última é a legitimação para que, diante de um bem disponível e de um correspondente consentimento, seja viável a sua disposição. Ainda, não se confunde a teoria penal da civil, por exemplo, relacionada aos negócios jurídicos, pois o consentimento não se trata de um contrato, mas sim de uma ação jurídica autônoma²⁴⁷. Assim, para ser possível o consentimento diante de um bem disponível, é necessário o cumprimento de alguns requisitos de cunho formal²⁴⁸ elencados a seguir.

3.2.1 Bem jurídico²⁴⁹

Como também se trata de um requisito seria incoerente não elencar nada a respeito dos bens atingidos pelo consentimento no âmbito dos requisitos formais, mas entenda-se que o assunto será brevemente discutido aqui visto que interessa mais ao trabalho desenvolver a disponibilidade do bem jurídico como limite (critério material) e não apenas condição de aplicação do mesmo (ponto 4.1).

Bens jurídicos são aqueles dignos de proteção (deve haver interesse na tutela), que caso sejam lesionados²⁵⁰ ou postos em perigo, deverão resultar numa punição para quem

²⁴⁷ Para mais veja-se MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho...*, p. 165; e CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*. Tomo II, p. 21-24.

²⁴⁸ ANDRADE, Manuel da Costa. «O consentimento do ofendido no novo...», p. 112; PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal...*, p. 524 e s.; e PEÑA, Diego Manuel Luzón. «El consentimiento en Derecho Penal...», p. 19 e s.

²⁴⁹ Quanto aos diversos conceitos de Bem Jurídico (*maxime* considerados como socialmente relevantes) cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal...*, p. 114; ROXIN, Claus. «És la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?». In *La teoría del bien jurídico*. Roland Hefendehl (ed). Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 448; D'ÁVILA, Fábio. «Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo». Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias, v. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 197; KAHLO, Michael. «Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva em derecho penal». Tradução de Rafael Guirao. In *La teoría del bien jurídico*. Roland HEFENDEHL (ed). Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 58; JAKOBS, Günther. *Derecho Penal...*, p. 47 e s; PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal...*, p. 160 e s.; e AMELUNG, Knut. «El concepto “bien jurídico” em la teoría de la protección penal de bienes jurídicos». Tradução de Ortiz Gimeno. In *La teoría del bien jurídico*. Roland HEFENDEHL (ed). Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 227 e s. Para o último autor, o direito penal protege a vigência da norma e não os bens jurídicos. Cf. ROXIN, Claus. «O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto a prova». In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 23, n. 1, p. 10. GRECO considera o bem jurídico como um valor apenas, num plano espiritualizado e não de realidade como os autores anteriores. Veja-se em GRECO, Luis. «Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal». In *Novos rumos do direito penal contemporâneo: livro em homenagem ao Professor Doutor Cezar Roberto Bitencourt*. Andrei Zenkner Schmidt (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 407. Por fim, COSTA define como “pedaço da realidade, [...] com densidade axiológica a quem a ordem jurídico-penal atribuiu dignidade penal”, em COSTA, José de Faria. «Ilícito-típico, resultado...», p. 14.

assim o fez²⁵¹. Quem dá esse valor ao bem é a sociedade, e geralmente são resguardados pela Constituição, pois estão vinculados aos direitos fundamentais²⁵². O conceito de bem jurídico no Direito Penal é diferente dos outros ramos do direito, sendo, fundamentalmente, uma forma de expressão concreta da liberdade do sujeito na sociedade que precisam de tutela especial pela lei penal²⁵³.

Os bens disponíveis para o consentimento seriam aqueles de interesse individual, e os bens indisponíveis seriam aqueles de interesse essencialmente coletivo (cuja lesão desestabiliza o agrupamento social²⁵⁴). Resumidamente, quando o bem em questão for de imprescindibilidade para o coletivo, não se poderá dispor dele, pela razão óbvia de envolver interesse difuso²⁵⁵. Pode-se também associar o critério da (in)disponibilidade à divisão entre bens jurídicos de interesse individual e coletivo²⁵⁶.

Conforme justifica Eduardo CORREIA, se todos os bens fossem passíveis de serem dispostos pelo consentimento a tutela penal conforme os valores jurídicos-criminais, seria inteiramente em vão, podendo então cada um dispor de seus bens livremente, tornando-se desnecessária a intervenção penal do Estado²⁵⁷.

É claro que para bens particulares que pertencerem a mais de um titular, o consentimento, visto ser uma cessão ao exercício do direito, deve ser de todos. Logo, deverá haver um *mister* de vontades²⁵⁸.

²⁵⁰ Sobre o que é considerado dano ou *harm principle* cf. HIRSCH, Andrew Von. «El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”». Tradução de Rafael Guirao. In *La teoría del bien jurídico*. Roland HEFENDEHL (ed). Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 37-52.

²⁵¹ Não se pode confundir também bem jurídico com o objeto da ação, sendo que o primeiro é o “direito” protegido e o segundo é objeto material do crime. Por exemplo, num homicídio o bem jurídico lesado é a vida, mas o objeto da ação é o corpo. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal...*, p. 308; e ROXIN, Claus. *Derecho Penal...*, p. 517 e s.

²⁵² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal...*, p. 118-120; e ANDRADE, Manuel da Costa. «A dignidade penal e a carência de tutela penal como referência de uma doutrina teleológico-racional do crime». In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 2, n. 2, 1992, p. 178-183. Sobre a proporcionalidade entre o bem jurídico fundamentalmente protegido pela Constituição e sua proteção pela lei penal cf. ROXIN, Claus. «O conceito de bem jurídico...», p. 35 e s.

²⁵³ KAHLO, Michael. «Sobre la relación entre el concepto...», p.54-59.

²⁵⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal...*, p. 16; ROXIN, Claus. *Derecho Penal...*, p. 526; e ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 200.

²⁵⁵ MAURACH, Reinhart; e ZIPF, Heinz. *Derecho Penal...*, p. 292-293.

²⁵⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal...*, p. 453; PEÑA, Diego Manuel Luzón. «El consentimiento en Derecho Penal...», p. 3; e PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal...*, p. 519-520.

²⁵⁷ O autor critica ainda os modelos que justificam a disposição livre destes bens. Cf. CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*. Tomo II, p. 22 e s.

²⁵⁸ MAURACH, Reinhart; e ZIPF, Heinz. *Derecho Penal...*, p. 296.

Portanto a liberdade de decisão e disposição do bem cabe ao titular no caso, devendo essa ser passageira e simples²⁵⁹. Mas a exclusão de ilicitude só é possível nos delitos contra bens patrimoniais, a integridade física, a honra e a liberdade individual²⁶⁰.

Dessa forma, para o consentimento ser válido, é necessário que o bem jurídico envolvido seja de livre disposição do titular, conforme expõe a primeira parte do n. 1 do art. 38º do Código Penal.

3.2.2 Capacidade para consentir

Somente será válido o consentimento quando o sujeito que consente seja de fato efetivamente capaz para tal. O Código Penal Português determina que a capacidade objetiva para consentir é de 16 anos (art. 38º, n. 3), a mesma da maioridade penal (art. 19º). Percebe-se então que para ter a capacidade objetiva de reconhecimento não é imprescindível que seja um adulto (com todos os direitos adquiridos)²⁶¹.

Aqui se critica o requisito da idade como, por exemplo, o critério da capacidade penal de ação (imputabilidade), ou o critério da lei civil (teoria da declaração de vontade²⁶²). Para a aplicação da lei criminal basta verificar-se a direção reconhecível da vontade (teoria da direção da vontade)²⁶³. Assim, a capacidade de consentimento depende da capacidade do seu titular, analisada concretamente, diante de determinada situação, independentemente da idade²⁶⁴. Nesse sentido, CIRINO afirma que a capacidade de

²⁵⁹ Não podendo ser permanente. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal...*, p. 481-483; nem geral, cf. CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*. Tomo II, p. 28; e MAURACH, Reinhart; e ZIPF, Heinz. *Derecho Penal...*, p. 295.

²⁶⁰ Ou seja, pessoais e patrimoniais. ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 333; e MONCADA, Hugo Cabral de. «Do consentimento...», p. 299-305.

²⁶¹ SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Português...*, 1998, p. 129. No consentimento médico, WOLFGANG exemplifica que um menor de desesseis ou desessete anos já possui a capacidade natural de avaliação relacionada aos dados objetivos (*Gegenstandsbezogene*) para pequenas intervenções médicas. Veja-se WOLFGANG, Frisch. «Consentimento e consentimento presumido nas intervenções médico-cirúrgicas». Tradução de Manuel da Costa Andrade. *In Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, n. 1-2, v. 14, 2004, p. 91; e ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 410. E ainda sobre a autodeterminação dos menores cf. MATOS, Mafalda Francisco. O problema da (ir)elevância..., p. 70-75.

²⁶² MAURACH, Reinhart; e ZIPF, Heinz. *Derecho Penal...*, p. 409. O consentimento não é um negócio jurídico, logo o critério civil não é adequado. Cf. CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*. Tomo II, p. 26.

²⁶³ MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho...*, p. 165; CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*. Tomo II, p. 25-26; e PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal...*, p. 525.

²⁶⁴ Caso brasileiro interessante discutido pelo Supremo Tribunal Federal foi a libertação por *habeas corpus* (de três votos, dois foram a favor) de um jovem de 24 anos que teria tido relações sexuais com uma menina de 12 anos. Os principais argumentos eram que o jovem não teria como saber que a menina tinha apenas 12 anos pois esta não aparentava, era “promíscua” e madura fisicamente para sua idade, consentiu com os atos sexuais; que a conduta do jovem não era perigosa para o resto da sociedade; e que a sociedade moderna

consentimento deve existir como capacidade concreta de *compreensão* do significado e da extensão do ato consentido²⁶⁵, ou seja, da natureza e das consequências da renúncia ao bem jurídico respectivo.

Apenas o titular do bem jurídico em questão, ou seu responsável, tem legitimidade para consentir. Para alguns autores o consentimento é intransferível²⁶⁶, porém a lei permite que este seja feito por um representante caso o titular seja incapaz. Inclusive, visando uma maior garantia aos interesses do incapaz, a Lei n. 147/99, de 01 de Setembro (Lei de protecção de crianças e jovens em perigo) criou uma comissão capaz de avaliar a decisão dos pais ou representantes em casos de procedimentos médico-cirúrgicos que necessitam de consentimento²⁶⁷.

Dessa forma, o consentimento deve ser outorgado de forma séria e voluntária²⁶⁸, desembaraçada e livre de vícios de vontade, como engano, erro e coação (física ou moral).

3.2.3 Momento

O consentimento deve ser anterior ou, pelo menos, simultâneo à conduta do agente de ação consentida, pois se ocorrer *a posteriori* ele é irrelevante²⁶⁹. Este ainda pode

sofreu uma mudança nos costumes e nos comportamentos, o que aparentemente permitira uma menina manter relações sexuais com o seu consentimento válido. A verdade é que nenhum dos Ministros fundamentou dogmaticamente suas decisões, pois a cada justificativa levantada, uma série de contra-argumentos seriam plausíveis. Não cabe a esta tese discutir, com a quantidade de estudo necessário, qual a melhor posição a respeito do critério objetivo traçado pela idade do consentimento. Porém o caso demonstra que não basta apenas identificar a idade cronológica dos indivíduos envolvidos para se determinar o crime, mas sim analisar o contexto como um todo, envolvendo a situação social e a personalidade destes. Veja-se mais no Processo HC 73662 MG, julgado na Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, onde o relator Marco Aurélio conduziu o ato, em 21 de maio de 1996. Cf. também o estudo do caso em: SILVA, Patrícia Maria Mendonça da; e SILVA, Joelma Rodrigues da. «A menina, o encanador e o ministro». In *PADÊ: estudos em filosofia, raça, gênero e direitos humanos*, v. 2, n. 1. Centro Universitário de Brasília, 2007, p. 107-119. Sobre essa questão da sexualidade de menores no direito penal brasileiro e outros casos veja-se RASSI, João Daniel. «A questão da vulnerabilidade no direito penal sexual brasileiro». In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 92, 2011, p. 61-93.

²⁶⁵ SANTOS, Juares Cirino. *Direito Penal...*, 267; e ainda sobre isso PEREIRA, André Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente*. Coimbra Editora, 2004, p. 319.

²⁶⁶ MEZGER critica que a vontade possa ser feita por meio de um representante visto que, para ele, o consentimento tem caráter pessoal. MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho...*, p. 165; no mesmo sentido BADR, Mohamed Abdel Aziz. *L'influence du consentement de la victime sur la responsabilité penal – étude comparée*. Paris: Librairie General de droit et de jurisprudence, 1928, p. 61.

²⁶⁷ MAURACH, Reinhart; e ZIPF, Heinz. *Derecho Penal...*, p. 298; e ROXIN, Claus. *Derecho Penal...*, p. 542-544. São os casos do art. 156º do Código Penal. Interessante ressaltar que a Lei 12/93, de 22 de Abril, proíbe a dádiva ou colheita de órgãos, tecidos e células de menores ou maiores incapazes.

