



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO**

ELISA KAROLINE NÓBREGA AVELINO

**O INSTITUTO DO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO NO DIREITO PENAL: UMA
CONSTRUÇÃO DOGMÁTICA LUSO-BRASILEIRA**

CAMPINA GRANDE – PB

2018

ELISA KAROLINE NÓBREGA AVELINO

**O INSTITUTO DO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO NO DIREITO PENAL: UMA
CONSTRUÇÃO DOGMÁTICA LUSO-BRASILEIRA**

Trabalho de Conclusão de Curso do curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Penal.

Orientador: Prof. PhD. Luciano Nascimento Silva

**CAMPINA GRANDE - PB
2018**

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

A948i Avelino, Elisa Karoline Nobrega.
O instituto do consentimento do ofendido no Direito Penal [manuscrito] : uma construção dogmática luso-brasileira / Elisa Karoline Nobrega Avelino. - 2018.
27 p.
Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2018.
"Orientação : Prof. Dr. Luciano Nascimento Silva, Departamento de Direito Público - CCJ."
1. Consentimento do Ofendido. 2. Direito Penal. 3. Estado Democrático de Direito. I. Título

21. ed. CDD 347

ELISA KAROLINE NÓBREGA AVELINO

**O INSTITUTO DO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO NO DIREITO PENAL:
UMA CONSTRUÇÃO DOGMÁTICA LUSO-BRASILEIRA**

Artigo apresentado ao Programa de Graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Penal.

Orientador: Prof. PhD. Luciano Nascimento Silva

Aprovada em: 28 / 11 / 2018

BANCA EXAMINADORA



Prof. PhD. Luciano Nascimento Silva (Orientador)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Dr. Rodrigo Costa Ferreira (Avaliador)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Me. Marcelo D' Angelo Lara (Avaliador)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

À minha avó, por todos os nossos momentos. Por ter sido um exemplo de mulher. Sem a qual eu não seria a mesma pessoa. Seu papel na terra era fazer com que a minha vida pudesse ter sentido.

Por tanto ter contribuído com a minha educação. Por todo esse amor que me inspirou a lutar por meus sonhos e que permanece comigo em todos os degraus da minha vida, **DEDICO**.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por sua infinita bondade em me presentear com a vida e sempre abençoar minhas escolhas.

À minha avó Odete, minha mãe Eudinete e ao meu pai José Inácio por todo o amor e por tanto se doarem por mim.

Aos meus familiares, que muitos se encontram longe, e que sempre torcem e acreditam no meu potencial. Em especial a meu Padrinho Welinton Pedrosa e à minha tia-madrinha Marta Lúcia, por todo apoio que tive, principalmente, no início do curso de Direito.

Aos meus amigos Jorge Sousa, Maurício Reis e Larissa Brito por toda a torcida, por todo encorajamento. Por rirem comigo a minha felicidade. Por estarem comigo em todos os meus momentos. Por toda a sinceridade e boas energias.

Às minhas primas Dayana Dantas, Mayara Nóbrega e Márcia Nóbrega por me amarem e incentivarem até mesmo nos meus piores dias. Por sempre estarem presentes apesar de toda correria diária ou distância.

Ao meu namorado Márcio André por me inspirar a buscar evoluir e sempre demonstrar otimismo e confiança no meu potencial.

Ao Professor Luciano Nascimento por toda a orientação e paciência na construção desse trabalho, assim como durante toda a vida acadêmica; sempre que precisei.

A todos os Professores do CCJ, pelo empenho e por todo o incentivo ao meu crescimento como pessoa, aluna e profissional.

A todo o corpo de funcionários do CCJ, pelo atendimento, respeito e compreensão.

Aos meus colegas de sala, todo o meu respeito e felicidade por ter vividos todos esses momentos com vocês.

Àqueles que não estão mais neste plano espiritual, vovó Odete, Seu Jorge e Ana Carla, guardo em minha memória todas as palavras de incentivo e admiração. Meu MUITO obrigada!