²⁶⁸ MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho...*, p. 166; CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*. Tomo II, p. 25 e s.; e ainda ROXIN, Claus. *Derecho Penal...*, p. 532-533.

ser revogado até a ação consentida ser executada, pois não há nenhuma obrigação jurídica que vincule esta vontade de forma irrevogável²⁷⁰.

A ratificação da conduta inicialmente realizada sem consentimento, não produz efeito em sede de Direito Penal Material, somente importaria ao Direito Processual Penal, no reconhecimento da renúncia ao direito de queixa, e no instituto do perdão²⁷¹ do ofendido.

Além do que, conforme exige o n. 4 do art. 38º do Código Penal, o consentimento deve ser conhecido do agente, caso o contrário o fato será punível²⁷². Logo, é essencial que o autor tenha conhecimento do consentimento, ou que pelo menos atue com a vontade de realização de uma causa de justificação²⁷³, o que será visto no ponto a seguir.

3.2.4 Forma

A manifestação do consentimento é irrelevante, mas deve ser preferencialmente de maneira expressa²⁷⁴, para que seja assegurada a clareza, admitindo-se também o consentimento tácito²⁷⁵ em virtude das circunstâncias fáticas, desde que esse preencha os

²⁶⁹ MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho...*, p. 165; ROXIN, Claus. *Derecho Penal...*, p. 535; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; e ALAGIA, Alejandro; e SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal - Parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2005, p. 501; e MAURACH, Reinhart; e ZIPF, Heinz. *Derecho Penal...*, p. 296.

²⁷⁰ Conforme o fim do n. 2 do art. 38º indica. CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*. Tomo II, p. 27; ROXIN, Claus. *Derecho Penal...*, p. 535; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; e ALAGIA, Alejandro; e SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal...*, p. 501; MIR, José Cerezo. *Curso de Derecho Penal...*, p. 329; e CASABONA, Carlos Maria Romeo. *El médico y el Derecho...*, p. 356.

²⁷¹ O perdão é um ato posterior à realização do crime. Para a distinção entre o consentimento e outras figuras veja-se Correia, Eduardo. *Direito Criminal*. Tomo II, p. 18 e s.

²⁷² Breve resumo da eficácia do consentimento em SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Português...*, p. 129.

²⁷³ ANDRADE, Manuel da Costa. «O consentimento do ofendido no novo...», p. 105.

²⁷⁴ MAURACH, Reinhart; e ZIPF, Heinz. *Derecho Penal...*, p. 298. Por exemplo, a Lei nº 16/2007, de 17/04, exigiu que para os casos de interrupção voluntária de gravidez deve haver um consentimento qualificado, ou seja, este deve ser por escrito. *Artigo 142º - Interrupção da gravidez não punível*: “[...] 3 - O consentimento é prestado: a) *Em documento assinado pela mulher grávida* ou a seu rogo e, sempre que possível, com a antecedência mínima de 3 dias relativamente à data da intervenção; ou b) No caso de a mulher grávida ser menor de 16 anos ou psiquicamente incapaz, respectiva e sucessivamente, conforme os casos, pelo representante legal, por ascendente ou descendente ou, na sua falta, por quaisquer parentes da linha colateral. 4 - Se não for possível obter o consentimento nos termos do número anterior e a efetivação da interrupção da gravidez se revestir de urgência, o médico decide em consciência face à situação, socorrendo-se, sempre que possível, do parecer de outro ou outros médicos”. Grigo nosso. Ainda “Quando a lei obriga a uma declaração expressa parece de entender que ela quis referir-se a uma declaração tanto quanto possível inequívoca – a uma declaração que se preste a poucas dúvidas, a uma declaração explícita e segura”. Cf. em ANDRADE, Manuel da Costa. *Teoria Geral da Relação Jurídica*, v. II. Coimbra: Almedina, 1997, p. 130.

²⁷⁵ Destaca-se ainda que haja certa relação de confiança para poder expressar-se o consentimento tácito de forma inequívoca. Veja-se em CONDE, Francisco Muñoz; e ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal...*, p.

mesmos requisitos da vontade livre e da seriedade que o expresso, e que, por óbvio, a inércia não seja considerada como consentimento.

O autor deverá pautar sua conduta nos limites do consentimento outorgado, e deve se referir de modo específico à modalidade de ação²⁷⁶. Além de que ele deverá possuir capacidade de compreensão²⁷⁷.

Quanto ao desconhecimento presente no n. 4 do art. 38º²⁷⁸, quando o agente não conhece o consentimento, ele é punido por tentativa mesmo sendo o crime consentido²⁷⁹. Este inciso gerou inúmeras discussões no projeto do Código Penal de 1995 e sua Comissão revisora²⁸⁰. Isto porque não se percebia muito bem qual a finalidade deste, visto que ao cometer o crime, ele será tido como consumado efetivamente, e não será, em hipótese alguma, na sua forma tentada.

Alguns autores entendem que o consentimento está vinculado ao fato, logo o agente não é obrigado a ter conhecimento do mesmo²⁸¹. Isso se deve em razão do texto de lei não o exigir. Logo a solução foi adotar, para esse caso, a punição do crime por tentativa²⁸². Ainda, PUIG afirma que o *acordo* não necessita de ser conhecido pelo autor, entretanto, o consentimento como causa de justificação sim, pois o conhecimento seria um elemento subjetivo impreterível para a validade do mesmo²⁸³.

Outra hipótese seria justificar a punição de uma forma mais branda pelo perigo objetivo que a conduta representaria²⁸⁴. Talvez a política-criminal exija então que todas as

360; PEÑA, Diego Manuel Luzón. «El consentimiento en Derecho Penal...», p. 5; e ainda BADR, Mohamed Abdel Aziz. *L'influence du consentement...*, p. 50 e s.

²⁷⁶ TAVARES, Juarez. «O consentimento do ofendido no Direito Penal». *In Revista de Faculdade de Direito da UFPR*. Curitiba, 1969, p. 264; e MAURACH, Reinhart; e ZIPF, Heinz. *Derecho Penal...*, p. 296.

²⁷⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal...*, p. 536-540. Veja-se também MARTINS, Rosa. *Menoridade, (in)capacidade, e cuidado parental*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, *maxime* 109-113.

²⁷⁸ Artigo 38º, n. 4 – “Se o consentimento não for conhecido do agente, este é punível com a pena aplicável à tentativa”.

²⁷⁹ Essa problemática é mais discutida em ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 521-537.

²⁸⁰ Para mais sobre essa discussão veja-se ANDRADE, Manuel da Costa. «O consentimento do ofendido no novo...», p. 105-106; SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Português...*, 1998, p. 129 e s.; e FERREIRA que critica a posição do legislador em FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal, II*, p. 305-306.

²⁸¹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 144. A exteriorização da vontade deve ser reconhecível pelo agente. Cf. ROXIN, Claus. *Derecho Penal...*, p. 532-533; JESCHECK, Hans-Heinrich; e WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal...*, p. 409-410; e PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal...*, p. 525.

²⁸² GEERDS discorda dessa forma de punição, cf. GEERDS, *GA 1954, apud* ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 145. Para um melhor entendimento das diferentes opiniões quanto ao conhecimento do consentimento veja-se CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*. Tomo II, p. 28.

²⁸³ PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal...*, p. 525-526; e também é o entendimento de GEERDS o qual afirma que somente o consentimento é afetado pela falta de conhecimento do agente, cf. GEERDS, *GA 1954, apud* ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 144-145.

²⁸⁴ SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Português...*, 1998, p. 134.

causas de justificação, para serem válidas, devam ser conhecidas pelo agente antes deste praticar o fato²⁸⁵. Figueiredo DIAS defendeu que deveria ser adotado esse critério para todas as causas de justificação²⁸⁶.

3.3 Consentimento presumido e hipotético

Há situações em que inexistente o consentimento real do portador do bem jurídico, mas diante de determinadas circunstâncias este pode ser presumido, figurando, ainda essa situação, como causa de exclusão de responsabilidade penal (art. 39º do Código Penal²⁸⁷). A vontade do titular do bem jurídico é desconhecida pelo agente, devendo este, portanto, presumi-la, colocando-se na situação do titular do bem jurídico. Adota-se, assim, um “critério de probabilidade”, e uma “vontade racional” do titular do bem em questão²⁸⁸.

A expressão escolhida (presumido) não comporta, precisamente, seu significado, pois aqui não se trata de uma suposição no sentido da admissão *subjetiva* do consentimento do autor, mas sim de uma presunção *objetiva*, em que o lesionado teria consentido com o feito caso este estivesse na mesma situação e tivesse condições para fornecê-lo²⁸⁹. Somente após comprovada essa atuação objetiva em juízo que esta servirá como substituição do consentimento e gozará de seus efeitos²⁹⁰.

²⁸⁵ O desconhecimento das causas de justificação é punível. ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 535-536.

²⁸⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. «Pressupostos da Punição e Causas que Excluem a Ilicitude e a Culpa». In *Centro de Estudos Judiciários - Jornadas de Direito Criminal*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1983, p. 61. Também é o entendimento de ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 535-536; e MAURACH, Reinhart; e ZIPF, Heinz. *Derecho Penal...*, p. 298-299. Diferentemente é o entendimento de SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Português...*, 1998, p. 132.

²⁸⁷ Veja-se nota 171.

²⁸⁸ PEÑA, Diego Manuel Luzón. «El consentimiento en Derecho Penal...», p. 5. O consentimento deixa de ser uma manifestação da vontade pessoal (autonomia individual), mas ainda assim tem fundamento capaz de simbolizar essa intenção do outro. MOURA, Bruno de Oliveira. *Ilicitude Penal...*, p. 214-215. Ainda não se confunde com o consentimento tácito que se deduz da atitude passiva ou de atos concluintes do portador do bem jurídico. MIR, José Cerezo. *Curso de Derecho Penal...*, p. 346.

²⁸⁹ Assumir não a vontade de quem presume, mas a do titular do bem; podendo ser inclusive contrária a do agente. CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*. Tomo II, p. 29-30.

²⁹⁰ MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho...*, p. 167; e PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal...*, p. 527. Discute-se muito no âmbito médico, não só em Portugal, como, por exemplo, um caso italiano de homicídio em uma intervenção de urgência onde a paciente faleceu, veja-se em CERQUA, Luigi Domenico. «Consenso del paziente e reponsabilità penale del medico: discussione di un caso». In *L'indice Penale*, ano 2, n. 2, 1999, p. 549-592.

Assemelha-se muito ao estado de necessidade²⁹¹, mas aqui a preferência da vítima prevalece, e não uma preferência geral, na forma de senso comum²⁹². Por exemplo, um médico realiza uma transfusão sanguínea para salvar um paciente, mas ocorre que este é testemunha de Jeová e, portanto, não pode passar por tal procedimento. O estado de necessidade é objetivo, então não importa para esse fato subjetivo, de forma que o médico (que não tinha conhecimento da circunstância religiosa do paciente) não será punido.

Quando o bem for indisponível, não se sabendo se há o consentimento, poderá o agente intervir apenas se a situação for de estado de necessidade²⁹³. MOURA destaca ainda que no estado de necessidade há sobreposição de interesses do próprio titular e de um terceiro, mas no consentimento presumido trata-se de colisão entre pessoas diferentes²⁹⁴. Para este segundo o fundamento decisivo é a vontade presumida e não o princípio da ponderação de interesses, como ocorre no estado de necessidade²⁹⁵.

O consentimento presumido é uma espécie de construção normativa do psiquismo do autor sobre a existência objetiva do consentimento do titular do bem. É capaz de justificar a conduta da intervenção alheia no interesse de outrem por conta do princípio de atuação no interesse do afetado ou no princípio da ausência de interesse²⁹⁶, logo se pode falar em duas espécies de consentimento presumido.

A primeira é quando o titular do bem jurídico, por ter uma série de bens ofendidos, acaba por ter uma solução dada por terceira pessoa no processo, como, por exemplo, um membro da família, seguindo um juízo hipotético sobre a solução que daria o titular do bem se estivesse naquela situação. Tal espécie de consentimento ocorre em situações em que a aquiescência não pode ser obtida, mas o titular do bem jurídico consentiria se perguntado (são os casos de estado de inconsciência do titular do bem); e nos casos em que o consentimento do titular do bem jurídico pode ser conhecido, mas, excepcionalmente, não se faz necessário, diante da obviedade da presunção (entrar na casa alheia para apagar incêndio, por exemplo)²⁹⁷.

²⁹¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal...*, p. 438; e ainda CONDE, Francisco Muñoz. «Algunas cuestiones relacionadas com...», p. 472 e s.

²⁹² O consentimento não corresponde à avaliação objetiva dos fatos, mas sim num ato em conformidade com os interesses do lesado. Cf. em CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*. Tomo II, p. 30.

²⁹³ PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal...*, p. 527.

²⁹⁴ MOURA, Bruno de Oliveira. *Ilicitude Penal...*, p. 216.

²⁹⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. «O consentimento do ofendido no novo...», p. 124. Sobre o consentimento presumido não ser uma ponderação de valores cf. CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*. Tomo II, p. 29.

²⁹⁶ MOURA, Bruno de Oliveira. *Ilicitude Penal...*, p. 215.

²⁹⁷ MAURACH, Reinhart; e ZIPF, Heinz. *Derecho Penal...*, p. 299-300.

Já a segunda espécie seria quando o consentimento for amparado pelo princípio da adequação social. O agente acredita numa relação de amizade com o titular do bem jurídico, e por isso pressupõe o assentimento deste em relação à disposição do bem jurídico em questão. O exemplo mais claro disso é quando um amigo pega a bicicleta emprestada de outro sem avisá-lo para utilizá-la e devolvê-la, sem configurar então o furto de uso. Assim, a utilização da bicicleta ocorre no exclusivo interesse do colega, e não no do titular do bem jurídico afetado²⁹⁸.

De qualquer forma, a intervenção na autonomia do titular do bem jurídico é compensada pela necessidade e neutralização do perigo no interesse alheio²⁹⁹. Por isso o consentimento presumido deve ser utilizado em último recurso e apenas nos casos em que é impossível obter-se a expressão da vontade real do portador do bem³⁰⁰.

Alguns autores não distinguem o consentimento presumido do hipotético, o que está errado³⁰¹.

A figura do consentimento hipotético é aquela baseada na lei civil onde o consentimento era inválido, ou seja, tinha um vício em sua formação como um erro ou fraude, e *a posteriori* foi convalidado. Conforme o exemplo de MOURA, quando um paciente é submetido a uma intervenção cirurgica onde o médico esquece um objeto da operação dentro da ferida aberta por ele, e ao perceber o “erro” acaba por enganar o paciente para submetê-lo a uma nova intervenção, sem lhe revelar o verdadeiro motivo daquela. Considera-se que nesse caso, mesmo que o consentimento para a segunda cirurgia tenha sido obtido de forma fraudulenta (portanto inválida), ainda assim a cirurgia seria necessária para se retirar o objeto deixado, o que acaba por convalidar o “consentimento” anterior³⁰².

Interessante destacar a diferença deste instituto entre o ordenamento jurídico-penal português e o alemão, pois para o primeiro, caso o médico tenha que atuar de forma urgente, sem o consentimento de seu paciente que não está em condições de provê-lo, atua

²⁹⁸ COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais...*, p. 307 e s.

²⁹⁹ MOURA, Bruno de Oliveira. *Ilicitude Penal...*, p. 215-216.

³⁰⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. «O consentimento do ofendido no novo...», p. 124-125.

³⁰¹ É o caso de CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*. Tomo II, p. 29-31, que não diferencia as figuras. Para esta diferença, cf. ANDRADE, Manuel da Costa. «Consentimento em direito penal médico – o consentimento presumido». *In Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. 14, 2004, p. 133; e também DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*, p. 488-489.

³⁰² ANDRADE, Manuel da Costa. *Direito penal médico - Sida: Testes Arbitrários, Confidencialidade e Segredo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 59-61; e ainda MOURA, Bruno de Oliveira. *Ilicitude Penal...*, p. 217-218.

ele dentro do consentimento presumido. Já na lei alemã, o médico atua dentro do comportamento lícito alternativo, visto que não há previsão legal para o consentimento presumido. O problema encontra-se quando aquele atuou arbitrariamente e dolosamente deixou de fornecer a informação ao paciente e, portanto, deve ser punido. Esta foi a forma que o ordenamento jurídico alemão conseguiu isentar o médico de punição³⁰³. No ordenamento português o ônus da prova do consentimento, como causa de exclusão da ilicitude, cabe ao médico (art. 342º, n. 2 do Código Civil)³⁰⁴.

3.4 Conclusão parcial

A regulamentação do consentimento do ofendido permite que a lei portuguesa, baseada no entendimento do paradigma dualista, possa desenvolver os moldes e requisitos que legitime essa figura dentro do ordenamento jurídico-penal.

Auxilia também na transformação do Direito Penal numa ferramenta de administração da justiça para a sociedade, atuando de forma pacífica e não apenas como um aplicador de penas³⁰⁵. É claro que essa forma de transformação ainda é uma realidade teórica, de um futuro também distante, pois exigiria uma reorganização estatal muito grande, mas a conciliação entre autor e vítima é capaz de suavizar a intervenção do Direito Penal.

³⁰³ ANDRADE, Manuel da Costa. «Consentimento em direito penal...», p. 133.

³⁰⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 458 e s.

³⁰⁵ O controle social passa a ser mais indireto (com regulamentações), e deixa de ser direto (com a aplicação de sanções).

Capítulo 4

Limites e Vícios do Consentimento

Como foi dito anteriormente, o consentimento surge no século XIX, em meio a formação dos conceitos da doutrina penal como o objeto do crime e do surgimento de uma política criminal mais semelhante com a que se têm hoje em dia. Após a descoberta e efetiva definição desses conceitos e teorias, o consentimento ganha espaço dentro da interpretação da própria norma. O problema, a partir de então, fundar-se-ia principalmente nas interpretações conforme cada período histórico que surgiria³⁰⁶.

Principalmente por tratar-se de um conteúdo “esclarecido” na doutrina portuguesa pela obra de Costa ANDRADE e por ser tipificado pelo Código Penal Português de maneira tão precisa, o consentimento é uma figura um tanto quanto desmistificada em seu conceito. O art. 38º n. 1 diz respeito a *interesses jurídicos* livremente disponíveis e do fato ofender os bons costumes, já o n. 2 refere-se à *vontade*, que deve ser séria, livre e esclarecida³⁰⁷. Porém existem questões que ainda hoje levantam dúvidas, principalmente no que concerne aos seus limites e vícios, os quais serão trabalhados a seguir. Serão desenvolvidos aqui os pressupostos materiais do consentimento³⁰⁸.

³⁰⁶ Isso não significa que o Direito assume uma forma estática na história, com seus conceitos definidos e engessados. Pelo contrário. Ele evolui conforme a sociedade o faz. Basta pensar num período como o Iluminismo e sua forte influência nas teorias penais. Para mais veja-se a regressão histórica em ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 31 e s.; e em MONCADA, Hugo Cabral de. «Do consentimento...», p.189 e s.

³⁰⁷ Estes problemas também são identificados como os mais relevantes por DIAS, Jorge de Figueiredo. «Pressupostos da Punição...», p. 59.

³⁰⁸ Conforme a distinção de critérios formais e materiais do consentimento estabelecida por ANDRADE, Manuel da Costa. «O consentimento do ofendido no novo...», p. 112.

4.1 Limites do consentimento

Os limites materiais do consentimento encontram-se no n. 1 do art. 38º, e podem ser relativos ao bem jurídico em questão ou a cláusula dos bons costumes³⁰⁹. O primeiro caso trata-se, basicamente, da redução teleológica do tipo, já o segundo na eterna discussão acerca da integridade física e no próprio conceito (penal e não o moral) de “bons costumes”.

A maior dificuldade que os ordenamentos jurídicos enfrentam para traçar uma regulamentação é o fato de não existirem opiniões unívocas dos valores ético-sociais (mesmo que a lei penal não dependa destes). Geralmente o legislador espera as forças sociais agirem para tomar algum posicionamento³¹⁰.

4.1.1 Disponibilidade do bem jurídico

Numa constante argumentação dos penalistas entre a liberdade de disposição dos bens jurídicos e a imposição de uma ordem baseada na construção ideal da realidade, os debates entre a rigidez do Estado de Direito (inclusive do Direito Penal e seus dogmas) face à tolerância atribuída a certos bens tidos como disponíveis pela própria lei³¹¹, desenrola-se este ponto que busca afirmar a necessidade da existência do consentimento dentro do ordenamento jurídico.

Para BINDING o consentimento apresenta duas grandes exigências dentro da doutrina penal que irá ser capaz de determinar o limite de sua aplicação: a escolha social e a autonomia individual³¹². A causa que for capaz de sobressair-se nesse conflito determinará se o bem jurídico é disponível ou não e, conseqüentemente, passível de ter sua tutela renunciada pela figura do consentimento.

Numa análise de Costa ANDRADE quanto ao objeto do crime, pode-se perceber a linha tênue que se criou relativa à definição deste. Ao longo da evolução das teorias,

³⁰⁹ Portanto tem sua eficácia limitada. Cf. BADR, Mohamed Abdel Aziz. *L'influence du consentement...*, p. 55.

³¹⁰ MAURACH, Reinhart; e ZIPF, Heinz. *Derecho Penal...*, p. 289.

³¹¹ ANDRADE, Manuel da Costa. «O consentimento do ofendido no novo...», p. 96.

³¹² BINDING, *Die Normen apud* ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 77.

percebe-se a aproximação entre interesse e bem jurídico, num duelo sobre qual representaria melhor o objeto do crime³¹³.

BIRNBAUM criou o conceito de bem jurídico³¹⁴. Era uma consideração puramente relativa à teoria social iluminista. Entretanto o direito desprende-se desse conceito social e criou o conceito positivo³¹⁵, que teve como maior representante BINDING, o qual afirmou que somente a lei seria capaz de definir e criar o bem jurídico e, conseqüentemente suas formas de proteção³¹⁶.

Posteriormente o conceito passou a ter um caráter mais político-criminal com a definição de LISZT, onde os bens jurídicos não seriam criações do direito, mas sim da vida. São os interesses humanos (transjurídicos) tutelados pela ordem jurídica. Logo é a vida que cria essa importância para o ordenamento e não o contrário³¹⁷.

Hoje há uma tentativa de substituir-se o conceito de bem jurídico pelo de *danosidade social*, conforme a doutrina funcionalista sistêmica-social impõe³¹⁸. Mas a verdade é que mesmo depois dos conceitos devidamente explicitados, a dúvida quanto ao conceito dogmático de bem jurídico ainda instiga a doutrina penal à imensa discussão.

De qualquer forma, há uma clara diferença entre os dois principais conceitos de bem jurídico na doutrina alemã, elaborados por BINDING e LISZT. Para o primeiro autor, a justificação do consentimento encontra-se na dispensa da tutela pelo próprio direito. Já para o segundo a realidade que indica a tutela (ou a falta dela), o que restringe significativamente o âmbito de validade e eficácia³¹⁹.

Este trabalho prefere adotar o conceito elaborado por Figueiredo DIAS, baseado numa concepção teleológico-funcional e racional, onde o bem jurídico deve possuir um conteúdo material que preencha sua qualidade de utilidade do próprio conceito material de crime; deve também servir como padrão crítico da *lex lata* e da *lex ferenda* para se arvorar

³¹³ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 40-41; e MAURACH, Reinhart; e ZIPF, Heinz. *Derecho Penal...*, p. 285-287.

³¹⁴ Em 1834 no artigo *Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens im besonder Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*. Mesmo que o autor não tenha usado propriamente o termo bem jurídico, referiu-se a ele dentro do esperado para aquela época. O conceito foi amadurecendo com o passar do tempo. Para mais cf. ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 51-53; e DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal...*, p. 115.

³¹⁵ AMELUNG, *Rechtsgüterschutz apud* ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 36.

³¹⁶ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 64-65

³¹⁷ VON LISZT, Franz. *Tratado de derecho penal*. Tomo II. Tradución Luis Jimenez de Asua. Madrid: Editorial Reus, 1999, p. 6. Para essa passagem de entendimentos cf. ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 66 e s.

³¹⁸ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 41.

³¹⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 80 e s.

o critério de legitimação da norma, e por fim deve ser relevante, consolidado e orientado pela própria política criminal que o cerca no sistema jurídico³²⁰.

O âmbito de aplicação do consentimento, isto é, aquilo que poderá ser objeto do consenso, baseia-se no critério tradicional e quase indiscutível entre os autores (nacionais e estrangeiros) da (in)disponibilidade de determinado bem jurídico. A doutrina parte do pressuposto de que determinados bens individuais, por exemplo, como a *vida* e a *integridade física* (em parte) são indisponíveis, e que por causa disso o consentimento não poderia ser aplicado³²¹. Resta então traçar e saber qual o *limite* de um bem individual indisponível ao seu titular e até onde será considerada a liberdade desta disponibilidade pelo sujeito.

Individual porque o mais plausível, porém não de todo seguro, seria associar o critério da (in)disponibilidade à divisão entre bens jurídicos de valores individuais e coletivos³²². Bens disponíveis seriam aqueles de *interesse individual*, e bens indisponíveis seriam os de *interesse coletivo*. A partir daí, torna-se importante definir o liame entre bem de interesse essencialmente coletivo e bem de interesse individual.

Tem-se por *bem de interesse coletivo* aquele que seria exclusivamente da comunidade, e que ao sofrer uma lesão desestabilizaria o agrupamento social. É aquele que, quando lesado, ameaça a continuação e desenvolvimento da comunidade. Quando o bem em questão for de imprescindibilidade para o coletivo, não poderá dispor-se dele, pela razão óbvia de envolver interesses difusos. Para a validade do consentimento, é necessária a emissão de vontade por parte de todos os seus titulares, o que se torna inviável diante da multi-titularidade dessa espécie de bem. Assim se faz necessário determinar os bens que efetivamente sejam essenciais, imprescindíveis à manutenção da sociedade, que dada uma lesão prejudique o elo social³²³.

³²⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal...*, p. 116-117. Sobre o critério de punição do Código Penal face à lesão de bens com dignidade penal veja-se IDEM. «Os Novos Rumos da Política Criminal e o Direito Penal Português do Futuro». *In Revista da Ordem dos Advogados*, v. 43. Lisboa, 1983, p. 11 e s.