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	6
2 O INSTITUTO DO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO NO BRASIL.....	8
2.1 AS TEORIAS DA NATUREZA JURÍDICA DO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO SOB UMA PERSPECTIVA BRASILEIRA.....	9
3 O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO NA LITERATURA JURÍDICA E LEGISLAÇÃO PENAL PORTUGUESA.....	11
3.1 AS TEORIAS DA NATUREZA JURÍDICA DO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO SOB UMA PERSPECTIVA PORTUGUESA.....	14
4 REQUISITOS PARA UM CONSENTIMENTO VÁLIDO EM UMA ANÁLISE COMPARATIVA LUSO-BRASILEIRA.....	15
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	25
REFERÊNCIAS.....	27

O INSTITUTO DO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO NO DIREITO PENAL: UMA CONSTRUÇÃO DOGMÁTICA LUSO-BRASILEIRA

Elisa Karoline Nóbrega Avelino¹

RESUMO

O tema em estudo apresenta uma relevância jurídica considerável, visto que o direito à manifestação de vontade individual traz implicações penais e, diante de um Estado Democrático de Direito, a segurança jurídica deve ser sempre resguardada. Isto posto, é de extrema relevância social que se busque sempre a positivação em lei de fatos corriqueiros na sociedade; fatos que têm o poder de impacto, assim como também a positivação de institutos relativos a esses fatos, que muitas vezes pairam na omissão legislativa. O presente trabalho, portanto, tem como objeto o estudo do consentimento do ofendido no Direito Penal. Para isso, utilizamos como metodologia o método observacional e comparativo realizando, como pesquisa, um levantamento bibliográfico do instituto do consentimento do ofendido no direito brasileiro, como também no direito português; uma vez que este último deu a importância merecida ao instituto ao positiva-lo no Código Penal. Trataremos, dessa forma, dos principais posicionamentos doutrinários sobre o tema em ambos os países utilizando Manuel da Costa Andrade, Claus Roxin, Zafaroni e Pierangeli, Assis Toledo, entre outros. Em específico, nos remeteremos às querelas doutrinárias no que tange à natureza jurídica que o consentimento do ofendido possui em ambos os ordenamentos. Em seguida, portanto, faremos uma análise comparativa acerca dos requisitos necessários para eficácia e validade do consentimento do ofendido; analisando se existem mais semelhanças do que dissonâncias, como também verificando a maneira que se decide, nos tribunais brasileiros, os casos que dizem respeito ao tema.

PALAVRAS-CHAVE: Português. Brasileiro. Consentimento do Ofendido.

1 INTRODUÇÃO

As relações firmadas na autonomia/manifestação da vontade devem ser vistas como de grande importância devido às consequências jurídicas no direito penal e aos questionamentos sobre a disponibilidade de bens jurídicos. A ação e a omissão, como se sabe, são relevantes para o direito penal; até mesmo em se tratando de ação consentida.

¹ Aluna de Graduação em Direito na Universidade Estadual da Paraíba – Campus I.
Email: elisaknobrega@hotmail.com

Em um Estado Democrático de Direito, deve-se verificar a positivação de condutas danosas aos bens juridicamente protegidos, assim como também as consequências dessas condutas devem ser claras para que verifique a correta (além de justa) imposição de uma pena. Para tanto, necessita-se de uma análise da presença (ou não) de todos os substratos do crime. Este entendido, segundo o posicionamento doutrinário majoritário, como uma conduta (ação ou inação) humana típica, antijurídica (ou ilícita) e culpável.

Entretanto, pelas garantias individuais consagradas também em um Estado Democrático de Direito, defende-se que a positivação do fato típico deve ser anterior à conduta tida como delituosa; em respeito ao princípio constitucional da Anterioridade e Legalidade, pois, como de essência, o Direito Penal faz parte de um sistema de controle social mas, para que seja um instrumento legítimo (além de eficaz), deve, como dito, observar as garantias de proteção do indivíduo, inerentes ao momento histórico pertencentes.

O presente trabalho deriva exatamente dessa problemática, que é a análise da manifestação de vontade do ofendido; entendida, no direito penal, como “Consentimento do Ofendido”. Problemática porque tal instituto não se encontra positivado no atual Código Penal o que, a nosso ver, resulta em uma certa insegurança jurídica diante das inúmeras discussões no que tange à natureza jurídica que o instituto em questão possui, como também das suas consequências no Direito.