³²¹ SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Português...*, p. 128.

³²² DIAS, Jorge de Figueiredo. «Pressupostos da Punição...», p. 60; e PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal...*, p. 520-521. Conforme explica Costa ANDRADE a respeito do entendimento de SCHAPER, o autor começa a organizar as infrações penais em duas categorias: as que ferem bens coletivos e as que lesam bens individuais. Sendo que o consentimento só é possível para o segundo tipo de crime. Cf. ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 79.

³²³ A maioria dos problemas (de legitimidade) relacionados aos bens jurídicos coletivos dá-se por conta da existência de falsos bens jurídicos, em contrapartida com os bens jurídicos genuinamente coletivos. Explica GRECO que os falsos (pseudo-bens jurídicos coletivos) servem para esconder os problemas de legitimidade da antecipação de tutela. É o caso do bem jurídico no tráfico de estupefacientes, onde a técnica de tutela era abstrata em relação à *vida* como bem jurídico tutelado. O legislador preferiu trocar a técnica para um crime

Os demais seriam os *bens de interesse individual*, e sobre eles seria livre o exercício da autonomia do seu titular, sendo possível de todo prevalecer o valor da liberdade de ação a cargo do seu portador, tanto no sentido de preservá-los, quanto no de violá-los, desde que não atente contra os princípios e direitos fundamentais estabelecidos pela ordem jurídica.

Portanto parece que os principais bens seriam os de natureza coletiva, em decorrência da necessidade do homem viver em sociedade³²⁴. Eles são os fundamentais para a existência do grupo social, o que, em última análise, são igualmente fundamentais para a manutenção do ser individual.

Os interesses individuais são traduzidos para bens de cunho pessoal³²⁵ e patrimonial³²⁶. Estes últimos são livremente disponíveis³²⁷. Porém nem todos os de natureza pessoal são disponíveis (principalmente quando são direitos de personalidade). Há certos limites e respeito da disposição destes³²⁸.

Quanto a disponibilidade do bem jurídico *vida* verifica-se que não é tão simples a ordem jurídica dispor de sua tutela ao indivíduo, pois trata-se de um bem que deve ser conservado por toda coletividade³²⁹. Já a *integridade física* tem um limite um pouco mais brando quanto a sua conservação, sendo ele restringido principalmente pelos *bons*

de lesão (mais concreta) sobre um bem jurídico coletivo (menos concreto que o individual por ser uma abstração) denominado de *saúde pública*. Nota-se que o único motivo para se proteger tal bem transindividual é para suprimir o caráter fictício da proteção de um bem individual, esse “vício de legitimação”. Já os genuinamente coletivos, como a *eficiência da administração pública*, a *ordem econômica* e o *ambiente*, não possuem problemas de legitimação visto que não são aparentes, mas sim efetivamente dignos de tutela. GRECO, Luís. «Princípio da ofensividade e Crimes de perigo abstrato». *In Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 49, 2004, p. 111-116. Outros exemplos em MACHADO, Fabio Guedes de Paula, e MOURA, Bruno. «Perspectivas político-criminais e dogmáticas do direito penal no contexto da sociedade de riscos». *In Revista de Ciências Penais*, ano 8, n. 15, 2011, p. 367-368. Entendimento divergente quanto ao delito de tráfico, cf. MIR, José Cerezo. «Los delitos de peligro abstracto em el ámbito del derecho penal del riesgo». *In Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 10, 2002, p. 57; Sobre os bens jurídicos aparentes como a “saúde pública” cf. HEFENDEHL, Roland. «El bien jurídico como eje material de la norma penal». *In La teoría del bien jurídico*. Roland Hefendehl (ed). Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 191-193. Lembrando que ainda assim não há propriamente um consenso entre quais bens jurídicos são genuinamente coletivos ou não.

³²⁴ Conforme os princípios da solidariedade e da corresponsabilidade social que afloram cada vez mais dentro do Direito Penal. ANDRADE, Manuel da Costa. «O consentimento do ofendido no novo...», p. 96.

³²⁵ São os crimes contra a pessoa: contra a vida, a integridade física, a liberdade, a honra e a reserva da vida privada.

³²⁶ SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Português...*, p. 128; e ANDRADE, Manuel da Costa. «O consentimento do ofendido no novo...», p. 113.

³²⁷ Sua disponibilidade é regra. ANDRADE, Manuel da Costa. «O consentimento do ofendido no novo...», p. 113.

³²⁸ Um exemplo de bem jurídico pessoal disponível no Código Penal é o art. 149º que afirma “a integridade física considera-se livremente disponível”.

³²⁹ SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Português...*, p. 128; e PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal...*, p. 520-521. Sobre o bem jurídico *vida* cf. GODINHO, Inês Fernandes. *Eutanásia, homicídio a pedido...*, p. 93 e s.

costumes (assunto este que será tratado no tópico a seguir) e não propriamente pela disponibilidade do bem³³⁰.

A preservação destes bens pessoais é garantida pela sua autonomia que não está diretamente vinculada apenas ao seu portador, independentemente da titularidade deles. São bens de densidade considerável (extremamente rígidos), que protegem diretamente direitos e garantias fundamentais³³¹, fato esse que os torna quase intocáveis pela vontade individual.

O bem jurídico *vida* é seguramente indisponível em face de terceiros, como ocorre nos crimes do art. 134º e art. 135º do Código Penal. Porém não se pune mais o suicídio, logo sua autolesão é permitida³³². A lei permite ainda que a pessoa tenha autonomia suficiente para recusar um tratamento médico (art. 158º). Isso expressa a vontade do legislador em permitir que a vida seja disponível apenas por parte do titular, mas nunca diante terceiros³³³.

Mas por quê? E para os casos onde há homicídio a pedido da vítima? Parece claro que quando é por meio de outra pessoa não compreende propriamente uma hipótese de suicídio³³⁴. Um dos exemplos mais clássicos e ainda recente quanto à disposição da *vida* por terceiros é a eutanásia³³⁵.

³³⁰ Na prática confunde-se muito o limite da disponibilidade com o dos bons costumes. Cf. ANDRADE, Manuel da Costa. «O consentimento do ofendido no novo...», p. 115.

³³¹ Irrenunciáveis, cf. MAURACH, Reinhart; e ZIPF, Heinz. *Derecho Penal...*, p. 292. Quanto mais denso o bem jurídico tutelado, mais branda pode ser a forma de sua tutela. Ou seja, para os bens jurídicos individuais, a melhor forma de tutela seriam os crimes de perigo abstrato, onde a mera possibilidade de dano já é punida. Cf. HASSEMER, Winfried, e CONDE, Francisco Muñoz. *La responsabilidad por el producto em derecho penal*. Valência: Tirant Lo Blanch, 1995, p. 57; SOUSA, Susana Aires de. «Responsabilidade criminal por produtos defeituosos». *In Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 76, 2009, p. 115-116; e GRECO, Luís. «Princípio da ofensividade...», p. 111 e s, onde propõe a distinção entre crimes de perigo abstrato legítimos dos ilegítimos na p. 126. Para um conceito de hierarquia (densidade) dos bens jurídicos cf. RODRIGUES, Joana Amaral. «A teoria do bem jurídico-penal: várias dúvidas e uma possível razão». *In Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 23, n. 2, 2013, p. 194-195. Uma crítica à técnica atual ao objeto de tutela do direito penal cf. COSTA, José de Faria. «Sobre o objecto de protecção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não liberal». *In Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 142, n. 3978, 2013, p. 172.

³³² Vide nota 27. E ainda ROXIN, Claus. *Derecho Penal...*, p. 529 e s.

³³³ Ainda que se tente justificar que o terceiro esteja cumprindo a vontade de quem consentiu, sendo um meio, o desejo de morrer não pode se equiparar ao pedido de ser morto. Cf. ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 213.

³³⁴ Alguns autores discutem não haver diferença, neste caso, entre autolesão e lesão consentida, por se tratar de uma autolesão mediata. Veja-se ANDRADE, Manuel da Costa. «O consentimento do ofendido no novo...», p. 114 (nota 28).

³³⁵ Quanto aos tipos e conceitos médicos cf. a parte dois da obra de GODINHO, Inês Fernandes. *Eutanásia, homicídio a pedido...*, p. 225 e s.

Esta forma de concessão é fundada pela autodeterminação do indivíduo, que por sua vez tem raízes nos princípios constitucionais da liberdade e da dignidade da pessoa humana³³⁶. A eutanásia é uma forma de autonomia do doente e, se friamente analisada, pode corresponder aos requisitos necessários de um consentimento válido (bem pessoal, capacidade, anterior ao fato, entre outros). Porém a lei penal condena o homicídio a pedido da vítima (art. 134º do Código Penal).

Na sociedade atual a autodeterminação só recua em face da vontade coletiva³³⁷. Proteger um dos bens jurídicos mais relevantes é garantir a *vida* de todos acima de qualquer vontade, mas essencialmente é aceitar que a autolesão seja permitida, pois essa não será capaz de atingir o sistema social de forma relevante, e negar a heterolesão consentida por esta sim ser capaz de gerar uma interação complexa entre os indivíduos³³⁸.

Diante disso, conforme CORREIA explica, deve-se identificar se os indivíduos são mesmo os únicos titulares do bem jurídico envolvido no consentimento ou se àquela vontade pode vir a representar uma ameaça para a ordem jurídica³³⁹.

Se o bem é disponível por lei torna-se desnecessário falar de uma ficção do ilícito³⁴⁰. O que se pretende defender com isso não é a restrição da autonomia. Ao contrário. A sua ampliação, a partir da quebra do tabu da (in)disponibilidade de determinados bens, que na sua essência não são bens de interesse coletivo, o que geraria um maior espaço de exercício da liberdade do indivíduo³⁴¹. Contudo, sem banalizar a *vida* e a *integridade física*, pois se compreende que sua proteção se estende além da questão penal, mas é também filosófica e social, motivo pelo qual o legislador agiu corretamente em proteger sua disposição além da vontade individual³⁴².

De qualquer forma negar totalmente o consentimento não significa somente um retrocesso na teoria penal como seria também um absurdo, pois se sabe que a vítima possui

³³⁶ GODINHO, Inês Fernandes. *Eutanásia, homicídio a pedido...*, p. 104.

³³⁷ MAURACH, Reinhart; e ZIPF, Heinz. *Derecho Penal...*, p. 289.

³³⁸ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 213-214. A pessoa que se dispunha a cumprir a vontade de outrem num homicídio a pedido seria completamente instrumentalizada. Cf. GODINHO, Inês Fernandes. *Eutanásia, homicídio a pedido...*, p. 122-123.

³³⁹ CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*. Tomo II, p. 23. Sobre Ordem Jurídica veja-se a primeira parte de BRITO, Teresa de Quintela. *O Direito de Necessidade...*, p. 20 e s.

³⁴⁰ Como se discute nos crimes de perigo abstrato. COSTA, José de Faria. *O perigo...*, p. 635.

³⁴¹ E arcar com as consequências, cf. SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal: Parte Geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p. 267. ANDRADE indica que estabelecer o critério de disponibilidade é uma forma de limitação da autonomia, cf. ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 333 e s.

³⁴² Sobre essas características veja-se mais em GODINHO, Inês Fernandes. *Eutanásia, homicídio a pedido...*, p. 140 e s.

inúmeras maneiras de frustrar a persecução penal, como por exemplo, se ela não fizer a acusação particular ou renunciar à queixa, conceder o perdão, entre outros³⁴³. Por isso a lei deve ser capaz de ponderar seus institutos para que um não anule o outro.

4.1.2 Bons costumes

Os bons costumes são uma cláusula geral para ser aplicada a todos os bens disponíveis que possam submeter-se ao consentimento³⁴⁴. Porém a sua aplicação, na realidade, limita-se à integridade física³⁴⁵. Motivo este pelo qual o Código Penal Português criminaliza apenas condutas que tem o caráter lesivo aos bens jurídicos com dignidade penal, afastando-se de um conceito ambíguo que paira sobre a danosidade social³⁴⁶.

Por exemplo, no crime de ofensa a integridade física o próprio Código Penal determina que haja livre disposição do corpo (art. 149º). Portanto, para efeito de consentimento, a “integridade física” considera-se livremente disponível. Todavia, quando essa ofensa for contrária aos bons costumes, ela não estará abrangida pela excludente de ilicitude ou tipicidade³⁴⁷.

Mas afinal o que são os *bons costumes*? Antes de tudo deve-se perceber que este conceito, para o Direito Penal, não é o mesmo utilizado para um critério de ética e moralidade³⁴⁸. Não possui seu conceito numa norma. Para determiná-lo “tomam-se em

³⁴³ ANDRADE ainda apresenta a hipótese de, na esfera civil, o ofendido “alterar a teia” da relação jurídica ANDRADE, Manuel da Costa. «O consentimento do ofendido no novo...», p. 99.