Com isso, diante da paridade existente entre a positivação no Código Penal Português e o posicionamento majoritário dos doutrinadores e julgados brasileiros, decidimos realizar uma análise comparativa entre os ordenamentos. Justifica-se a escolha dessa comparação pelo fato de que a legislação penal portuguesa expressamente prevê o Consentimento do Ofendido. Para além de prever como excludente de ilicitude, o código ainda traz explicações sobre o instituto e uma série de requisitos para que se verifique os casos em que se pode aplicá-lo ou não.

Dessa forma, inicialmente apresentamos o instituto na doutrina e na legislação brasileira. Em seguida apresentamos o instituto na doutrina e legislação portuguesa. Em ambos os casos discutimos a natureza jurídica para, então, traçarmos os requisitos de manifestação válida do consentimento do ofendido. Realizamos uma comparação dos requisitos de validade entre os ordenamentos em

questão, assim como os efeitos processuais que o consentimento do ofendido acarreta, buscando analisar e responder ao questionamento de que realmente exista uma consonância ou dissonância entre os referidos ordenamentos.

Procuramos, com isso, contribuir para o desenvolvimento do instituto e o adensamento da doutrina pátria, ainda carente de estudos aprofundados sobre o tema. Além de que em pouquíssimas ocasiões têm sido realizadas essas comparações a fim de se defender um seguimento igual (ou não) também no nosso ordenamento.

Uma positivação é sim de crucial importância ao pilar da segurança jurídica, vez que o tema em questão envolve questões jurídicas/doutrinárias e sociais, visto que atinge diretamente aqueles que precisam (ou fazem jus) da sua aplicação.

2 O INSTITUTO DO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO NO BRASIL

A legislação penal brasileira é omissa no que tange ao consentimento do ofendido. O instituto não está presente expressamente no artigo 23 do Código Penal, sendo entendido atualmente como uma causa supralegal; uma vez que o legislador não tem como prever todas as condutas de uma sociedade que se encontra em constante mudança.

Dessa forma, de acordo com Bitencourt:

[...] o caráter dinâmico da realidade social permite a incorporação de novas pautas sociais que passam a integrar o cotidiano dos cidadãos, transformando-se em normas culturais amplamente aceitas. Por isso, condutas outrora proibidas adquirem aceitação social, legitimando-se culturalmente. Como o legislador não pode prever todas as hipóteses em que as transformações produzidas pela evolução ético-social de um povo passam a autorizar ou permitir a realização de determinadas condutas, inicialmente proibidas, deve-se, em princípio, admitir a existência de causas supralegais de exclusão da antijuridicidade, em que pese alguma resistência oferecida por parte da doutrina e da jurisprudência. (BITENCOURT, 2012, p. 153).

Neste sentido, Assis de Toledo aduz:

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

exemplo, como recusar efeito excludente da ilicitude ao consentimento expresso do ofendido, em relação aos danos que atingem bens plenamente disponíveis? (TOLEDO, 2000, p. 171-172).

Paralelamente a esse entendimento, Zaffaroni e Pierangeli se mostram contrários às causas supralegais, com uma concepção mais positivista, e declaram:

Devido a carências do código penal alemão de 1871, a doutrina alemã entendeu que era necessário construir uma teoria das causas de justificação "supralegais", particularmente no tocante ao estado de necessidade justificante. Hoje, esta teoria já foi abandonada, e, em nosso país, é total mente desnecessária, pois nosso Código Penal tem as causas de justificação perfeitamente estruturadas, incluindo o exercício regular de direito (art. 23, III, segunda parte, que implica uma remissão às disposições permissivas encontráveis em outra parte da ordem jurídica). Com estas. disposições, não necessitamos recorrer às causas "supralegais", porque a mesma lei autoriza a decidir "de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito" (art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil). (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2011, p. 495).

No entanto, exatamente pelo fato de o instituto não estar expressamente previsto no Código Penal brasileiro, existe um dissenso sobre a natureza jurídica que o consentimento do ofendido assume na teoria do delito. Com isso, há uma discussão doutrinária, não apenas nacional, acerca da natureza que o instituto possui.

2.1 AS TEORIAS DA NATUREZA JURÍDICA DO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO SOB UMA PERSPECTIVA BRASILEIRA

São duas as teorias que tratam do consentimento do ofendido; a teoria dualista e a monista. A discussão em ambas as teorias gira em torno da autonomia que o titular do bem jurídico tutelado possui ante um sistema social de proteção.