³⁴⁴ *Stricto sensu* (causa de exclusão da ilicitude) pois o *acordo* não é atingido por tal limite. Cf. os argumentos apontados por ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 559-560. Dentre aqueles que entendem não haver diferenciação entre a aplicação dos bons costumes no *acordo* ou no consentimento cf. ROXIN, Claus. *Teoria del tipo penal – tipos abiertos y elementos del deber juridico*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1979, p. 206; IDEM, *Derecho Penal...*, p. 516; e JAKOBS, Günther. *Derecho Penal...*, p. 291.

³⁴⁵ Por exemplo, ao tentar enquadrar os bons costumes nos crimes contra o patrimônio, quando o proprietário de um imóvel permite (ou mesmo ordena) que seu empregado ateie fogo ao mesmo para receber a indenização do seguro, se o consentimento for válido, poderia se responsabilizar o funcionário por dano e absolver seu patrão, já que este não destruiu coisa *alheia* móvel. Cf. ANDRADE, Manuel da Costa. «O consentimento do ofendido no novo...», p. 115; e IDEM. *Consentimento...*, p. 537.

³⁴⁶ Veja-se nota 249. Esse limite dos bons costumes vem igualmente retratado no Código Civil em seu *Artigo 340º* - Consentimento do lesado: “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 legal ou aos bons costumes; 3. Tem-se por consentida a lesão, quando esta se deu no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível”.

³⁴⁷ *Artigo 149º* - Consentimento: “2 - Para decidir se a ofensa ao corpo ou à saúde contraria os bons costumes tomam-se em conta, nomeadamente, os motivos e os fins do agente ou do ofendido, bem como os meios empregados e a amplitude previsível da ofensa”. E ainda veja-se PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal...*, p. 521; e MAURACH, Reinhart; e ZIPF, Heinz. *Derecho Penal...*, p. 300.

³⁴⁸ A cláusula dos bons costumes é um dos pontos de contato entre o direito penal e a moral. Cf. COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais...*, p. 304.

conta, nomeadamente, os *motivos* e os *fins* do agente ou do ofendido, bem como os *meios* empregados e a *amplitude* previsível da ofensa”. Entretanto deve-lhes ser atribuído um conteúdo útil³⁴⁹.

São uma restrição à eficácia do consentimento em função da gravidade do fato ilícito e da culpabilidade, juntamente com a restrição que resulta de uma reprovação daquele pela moral comum. Geralmente são casos mais extremados, como por exemplo, é impossível haver consentimento nos casos de tráfico de pessoas³⁵⁰.

Segundo Costa ANDRADE expõe, são inúmeros autores que discordam da existência de tal instituto dentro da dogmática penal³⁵¹. Isto porque, conforme é possível de verificar-se com a falta de *precisão objetiva* no seu conteúdo e definição, pautar a sanção de uma conduta num critério aparentemente subjetivo, parece um tanto quanto inseguro³⁵².

Tentando justificar a utilização a cláusula dos bons costumes, ROXIN diz que a sua aplicação não pode estar vinculada a uma aplicação de valor apenas subjetivo (individual de um juiz), porque isso sim seria inconstitucional. Mas se a condenação basear-se numa forma mais objetiva da aplicação dos bons costumes (semelhante a um princípio de orientação), onde não haja dúvidas de que aqueles foram violados, a punição poderá ser aplicada³⁵³.

Entretanto, mesmo diante dessa justificação, parece ainda que o critério é muito subjetivo, pois o que pode óbvio para uma pessoa pode não ser para outra. O exemplo de classe é quando alguém resolve cortar a própria mão para tornar-se o “Capitão Gancho” de *Peter Pan*. Aparentemente não parece uma escolha razoável diante dos bons costumes (analisando-se principalmente o *motivo*). Porém, qual o fundamento jurídico capaz de delimitar quais condutas devem ser abrangidas pelos bons costumes?

³⁴⁹ COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais...*, p. 304-305; e ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 541-543.

³⁵⁰ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal, Parte Geral I - A Lei Penal e a Teoria do Crime* no Código Penal de 1982. Reimp. Lisboa: Editorial VERBO, 1997, p. 252; ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 559; e DIAS, Jorge de Figueiredo. «Pressupostos da Punição...», p. 60.

³⁵¹ Exceto na doutrina alemã, cf. ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 538-541.

³⁵² ZIPF, *Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht*, apud ANDRADE, Manuel da Costa. «O consentimento do ofendido no novo...», p. 116.

³⁵³ O autor ainda defende o critério de antimoralidade como forma de punição as lesões à integridade física. Veja-se Claus ROXIN, «Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht», apud ANDRADE, Manuel da Costa. «O consentimento do ofendido no novo...», p. 116-117. Ainda faz menção ao caráter reprobatório a condutas sadomasoquistas que, em sua opinião ferem os bons costumes diretamente: ROXIN, Claus. *Derecho Penal...*, p. 530 e s.; e WELZEL, Hans. *Derecho Penal...*, p. 138.

Em se tratando do consentimento, os valores atribuídos aos bons costumes devem ser tanto socialmente aceitos, como assegurados no ordenamento jurídico na forma de princípios fundamentais e de bens jurídico-penais autônomos³⁵⁴.

Para entender melhor, no que tange à integridade física, este trabalho concorda com o posicionamento adotado por alguns autores onde somente são abrangidas pelo consentimento as lesões de natureza leve, sendo então punidas as de natureza grave e irreversível³⁵⁵.

Percebe-se que para tentar suprimir a problemática da disponibilidade dos bens discutida no ponto anterior, o legislador teve de recorrer aos bons costumes como um critério “objetivo” relativo aos bens jurídicos atingidos. Mas, ao mesmo tempo, teve o cuidado de não considerar esta cláusula (tão aberta) de maneira desenfreada³⁵⁶.

Novamente, o que agrava a condição é que para a ordem jurídica permitir que um terceiro “invada” a esfera individual de outrem, mesmo com o seu consentimento, a fim de lhe causar um perigo ou uma lesão é muito delicado e arriscado. Motivo esse pelo qual a lei inseriu um critério aparentemente subjetivo (que não é), mas que permite uma segunda análise antes de possibilitar que um bem seja disposto³⁵⁷. É mais uma forma de valorar e assegurar um limite ao consentimento³⁵⁸.

Diante disso, apesar da disponibilidade do bem jurídico, a lei acaba por valorar a lesão mais relevante do que a auto-realização do seu titular³⁵⁹.

³⁵⁴ Serem cristalizados de forma inequívoca e objetiva em lei. ANDRADE, Manuel da Costa. «O consentimento do ofendido no novo...», p. 117.

³⁵⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal - Aditamentos aos Sumários...*, p. 23; IDEM. «Pressupostos da Punição...», p. 59; ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 546; e ainda CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito Penal - Parte Geral*. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 452; COSTA, José de Faria. «Formas do Crime». In *Centro de Estudos Judiciários - Jornadas de Direito Criminal*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1983, p. 60.

³⁵⁶ Por exemplo ela não está presente nos crimes sexuais, o que impossibilita qualquer tipo de valoração dúbia quanto a estes. Exemplos em MAURACH, Reinhart; e ZIPF, Heinz. *Derecho Penal...*, p. 301. Sobre o problema do *acordo* nestes cf. LEITE, Inês Ferreira. «A tutela penal da liberdade sexual». In *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, v. 21, 2011, p. 87 e s.; e quanto a evolução para os menores de idade veja-se ALFAIATE, Ana Rita. *A relevância penal da sexualidade dos menores*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 26 e s., e 87. Já relativo a “participação” da vítima nos crimes sexuais cf. ANDRADE, Manuel da Costa. «O novo Código Penal e a moderna...», p. 216 e s.

³⁵⁷ A opção do texto de lei deve ser sempre do ponto de vista jurídico, buscando afastar-se do conceito puramente moral. Cf. COSTA, José de Faria. «A análise das formas...», p. 295.

³⁵⁸ Compilar a consciência jurídica com os “limites sociais do *jus abutendi*”. Cf. ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 559.

³⁵⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal...*, p. 483.

4.2 Vício de vontade

Os vícios do consentimento podem ser vários. Este trabalho preocupou-se em elaborar apenas aqueles em relação ao erro, mais especificamente ao *erro da vontade do portador do bem jurídico*. Sem dúvida que a problemática do erro é enorme dentro do Direito Penal, mas por razões óbvias, reconhece-se isso e então as outras formas de erro não serão abordadas aqui³⁶⁰.

Um dos requisitos de validade para o consentimento (descrito no Capítulo 3 dessa tese) é a inequívoca vontade quanto à disposição do bem jurídico lesado. Esta também pode ser revogada antes da execução da conduta, contudo não podendo ser proferida após o fato, sendo considerado um *perdão* e não mais o consentimento.

Então qual seria o problema relacionado à vontade que atinge o consentimento? O *erro-vício* (ou engano) e seus desdobramentos como a coação³⁶¹.

O engano frustra o primeiro requisito da vontade livre e inequívoca. Este pode decorrer do próprio emanador da vontade ou devido à intervenção de um terceiro (visto a seguir). Veja-se ainda que não se trata da ignorância das circunstâncias (engano em *stricto sensu*), mas sim de um equívoco face ao bem jurídico e das circunstâncias em que ele consente³⁶².

³⁶⁰ Se o autor achou que estava agindo com o consentimento mas não estava, recai no erro de proibição. É o caso, por exemplo, do indivíduo que supõe estar agindo com a justificante e mata seu amigo. Ocorre a exclusão da pena do homicídio e aplica-se a sua forma privilegiada. Há grande discussão a respeito disso, se incidiria uma diminuição do injusto ou uma atenuação da culpabilidade. Sobre isso e os erros nas causas de justificação veja-se BARREALES, María A. Trapero. *El error en las causas de justificación*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004, p. 164-165. Sobre tudo e os outros tipos de erro no consentimento, como em relação ao bem jurídico, cf. ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 479, 564 e s., e 572.

³⁶¹ Inúmeras são as explicações quanto ao *erro-vício*, disposto no art. 251º do Código Civil Português. Entretanto cabe ao trabalho ressaltar que discorda do conceito que confunde este com o erro de declaração. Portanto, “[n]o caso do *erro-motivo* ou *erro-vício* há conformidade entre a vontade real e a vontade declarada. Somente, a vontade real formou-se em consequência do erro sofrido pelo declarante. Se não fosse ele, a pessoa não teria pretendido realizar o negócio, pelo menos nos termos em que o efectuou”, em VARELA, João de Matos Antunes; e LIMA, Pires de. *Código Civil Anotado*, v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 235.

³⁶² PEÑA, Diego Manuel Luzón. «El consentimiento en Derecho Penal...», p. 32. O autor explica o *erro-vício* na formação da vontade, que em sentido estrito será o *erro sobre as circunstâncias*, mas que em sentido amplo inclui também o desconhecimento das mesmas. Qualquer uma das situações leva a que haja erro na formação da vontade, porque se o ofendido tem conhecimento dessas (não agindo em ignorância), ou tivesse representado ou conhecido a realidade sem o erro não teria consentido, ou teria consentido em termos diferentes. É um erro nos *motivos* que determinam a vontade, por isso a doutrina alemã trata-o por *erro-motivo*. Cf. PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 505.

Antes de tudo, verifica-se que aqui não é aplicada integralmente a teoria civil de vícios de vontade. Cada erro tem uma solução diferente, importando saber também se houve *acordo* ou consentimento, pois as figuras têm resultados diferentes. Por exemplo, a coação exclui sempre a eficácia do consentimento, entretanto, para o engano, só se anula a validade da concordância quando este afeta a quantidade e a qualidade da ingerência consentida³⁶³. O erro na declaração da vontade também não transforma o consentimento em ineficaz, pois se deve proteger o autor do fato, que só agiu em virtude da declaração do ofendido, mesmo que este tenha errado nela³⁶⁴.

Desta forma, a melhor maneira de verificar se o consentimento é atingido pelo erro ou não, é perguntando-se se houve *referência ao bem jurídico*. Definir este conceito é complicado, mas seria algo semelhante ao de se interferir no conhecimento claro daquilo que se renuncia, comprometendo assim sua validade³⁶⁵ e fazendo o erro ser *relevante*. O fato é que se desenvolveu uma forma mais simplificada de estabelecer-se se o erro é capaz de anular a concordância do sujeito: deve-se olhar o *objeto* do erro³⁶⁶.

Esse critério elaborado por ARZT foi de que o consentimento só seria anulado se o erro tivesse a capacidade de afetar o bem jurídico (o objeto), ou seja, somente se o erro fosse relevante para esse em específico³⁶⁷. É caso, por exemplo, de uma pessoa que aceita levar uma injeção para curar uma doença, mas desconhece os efeitos nocivos (colaterais) que aquela pode representar à sua saúde³⁶⁸.

³⁶³ PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal...*, p. 526. Conforme considera ROXIN, o erro-vício (equivoco cometido pelo próprio sujeito) não é capaz por si só de viciar o consentimento. ROXIN, Claus. *Derecho Penal...*, p. 550.

³⁶⁴ O autor não tinha como saber que a declaração estava viciada. JESCHECK, Hans-Heinrich; e WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal...*, p. 522; PEÑA, Diego Manuel Luzón. «El consentimiento en Derecho Penal...», p. 32; PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal...*, p. 526; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; e ALAGIA, Alejandro; e SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal...*, p. 502; JESCHECK, Hans-Heinrich; e WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal...*, p. 410; ROXIN considera que o Direito pode levar em consideração o que foi manifestado, exteriorizado, a não ser que o equivoco na declaração fosse perceptível pelo agente. ROXIN, Claus. *Derecho Penal...*, p. 551.

³⁶⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 579 e s. E ainda conforme NOLL explica “no consentimento do ofendido só são essenciais os vícios da vontade se e na medida em que eles contendem com motivos determinantes para o abandono do bem jurídico lesado”. NOLL, *Übergesetzliche*, apud IBIDEM, p. 576.

³⁶⁶ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 564. Geralmente o erro causa nulidade no consentimento, a não ser que este ocorra nas motivações de quem o proferiu. Cf. PEÑA, Diego Manuel Luzón. «El consentimiento en Derecho Penal...», p. 33.

³⁶⁷ Mencionado por CASABONA, Carlos Maria Romeo. *El médico y el Derecho...*, p. 349; JESCHECK, Hans-Heinrich; e WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal...*, p. 410-411; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; e ALAGIA, Alejandro; e SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal...*, p. 502; e ROXIN, Claus. *Derecho Penal...*, p. 545.

³⁶⁸ Se o erro recai na contraprestação, o consentimento não é afetado pois o bem jurídico não foi atingido. PEÑA exemplifica com uma pessoa que se propõe a doar sangue em troca de dinheiro, mas não o recebe;

Parece um bom argumento, porém não se deve esquecer que o consentimento não é composto apenas pelo seu objeto (no caso o bem jurídico), mas por uma série de outros *requisitos*, complementares, que permitem a validade do mesmo. A vontade é um (importante) deles. Reduzir a validade deste instituto apenas ao seu objeto afetado seria o mesmo que excluir os outros pressupostos que a lei implica. O *erro-vício*, por exemplo, pode afetar apenas a motivação do sujeito, fazendo com que este se equivoque num elemento típico, como a forma de afetação daquele bem consentido³⁶⁹. Logo, o erro na *formação* da vontade tem que ser causa de anulação do consentimento.

Segundo o modelo dualista original de GEERDS, o consentimento como causa de justificação só seria inválido caso houvesse erro na *ausência de conhecimento* por parte do portador do bem³⁷⁰. Para se excluir a ilicitude é necessário ter conhecimento do conteúdo e do alcance do consentimento³⁷¹. Porém isso não é aplicado para os casos de *acordo* (atipicidade). Esta figura não pode ser atingida com os vícios da capacidade, liberdade ou mesmo do esclarecimento neste assentimento³⁷². Sua natureza seria puramente fática, sendo, em muitos casos, até desnecessário o seu conhecimento pelo autor³⁷³. Costa ANDRADE cita o exemplo da violação, onde a simples disponibilidade da mulher para as relações sexuais excluiria o crime³⁷⁴, mesmo que aquele não tivesse conhecimento desta “vontade”. Entretanto alguns autores criticam essa posição (principalmente os alemães), pois discordam que o *acordo* seja “intocável” quanto aos vícios³⁷⁵.

A doutrina majoritária pretende, cada vez mais, expandir o alcance do erro como causa de ineficácia do consentimento, exceto no que tange ao *erro nos motivos de*

mesmo assim não se pode anular o consentimento visto que sua integridade física não foi violada. Cf. PEÑA, Diego Manuel Luzón. «El consentimiento en Derecho Penal...», p. 34.

³⁶⁹ No mesmo entendimento, PEÑA exemplifica que um homem estranho entra na casa de uma mulher, que está embriagada e, acreditando ser seu marido, e tem relações sexuais com este. Poder-se-ia sustentar que ela consentiu com o ato sexual e há um erro (irrelevante) apenas no porquê ele adentrou a residência, mas na realidade seu consentimento é inválido porque ela não queria ter tido relações com aquele, mas sim com seu marido, tendo afetada então apenas sua compreensão e valoração. PEÑA, Diego Manuel Luzón. «El consentimiento en Derecho Penal...», p. 35-36.

³⁷⁰ Como conclui ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 668.

³⁷¹ PEÑA, Diego Manuel Luzón. «El consentimiento en Derecho Penal...», p. 28.

³⁷² GEERDS, *GA 1954*, apud ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 145-146.

³⁷³ No *acordo* só é possível se discutir quando o objeto deste não é passível de disponibilidade. PEÑA, Diego Manuel Luzón. «El consentimiento en Derecho Penal...», p. 28 e 37.

³⁷⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. «O consentimento do ofendido no novo...», p. 101. Entretanto o autor enfatiza que, na sua opinião, o acordo não é plenamente imune aos vícios da vontade por se tratar de uma expressão de liberdade pessoal. Cf. ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 147.

³⁷⁵ O *acordo* não é autônomo, mas sim uma interpretação do tipo, logo não poderia ser diferente. MAURACH, Reinhart; e ZIPF, Heinz. *Derecho Penal...*, p. 289-290.

declaração ser capaz de tornar o consentimento ineficaz³⁷⁶, englobando qualquer outra forma de fraude induzida ou espontânea³⁷⁷.

Este erro é, por exemplo, o caso da vizinha que inventa um pretexto para olhar os móveis de outra casa, tendo a permissão para entrar na residência, sendo, portanto, o consentimento válido mesmo que o motivo seja falso. Igualmente continua sendo válido quando uma pessoa opera a outra fingindo ser o médico mais qualificado do hospital (veja-se que ela também é médica e apta para realizar aquela cirurgia), o que não permite a exposição do bem jurídico ao perigo, ou seja, o erro sobre a qualidade do autor não é suficiente para tornar ineficaz o consentimento (claro que nesse caso concorrem outras responsabilidades e indenizações que não interessam a este trabalho discutir), mas novamente não atinge o consentimento. E ainda age em erro quem emite uma declaração diferente da sua real vontade, sem ser coagido, tornando óbvia a não punição do agente que atuou sob a falsa declaração de vontade do ofendido³⁷⁸.

Alguns casos exigem que a forma do consentimento seja devidamente informada. É necessário que haja certo formalismo para assegurar a validade da conduta. Isso ocorre, por exemplo, no consentimento médico, onde o paciente deve declarar sua vontade, sem vícios, por escrito antes de submeter-se a certos procedimentos como a doação de órgãos ou o aborto³⁷⁹. Evidentemente esse acordo pode sofrer algumas alterações quando o paciente não deseja ser informado, porque não percebe ou não quer saber, das condutas que poderão ser realizadas no procedimento, pois este confia plenamente em seus médicos³⁸⁰.

Além do *erro-vício*, existem outras formas de prejudicar a vontade do indivíduo como a ameaça, a coação e a fraude. Mesmo concordando com a tese dualista, parece estranho assumir que toda forma de coação ou ameaça é *incapaz* de anular o *acordo*. Se estes forem extremamente graves (de um grau de intensidade elevado), capazes de

³⁷⁶ Defende os erros no motivo como causa de ineficácia: PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal...*, p. 526.. Só será irrelevante o erro sobre a motivação nas teorias que admitem a atipicidade por renúncia ao bem jurídico. Cf. PEÑA, Diego Manuel Luzón. «El consentimiento en Derecho Penal...», p. 28; e ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 564-565.

³⁷⁷ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 573.

³⁷⁸ Por esses motivos PUIG mostra que sua posição é importante para considerar esses erros relevantes para o consentimento. PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal...*, p. 526.

³⁷⁹ Veja-se nota 275.

³⁸⁰ Sobre outros limites e exceções veja-se CASABONA, Carlos Maria Romeo. *El médico y el Derecho...*, p. 335 e 341 s. De qualquer forma deve-se tomar muito cuidado com a falta de informação prestada pelo médico, pois conforme a lei penal portuguesa determina em seu art. 156º, n. 2 do Código Penal, há um limite para a atuação médica sem consentimento do paciente. IBIDEM, p. 396 e s.

modificar e interferir completamente na formação do próprio tipo e na interpretação correta de seu sentido, não é lógico assumir que se trata de uma situação de vontade livre³⁸¹.

A fraude ou promessa e pagamento de recompensa também são institutos que podem alterar a vontade do sujeito. Somente poderia representar motivo forte o suficiente para anular o consentimento se a promessa de pagamento fosse a uma pessoa em extrema necessidade financeira, que estaria disposta a fazer algo completamente contra sua vontade³⁸². Veja-se que aqui essa persuasão ou incentivo não chega a exercer a mesma pressão e obrigação que a coação o faria. Quanto à fraude deve-se observar se esta se referiu ao bem jurídico. Em caso de resposta afirmativa, o consentimento será ineficaz pois o portador não queria renunciar à tutela de seu bem jurídico, logo o Direito Penal tem obrigação de reagir nestes casos³⁸³.

A teoria de ARZT tem fundamento na medida em que o erro à referência do bem jurídico (do objeto do consentimento) é capaz de torná-lo ineficaz, mas não só³⁸⁴. Na opinião deste trabalho, visto que o consentimento tem como pressuposto uma vontade consciente e informada do sujeito que o exprime, a partir do momento em que esta é afetada pelo erro, há invalidação do consentimento. Em outras palavras, se o erro (de vício ou não) alterou a decisão do indivíduo, afetando o conhecimento e a compreensão de algum elemento do tipo, não há uma livre vontade, logo não há consentimento.

Independentemente da teoria que se aceite para o consentimento (causa de justificação e/ou atipicidade) ainda reconhece-se que, contrariamente à doutrina dominante, o *acordo* também pode ser invalidado por vícios na vontade. Porém, como explica Costa ANDRADE, o critério de referência ao bem jurídico não é aplicado aqui para definir se o erro é relevante. Deve-se analisar essencialmente se a vontade, exprimida pela

³⁸¹ Esse entendimento é também válido como uma interpretação mais restritiva do consentimento (causa de justificação) onde parte da doutrina diz ser possível declarar a nulidade deste caso a ameaça ou coação forem irresistíveis e capazes de excluir qualquer vestígio da vontade real (liberdade de decisão). Cf. PEÑA, Diego Manuel Luzón. «El consentimiento en Derecho Penal...», p. 37-38; CASABONA, Carlos Maria Romeo. *El médico y el Derecho...*, p. 348; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; e ALAGIA, Alejandro; e SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal...*, p. 502; PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal...*, p. 526; e ROXIN, Claus. *Derecho Penal...*, p. 551. Este último entende que existem exceções onde o *acordo* pode sofrer alterações com conta da ameaça ou coação, cf. IBIDEM, p. 552.

³⁸² PEÑA especifica esse caso ser possível apenas para alguns bens jurídicos como a liberdade sexual. Veja-se o caso da prostituição, onde mesmo com a promessa de pagamento, o consentimento é, excepcionando os casos forçados, válido. Cf. PEÑA, Diego Manuel Luzón. «El consentimiento en Derecho Penal...», p. 39.

³⁸³ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 565.

³⁸⁴ Sobre o critério proposto por ARZT não ser suficiente para todos os erros no consentimento veja-se mais em ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 582 e s.

liberdade e a autonomia, foi influenciada³⁸⁵. Portanto não se deve levar mais em conta todas as diferenciações da doutrina original de GEERDS como foram outrora³⁸⁶.

4.3 Conclusão parcial

Não se deve entender que a liberdade individual do titular sobre seu bem jurídico é uma forma de se desviar da obrigatoriedade que impõe as sanções do Direito Penal (e suas características de um ramo público). Pelo contrário. A própria liberdade é um reflexo da vontade do Estado de Direito. Explica JESCHECK que “a valoração subjetiva dos bens jurídicos pelo indivíduo é reconhecida dentro de certos limites pelo ordenamento jurídico, porquanto o exercício sem obstáculos da liberdade pessoal se apresenta, enquanto tal, como um valor social no Estado de Direito liberal que deve ponderar-se com o interesse da comunidade na conservação dos bens jurídicos”³⁸⁷.

Portanto nem todos os bens jurídicos são disponíveis, e aqueles que o são nem sempre são na sua integralidade. A legislação penal prevê penalidades ao homicídio, mas não ao suicídio, logo a vida não é disponível face a terceiro, apenas pelo próprio titular. Assim como a integridade física é disponível, menos nas hipóteses em que esta signifique ir contra aos bons costumes. Ainda nesse *mister* de ser ou não ser disponível, o Direito preocupa-se em delimitar um conceito para os bons costumes que não seja inteiramente moral, mas principalmente jurídico-penal, de forma a estabelecer um limite à cláusula aberta³⁸⁸.

³⁸⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 647 e s.

³⁸⁶ Não deve predominar a ideia de que independentemente do tipo de erro, ele sempre será motivo de anulação do consentimento. ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...*, p. 568-569.

³⁸⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich; e WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal...*, p. 516.