Dessa forma, a teoria **dualista** sustenta que o consentimento opera como causa **legal** de exclusão da ilicitude, quando o consentimento não for elementar do tipo penal. Vale ressaltar que nos casos em que a legislação do país não tenha o consentimento positivado, este será uma causa **supralegal** de exclusão da ilicitude (que é o caso do Brasil).

Para os adeptos da corrente dualista, o consentimento pode, ainda, operar como causa de exclusão da tipicidade, mas apenas nos casos em que o dissenso integre a redação do tipo penal ou seja; elementar do tipo penal.

Sobre a teoria dualista no entendimento dos doutrinadores nacional, Heleno Cláudio Fragoso defende:

Não alude a lei ao consentimento do ofendido como causa de exclusão da ilicitude. Todavia, há casos em que a renúncia do titular do bem jurídico afasta a ilicitude, pois a proteção jurídica está em função da ausência de consentimento. Não nos referimos às hipóteses em que o dissenso da vítima é elementar à conduta típica, pois em tais situações o consentimento exclui a tipicidade [...]. Referimo-nos aos casos em que a tutela jurídica se exerce em relação a bem jurídico disponível, ou seja, a bem jurídico exclusivamente de interesse privado (que a lei protege somente se é atingido contra a vontade do interessado). (FRAGOSO, 1991, p- 192-193).

Em outras palavras, o consentimento daquele que pode (analisaremos posteriormente os requisitos) dispor do bem jurídico ameaçado atua como causa de justificação (exclusão de ilicitude). É o caso do crime de furto (artigo 155 do Código Penal), no qual apesar de não estar previsto o dissenso no núcleo do tipo, o proprietário da coisa pode consentir com a subtração, restando afastada a ilicitude da conduta, ou seja, restando afastada a tutela penal ao bem jurídico devido ao consentimento dado pelo titular ao agente.

Também é este o posicionamento de Bitencourt:

O consentimento do titular de um bem jurídico disponível afasta a contrariedade à norma jurídica, ainda que eventualmente a conduta consentida venha a se adequar a um modelo abstrato de proibição. Nesse caso, o consentimento opera como causa justificante supralegal, afastando a proibição da conduta, isto é, a antijuridicidade, como, por exemplo, nos crimes de lesão corporal (art. 129), cárcere privado (art. 148), furto (art. 155), dano (art. 163) etc. (BITENCOURT, 2012, p. 153).

Por sua vez, nos casos em que o verbo do tipo penal exige, em sua essência (elementar), a inequívoca discordância do titular do bem jurídico, verificar-se-á a atipicidade. É o caso do crime de invasão de domicílio (artigo 150 do Código Penal) no qual, se o proprietário permite que uma terceira pessoa ingresse em sua casa, resultará em ausente a tipicidade da conduta do terceiro.

Outro exemplo é o crime de estupro (artigo 213 do Código Penal) no qual, caso a mulher tenha consentido com a relação sexual, a tipicidade estará ausente; uma vez que não ocorrerá a subsunção do fato à norma.

Em resumo, o tipo penal irá trazer verbos como por exemplo “constranger”, “subtrair” etc; que traduzem uma ideia de ação não consentida.

A segunda corrente, é a **unitária**. Ainda minoritária, defende o consentimento do ofendido como causa de exclusão da tipicidade, uma vez que não é do interesse estatal tutelar um bem jurídico que o titular, de forma livre, dispôs. O consentimento

tem efeito de excludente de tipicidade, ainda que o dissenso não faça parte da redação do tipo penal (como se defende na dualista).

Nesse entendimento, Damásio Evangelista de Jesus defende:

Verifica-se hoje, na doutrina da imputação objetiva, tendência de conceder ao consenso da vítima maior relevância no terreno da tipicidade e não da antijuridicidade, i. e., os penalistas estão começando a considerar que a contribuição do ofendido na prática do fato, mediante consentimento, nas hipóteses em que o tipo não menciona o dissentimento, deve produzir efeito no plano da tipicidade, excluindo-a, e não no da ilicitude. (JESUS, 2007, p. 56).