³⁸⁸ Resumindo de melhor forma, Figueiredo DIAS afirma que “O património, a honra e - até certo ponto - a liberdade física são interesses individualmente protegidos. Já a vida o não é, diz-se, como mostra o facto de a lei punir expressamente o homicídio e o próprio auxílio ao suicídio. Esta doutrina é exacta, mas há que fazer-lhe duas restrições importantes: a vida é *disponível* face a ataques do próprio titular, como mostra a não punição do suicídio e a exigência de consentimento para as intervenções médicas; por outro lado, ela é ainda disponível, dentro de largos limites, perante ataques negligentes (boxe, corridas de automóveis). E quanto a integridade corporal? A tendência moderna é para a considerar disponível, desde que a acção consentida (não o consentimento!) não vá *contra os bons costumes*. Esta cláusula geral - à qual não pode deixar de se dar conteúdo *moral*, embora não necessariamente, como muitos pensaram, *moral sexual*, é altamente imprecisa, quando não mesmo sem substância: não se vê, *v.g.*, por que não há-de poder consentir-se num insignificante ataque sadista já que se pode consentir numa mutilação por nobres motivos religiosos. É pois o carácter *grave e irreversível* da lesão que deve servir para integrar, na generalidade dos casos, a cláusula dos bons costumes...” DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal - Aditamentos aos Sumários...*, p. 22.

Ainda deve-se verificar se a liberdade da autonomia que os limites impõem obedeceu aos requisitos impostos pela lei, de uma vontade livre, séria e sem vícios na vontade, capazes de alterar a cognição que atinja o bem jurídico.

Afinal, quando há o consentimento para bens jurídicos de autonomia individual, não há qualquer conflito de valor, mas sim uma realização mais verídica dos valores tutelados pelo Direito Penal. Por fim, somente para os bens de interesse comunitário, onde o conflito ocorre entre a sua integridade e a autodeterminação do indivíduo, pode-se falar de um limite na figura do consentimento³⁸⁹.

Em um reflexo do sistema penal pode-se perceber que a inclusão da vítima permite a inserção, de forma mais direta, de outras pessoas que se encontrem naquela situação, protegendo não só o bem jurídico individual do ofendido naquele caso, mas também os bens coletivos. Acaba por estender o alcance e homogenizar a aplicabilidade penal, o que pode vir a evitar arbitrariedades do sistema criminal.

³⁸⁹ CORREIA, Eduardo. Direito Criminal. Tomo II, p. 25-26. Mesmo que a obra seja de literatura estrangeira e do início do século XX, vale verificar os exemplos de crimes específicos passíveis de consentimento em BADR, Mohamed Abdel Aziz. *L'influence du consentement...*, p. 79 e s.

Considerações Finais

O estudo da vítima revela-se importante para o Direito Penal visto que esse não comporta mais o foco apenas voltado para o criminoso (ou seja, sua responsabilização e os motivos do crime perspectivados somente pelo prisma do autor)³⁹⁰. Ao contrário. A perspectiva foi alargada, e vem sendo cada vez mais, colocando-se também a vítima como referencial para o Direito Penal, tomando-se o devido cuidado para que esse entendimento não fuja do *direito penal do fato*, mas sim o complementa.

Ao valorar a conduta da vítima no campo dogmático e verificando-se eventual comportamento capaz de alterar o fato na aplicação da pena³⁹¹ (ou até mesmo sua isenção), pode-se evitar que uma punição desnecessariamente maior seja aplicada, sendo que, ao considerar o desempenho da vítima, o Direito poderá atribuir um tratamento adequado e mais justo ao fenômeno criminal. É um auxílio não só na interpretação da lei penal, mas também na sua aplicação³⁹².

Portanto, o consentimento é a autorização prévia dada à outra pessoa pelo titular do bem jurídico envolvido numa ação ofensiva que seria ilícita caso não houvesse essa permissão³⁹³. Destaca-se nele que o objeto protegido é a própria *vontade* do ofendido, que é considerada a partir de sua relação com o bem.

³⁹⁰ Sobre o direito penal do autor, numa relação com o direito penal do inimigo, cf. JAKOBS, Günther; e MELIÁ, Manuel Câncio. *Derecho Penal del enemigo*. Traducción de Manuel Câncio Meliá. Madrid: Civitas, 2003, p. 100 e s.

³⁹¹ FILHO, Guaracy Moreira. Vitimologia. *O papel da vítima na gênese do delito*. 2º ed. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2004, p. 39.

³⁹² Dessa forma há a legitimação do Estado de Direito para constituir um fato como crime. Cf. em COSTA, José de Faria. «A análise das formas...», p. 297.

³⁹³ Conforme MONCADA, Hugo Cabral de. *O problema do Consentimento...*, p. 18.

Há automaticamente um abandono da necessidade da *lesão* ao bem jurídico, uma forma de desvalor do resultado³⁹⁴ como centro gravitacional do sistema punitivo; ou seja, uma antecipação no fato e não no autor, que é imposta pela figura do consentimento.

Aparentemente tal avanço pode parecer, *a priori*, algo maléfico que expande o Direito Penal além de suas fronteiras usuais (seu caráter reativo). Mas essa aplicação pode significar um tanto positiva no avanço para uma política criminal mais proativa, com certas ressalvas é claro³⁹⁵.

Essa crítica remete ao fato do Direito Penal estar avançando demasiadamente suas fronteiras para a tutela de bens jurídicos que podem não ser efetivamente lesionados ou postos em situações de perigo concreto³⁹⁶. O consentimento é um instituto que existe ainda com muitos “se”³⁹⁷. Caso aquele fato não venha a produzir sequer o perigo, o Direito Penal estaria trabalhando com “letra morta”³⁹⁸.

Analisando o conteúdo estrutural do consentimento do ofendido dentro da ordem jurídica, percebe-se então que, pelo paradigma dualista, este possui dois sentidos: a exclusão da tipicidade e da ilicitude. O primeiro ocorre quando o próprio tipo penal indica que haverá crime se a vontade da vítima for ferida, ou seja, a lei cria o fato típico face ao encontro, à violação que aquela conduta proporciona na esfera da vítima (perigo ou lesão ao seu bem jurídico). Quando há consentimento nessa hipótese, ele “é suficiente para converter a conduta num processo normal, mesmo socialmente positivo, de expressão no plano do tráfego jurídico”³⁹⁹. É o caso dos crimes de violação e furto. Já na exclusão da ilicitude, mesmo quando houver o consentimento eficaz, este não será suficiente para converter a conduta num processo normal e socialmente positivo, mas sim apenas para

³⁹⁴ COSTA, José de Faria, «Ilícito-típico, resultado...», p. 17 e s.; DIAS, Augusto Silva. Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a protecção do futuro. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 39; e BOTTINI, Pierpaolo Cruz. «Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco». In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 61, 2006, p. 80.

³⁹⁵ Uma crítica á noção de direito penal pós-moderna, cf. COSTA, José de Faria. «Apontamento para umas reflexões mínimas e tempestivas sobre o direito penal de hoje». In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 81, ano 17, 2009, p. 36-47; e IDEM. «Sobre o objecto de protecção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não liberal». In *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 142, n. 3978, 2013, p. 170 e s.

³⁹⁶ O consentimento é válido para lesões ou risco ao bem jurídico, PEÑA, Diego Manuel Luzón. «El consentimiento en Derecho Penal...», p. 6; e GRECO, Luís. «Princípio da ofensividade...», p 90-91 e 123-126.

³⁹⁷ A vontade, por definição, não pode ser objeto de si mesma, logo não há a possibilidade do indivíduo afastar-se da tutela penal. Aceitando-se que existem bens disponíveis, não há de se falar em ilegitimidade da figura do consentimento. Cf. MONCADA, Hugo Cabral de. *O problema do Consentimento...*, p. 114.

³⁹⁸ Problema esse que também acontece com os crimes de perigo abstrato. Cf. HASSEMER, Winfried; e CONDE, Francisco Muñoz. *La responsabilidad por...*, p. 79.

³⁹⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. «O consentimento do ofendido no novo...», p. 100.

afastar a responsabilidade criminal do fato. Aqui a própria conduta é socialmente negativa, pois atinge um bem jurídico com valor para comunidade⁴⁰⁰. De qualquer forma esse assunto é amplamente trabalhado pela doutrina há muitos anos, e tem uma resposta diferente para cada ordenamento jurídico.

Parece então que resta agora desenvolver mais os outros problemas relacionados ao consentimento (*lato sensu*), relativos ao seu limite, principalmente pela disposição do bem jurídico e pela manifestação dessa vontade. Só assim, respeitando os requisitos impostos pela lei, será possível estabelecer critérios seguros quanto à validade e segurança do Direito Penal, o qual cada vez mais deve se afirmar com um direito de *ultima ratio*.

Deve-se caminhar para determinar-se a disponibilidade jurídica-criminal em relação à totalidade dos *interesses sociais* que se ligam com a ação consentida e dos valores que representam sua base⁴⁰¹.

⁴⁰⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. «O consentimento do ofendido no novo...», p. 101.

⁴⁰¹ MONCADA, Hugo Cabral de. *O problema do Consentimento...*, p. 118.

Bibliografia

- ALFAIATE, Ana Rita. *A relevância penal da sexualidade dos menores*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- ALMADA, Celio de Melo. *Legítima Defesa*. São Paulo: Bushatsky, 1975.
- ALMEIDA, Maria Rosa Lemos Crucho de. «A penalogia diferencial. Um ramo crescente da investigação em criminologia». In *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, suplemento XVI, 1966, p. 141-201.
- AMELUNG, Kunt. «El concepto “bien jurídico” em la teoria de la protección penal de bienes jurídicos». Tradução de Ortiz Gimeno. In *La teoria del bien jurídico*. Roland Hefendehl (ed). Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 227-264.
- ANDRADE, Manuel da Costa. . «Consentimento em direito penal médico – o consentimento presumido». In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. 14, 2004, p. 117-148.
- _____. «A dignidade penal e a carência de tutela penal como referência de uma doutrina teleológico-racional do crime». In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 2, n. 2, 1992, p. p. 178-205.
- _____. «Comentário ao artigo 150º». In *Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I*. Jorge de Figueiredo Dias (org). Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- _____. «O consentimento do ofendido no novo Código Penal». In *Para uma nova Justiça Penal*. Coimbra: Almedina, 1983, p. 95-125.
- _____. «O novo Código Penal e a moderna criminologia». In *Jornadas de Direito Criminal*. Lisboa: Escola tipográfica do instituto Padre António de Oliveira, 1983, p. 185-234.
- _____. *A vítima e o problema criminal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1980.
- _____. *Consentimento e Acordo em Direito Penal* (reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- _____. *Direito penal médico - Sida: Testes Arbitrários, Confidencialidade e Segredo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- _____. *Teoria Geral da Relação Jurídica*, v. II. Coimbra: Almedina, 1997.
- ASUA, Jimenez de. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1961.

- BADR, Mohamed Abdel Aziz. *L'influence du consentement de la victime sur la responsabilité penal – étude comparée*. Paris: Librairie General de droit et de jurisprudence, 1928.
- BARREALES, María A. Trapero. *El error en las causas de justificación*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.
- BELEZA, Teresa. *Direito Penal*, v. 2. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1983.
- BERGELSONT, Vera. «Victims and Perpetrators: An Argument for Comparative Liability in Criminal Law». In *Buffalo Criminal Law Review*, n. 385, ano 8, 2004-2005, p. 386-488.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. «Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco». In *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, n. 61, 2006, p. 44-115.
- BRITO, Teresa de Quintela. *O Direito de Necessidade e a Legítima Defesa*. Lisboa: Lex, 1994.
- _____. «Responsabilidade penal dos médicos: análise dos principais tipos incriminadores». In *Revista Portuguesa de Ciências Criminas*, ano 12, n. 3, 2002, p. 371-409.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal, Parte Geral – Tomo I*. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- CARBONELL, Mateu. *La justificación penal*. Madrid: Edersa, 1982.
- CARVALHO, Américo Taipa de. *A Legítima Defesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- _____. *Direito Penal - Parte Geral*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- _____. *Direito Penal - Parte Geral*. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- CASABONA, Carlos Maria Romeo. *El médico y el Derecho Penal*, Tomo I. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 2011.
- CERQUA, Luigi Domenico. «Consenso del paziente e reponsabilità penale del medico: discussione di un caso». In *L'indice Penale*, ano 2, n. 2, 1999, p. 549-592.
- CONDE, Francisco Muñoz. «Algunas cuestiones relacionadas con el consentimiento del paciente y el tratamiento médico». In *Problemas Actuales Del Derecho Penal y la*

- Criminología*. Estudios penales em memória de la Profesora Doutora María Del Mar Díaz Pita. Muñoz Conde (org.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 447-478.
- CONDE, Francisco Muñoz; e ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal – Parte General*, 2ª ed. Valência: Tirant lo Blanch, 1996.
- COPELLO, Patricia Laurenzo. «Relevância penal del consentimiento informado em el ámbito sanitario». In *Problemas Actuales Del Derecho Penal y la Criminología*. Estudios penales em memória de la Profesora Doutora María Del Mar Díaz Pita. Muñoz Conde (org.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 417-446.
- CORDEIRO, Euller Xavier. *Vitimodogmática: Uma Análise Dogmática do Comportamento da Vítima*. Estudos Contemporâneos de Vitimologia. São Paulo: Editora UNESP, 2011.
- CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2007.
- _____. *Direito Criminal*. Tomo II. Coimbra: Almedina, 2016.
- COSTA, José de Faria. «A análise das formas (ou a análise das “formas do crime”: em especial a tentativa)». In *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n. 3962, ano 139. Coimbra, 2010, p. 289-299.
- _____. «Apontamento para umas reflexões mínimas e tempestivas sobre o direito penal de hoje». In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 81, ano 17, 2009, p. 36-47.
- _____. «Em redor da noção de acto médico». In *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 138, n. 3954, 2009, p. 126-137.
- _____. «Formas do Crime». In *Centro de Estudos Judiciários - Jornadas de Direito Criminal*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1983, p. 152-184.
- _____. «Ilícito-típico, resultado e hermenêutica (ou o retorno à limpidez do essencial)». In *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, ano 12, v. 1. Coimbra, 2002, p. 7-23.
- _____. «Omissão (Reflexões em redor da omissão imprópria)». In *Boletim da Faculdade de Direito*, v. 72. Coimbra, 1996, p. 391-402.
- _____. «Sobre o objecto de protecção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não liberal». In *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 142, n. 3978, 2013, p. 158-173.
- _____. *Noções fundamentais de direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

- _____. *Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em Direito Penal)*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.
- COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em Direito penal*. Coimbra: Coimbra, 1992.
- D'ÁVILA, Fábio. «Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo». Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias, v. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 185-206.
- DIAS, Augusto Silva. «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*» - *Uma análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- _____. *Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a protecção do futuro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. «Os Novos Rumos da Política Criminal e o Direito Penal Português do Futuro». *In Revista da Ordem dos Advogados*, v. 43. Lisboa, 1983, p. 5-40.
- _____. «Pressupostos da Punição e Causas que Excluem a Ilícitude e a Culpa». *In Centro de Estudos Judiciários - Jornadas de Direito Criminal*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1983, p. 41-83.
- _____. *Direito Penal - Aditamentos aos Sumários das Lições à 2.^a Turma do 2.º Ano da Faculdade de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1977.
- _____. *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2ª Ed.* Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- _____. *O problema da consciencia da ilicitude em Direito Penal*, 6ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- _____. *Temas fundamentais de Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- DOMINGUÉZ, Marcelo. «Exclusion de la tipicidad por el comportamiento de la victima». *In Revista da Facultad de Derecho da Universidad de la República*, n. 201. Uruguay, p. 1-26.
- FEINBERG, Joel. «Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life». *In Philos Public Aft.* ano 7, 1978, p. 93-123.
- FERNÁNDEZ, Fernando Molina. «El estado de necesidad como ley general (aproximación a um sistema de causas de justificación)». *In Revista de Derecho Penal y Criminología*,

- n. extraordinário 1. Espanha: Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) - Facultad de Derecho, 2000, p. 199-260.
- FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Direito Penal Português – parte geral I*. Sociedade Científica da Universidade Católica Portuguesa. Lisboa: Editorial VERBO, 1981.
- _____. *Lições de Direito Penal, II - Teoria da infracção Penal*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1941.
- _____. *Lições de Direito Penal, Parte Geral I - A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*. Lisboa: Editorial VERBO, 1997.
- FILHO, Guaracy Moreira. *Vitimologia. O papel da vítima na gênese do delito*. 2º ed. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2004.
- FLETCHER, George P. «Corrective Justice for Moderns». *In Harvard Law Review*, n. 106, 1993, p. 1658-1678.
- _____. «The Place of Victims in the Theory of Retribution». *In Buffalo Criminal Law Review*, v. 3, 1999, p. 51-64.
- _____. «The Right Deed for the Wrong Reason». *In UCLA Law Review*, ano 23, n. 293, 1975, p. 293–321.
- _____. *Rethinking Criminal Law*. New York: Oxford University Press. 2000.
- GODINHO, Inês Fernandes. *Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora. 2014.
- GÓMES, Calos Daza. «Imputación a la víctima». *In La Ciencia Del Derecho Penal Ante El Nuevo Siglo*. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos, 2002, p. 631-643.
- GRECO, Luis. «Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal». *In Novos rumos do direito penal contemporâneo: livro em homenagem ao Professor Doutor Cezar Roberto Bitencourt*. Andrei Zenkner Schmidt (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 401-426.
- _____. «Princípio da ofensividade e Crimes de perigo abstrato». *In Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 49, 2004, p. 89-140.
- _____. *Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal - Parte Geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

- HASSEMER, Winfried; e CONDE, Francisco Muñoz. *La responsabilidad por el producto em derecho penal*. Valência: Tirant Lo Blanch, 1995.
- HEFENDEHL, Roland. «El bien jurídico como eje material de la norma penal». *In La teoria del bien jurídico*. Roland Hefendehl (ed). Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 179-196.
- HIRSCH, Andrew Von. «El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”». Tradução de Rafael Guirao. *In La teoria del bien jurídico*. Roland HEFENDEHL (ed). Madrid: Marcial Pons, 2007, p.37-52.
- HRUSCHKA, Joachim. «Reglas de comportamiento y reglas de imputación». *In Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, ano 47, n. 3, 1994, p. 343-356.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, v. 1, tomo 11. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1968.
- JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Parte General*. Tradução para o espanhol de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.
- JAKOBS, Günther; e MELIÁ, Manuel Cândio. *Derecho Penal del enemigo*. Traducción de Manuel Cândio Meliá. Madrid: Civitas, 2003.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; e WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal – Parte General*. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.
- JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- KAHLO, Michael. «Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva em derecho penal». Tradução de Rafael Guirao. *In La teoria del bien jurídico*. Roland Hefendehl (ed). Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 53-68.
- KINDHÄUSER, Urs. «El consentimiento en el derecho penal – reflexiones desde la teoría de las normas». *In Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, v.2. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 559-582.
- _____. «Pena, bem jurídico-penal e proteção de bens jurídicos». *In Revista Brasileira de Ciências Jurídicas Criminais*, ano 20, n. 95, 2012, p. 85-95.
- LAURRARI, Elena. «Victimologia». *In De los delitos y de las victimas*. Julio B.J. Maier (org.). Buenos Aires: AD-HOC, 1992.
- LEITE, Inês Ferreira. «A tutela penal da liberdade sexual». *In Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, v. 21, 2011, p. 29-94.

- MACHADO, Fabio Guedes de Paula; e MOURA, Bruno. «Perspectivas político-criminais e dogmáticas do direito penal no contexto da sociedade de riscos». *In Revista de Ciências Penais*, ano 8, n. 15, 2011, p. 357-393.
- MANZANERA, Luis Rodríguez. *Victimologia – Estudio de la Víctima*. 7ª ed. México: Ed. Porrúa. 2002
- MARTINS, Rosa. *Menoridade, (in)capacidade, e cuidado parental*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- MARTINS, Vítor Jorge Oliveira. *O fim e a determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2012.
- MATOS, Mafalda Francisco. *O problema da (ir)relevância do consentimento dos menores em sede de cuidados médicos terapêuticos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- MAURACH, Reinhart; e ZIPF, Heinz. *Derecho Penal – Parte General*. Tomo I. Tradução de Jorge Bofill Genzch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994.
- MELIÁ, Manuel Câncio. «Aproximación a la Teoría de la Imputación Objetiva». *In La Imputación normativa del resultado a la conducta*. Coordenação em conjunto com Enrique Díaz-Aranda. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 15-43.
- _____. «Reflexiones sobre la “victimodogmática” en la teoría del delicto». *In Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 25. São Paulo, 1999, p. 25-56.
- _____. «Victim Behavior and Offender Liability: A European Perspective». Tradução de Carlos Gómez-Jara Díaz. *In ZStW* 357, 1999, p. 513-550.
- _____. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*. Barcelona: Jesús Maria Bosch Editor, 1998.
- _____. *La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima “imputación a la víctima”*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1998.
- MEZGER, Edmund. *Derecho Penal – Parte General*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958.
- _____. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I. Madrid; Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.
- MIR, José Cerezo. «Los delitos de peligro abstracto em el âmbito del derecho penal del Riesgo». *In Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 10, 2002, p. 47-72.

- _____. *Curso de Derecho Penal Español – Parte General*. Tomo II. Madrid: Tecnos, 2005.
- MONCADA, Hugo Cabral de. «Do consentimento, natureza e eficácia do consentimento do ofendido em direito criminal». In *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, ano 16 (supl.), 1942, p. 189-382.
- MONCADA, Hugo Cabral de. *O problema do Consentimento do Ofendido em Direito Criminal*. Tese de licenciatura da Faculdade Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 1942.
- MOURA, Bruno de Oliveira. *A não-punibilidade do excesso na legítima defesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- _____. *Ilicitude Penal e Justificação: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.
- PALMA, Fernanda. *Questões centrais da teoria da imputação in Casos be Materiais de Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2000.
- PALMA, Maria Fernanda. «O estado de necessidade justificante no Código Penal de 1982». In *Boletim da Faculdade de Direito*, n. especial. Coimbra, 1984, p. 173-206.
- _____. *A justificação por legítima defesa como problema de delimitação de direitos*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990.
- PEIXOTO, Afrânio. *Criminologia*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1953.
- PEÑA, Diego Manuel Luzón. «El consentimiento en Derecho Penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión sólo de la tipicidad penal». In *Revista General de Derecho Penal*, v. 18. Madrid, 2012, p. 1-48.
- _____. «La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito». In *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, v. 46, n. 1, 1993, p. 21-34.
- _____. *La relacion del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito*, 1995.

- _____. «Causas de atipicidade». In *Problemas fundamentais de Direito Penal – Homenagem a Claus Roxin*. Lisboa: Universidade Lusíada Editorial, 2002, p. 109-133.
- PEREIRA, André Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido (na teoria do delito)*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- PRITTWITZ, Cornelius. «The Resurrection of the Victim in Penal Theory». In *Buffalo Criminal Law Review*, v. 3, n. 1, 1999, p. 109-129.
- PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal – Parte General*. Barcelona: Editorial Reppertor, 2011.
- RASSI, João Daniel. «A questão da vulnerabilidade no direito penal sexual brasileiro». In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 92, 2011, p. 61-93.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade: os critérios da culpa e da prevenção*. Coimbra: Coimbra Editora. 2014.
- RODRIGUES, Joana Amaral. «A teoria do bem jurídico-penal: várias dúvidas e uma possível razão». In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 23, n. 2, 2013, p. 167-213.
- ROXIN, Claus. «És la protecció de bienes jurídicos ina finalidad del derecho penal?». In *La teoría del bien jurídico*. Roland Hefendehl (ed). Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 443-458.
- _____. «O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto a prova». In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 23, n. 1, 2013, p. 7-43.
- _____. *Derecho Penal – Parte General*. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.
- _____. *Teoría del tipo penal – tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1979.
- SANTOS, Cláudia Cruz dos. *A justiça restaurativa – um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, pra quê e como?* Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal: Parte Geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2006

- SCHAFFER, Stephen. *Victimology: The Victim and His Criminal*. Michigan: Reston Publishing Company, 1977.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *!El derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos!* Tradução de Ángela de la Torre Benítez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- _____. «Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático». Tradução de María Martín Lorenzo e Mirja Feldmann. *In La teoria del bien jurídico*. Roland Hefendehl (ed). Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 197-226.
- _____. «Sistema del derecho penal y vitimodogmática». *In La Ciencia Del Derecho Penal Ante El Nuevo Siglo*. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos, 2002, p. 159-172.
- _____. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milênio*. Madrid: Tecnos, 2002.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Perspectivas sobre la política criminal moderna*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998.
- _____. *Política criminal y nuevo derecho penal*. Barcelona, 1997.
- _____. «La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría do delito: observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la “víctimo-dogmática”». *In Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 34, 2001, p. 163-194.
- SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Português – Parte Geral*, v. II. Lisboa: Editorial VERBO, 1998.
- SILVA, Patrícia Maria Mendonça da; e SILVA, Joelma Rodrigues da. «A menina, o encanador e o ministro». *In PADÊ: estudos em filosofia, raça, gênero e direitos humanos*, v. 2, n. 1. Centro Universitário de Brasília, 2007, p. 107-119.
- SOUSA, Susana Aires de. «Responsabilidade criminal por produtos defeituosos». *In Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 76, 2009, p. 106-121.
- STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal – parte general*. Tradução de Gladys Romero. Madrid: Edersa, 1982.
- TAVARES, Juarez. O consentimento do ofendido no Direito Penal. *Revista de Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, 1969.

- VARELA, João de Matos Antunes; e LIMA, Pires de. *Código Civil Anotado*, v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- VEIGA, Raul Soares da. «Sobre o consentimento desconhecido». *In Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, ano 1, n. 3, 1991, p. 327-367.
- VON LISZT, Franz. *Tratado de derecho penal*. Tomo I. Tradução de Luis Jimenez de Asua. Madrid: Editorial Reus, 1999.
- _____. *Tratado de derecho penal*. Tomo II. Tradução de Luis Jimenez de Asua. Madrid: Editorial Reus, 1999.
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal – Parte General*. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Serigo Yáñez Pérez. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1970.
- _____. *Novo sistema jurídico - penal*. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Ed. Revistas dos tribunais. 2011.
- WOLFGANG, Frisch. «Consentimento e consentimento presumido nas intervenções médico-cirúrgicas». Tradução de Manuel da Costa Andrade. *In Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, n. 1-2, v. 14, 2004, p. 67-115.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; e ALAGIA, Alejandro; e SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal - Parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2005.
- ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008.