Em resumo, a teoria unitária entende que o consentimento e o acordo são iguais. Em qualquer caso resultar-se-á em um indiferente penal; ou seja, em conduta atípica. O Prof. Claus Roxin é um dos principais doutrinadores que defende a teoria unitária:

Otros autores atribuyen la justificación a que el desvalor de la lesión del bien jurídico se sopesaría con la libertad de disposición del particular, con la consecuencia de que el consentimiento surtiría efecto en el caso de un mayor valor de la libertad de disposición. (ROXIN, 1997, p. 513).

Portanto, o consentimento é fundamentado na teoria liberal do bem jurídico, na qual a principal função de um bem jurídico é o “livre desenvolvimento do indivíduo” e, ao dispor da coisa, o objeto não estará sofrendo uma lesão, mas sim representando uma expressão livre do proprietário.

Vale ressaltar, ainda, um posicionamento a favor de o consentimento do ofendido poder constituir, em certos casos, **causa especial de diminuição de pena e/ou circunstância judicial favorável**. Como exemplo disso, Gomes e Molina (2007, p. 370-371) defendem que aquele que mata a pedido da vítima com o objetivo de abreviar o sofrimento desta, pratica homicídio privilegiado (artigo 121, §1º do Código Penal). Nesta hipótese, não há exclusão da tipicidade, nem de ilicitude, uma vez que a vida é considerada bem jurídico indisponível. A valorização será realizada por um juiz diante do caso concreto.

3 O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO NA LITERATURA JURÍDICA E LEGISLAÇÃO PENAL PORTUGUESA

Algumas legislações estrangeiras utilizam o instituto do Consentimento como fator relevante acerca da responsabilização criminal, no entanto, interessa, para fins

dos objetivos deste trabalho, a legislação portuguesa; vez que esta expressamente prevê o Consentimento do Ofendido na lei penal.

Importante ressaltar, antecipadamente, a constante divergência entre os doutrinadores que tratam do referido instituto; uma vez que de acordo com os doutrinadores alemães não há motivo para que o Consentimento do Ofendido faça parte das causas de justificação. No entanto, para os doutrinadores portugueses, a exclusão desse instituto é mais prejudicial do que a sua positivação. Este é o entendimento de Andrade (2004, p. 228) “em termos tais que a exclusão do consentimento acaba por se revelar mais como tributo a prejuízos e supostos pré-assumidos do que como decorrência cogente a partir do sentido imanente do sistema.”

Sendo este o posicionamento adotado, a legislação penal portuguesa, em seu artigo 31º, positivou o Consentimento do Ofendido como causa de exclusão de ilicitude:

Artigo 31º Exclusão da ilicitude

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

2 - Nomeadamente, não é ilícito o facto praticado: a) Em legítima defesa; b) No exercício de um direito; c) No cumprimento de um dever imposto por lei ou por ordem legítima da autoridade; ou d) Com o consentimento do titular do interesse jurídico lesado.

Para além de prever como excludente de ilicitude, o código ainda traz em seu artigo 38º uma explicação acerca do instituto:

Artigo 38º Consentimento

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

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

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

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

Percebe-se uma série de requisitos sobre quando se pode aplicar o instituto, ou seja; só pode ser aplicado quando se tratar de bem jurídico disponível, assim como a legislação prevê a possibilidade de revogação do consentimento, além de

estar prevista sua condição de validade quanto à pessoa que consente - que deve possuir idade prevista na lei do país como capaz e com discernimento necessário.

Necessariamente, o agente deve ter conhecimento prévio do consentimento, caso não o tenha e, mesmo assim, realize a conduta criminosa, não estará isento de pena, mas sim responderá por tentativa, de forma atenuada.

Há ainda, no artigo 39° da legislação em comento, um consentimento tido como presumido:

Artigo 39° Consentimento presumido

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

Verifica-se que não é exigível um consentimento expresso; o que é uma exceção à regra prevista no ponto 2 do artigo 38° anteriormente transcrito. Essa “permissão” não é conhecida pelo agente, devendo-se presumi-la, ou seja; o agente tem que através de um juízo de probabilidade, diante de uma certa circunstância de urgência, colocar-se na situação do titular do bem jurídico em questão.

Pode-se dizer que é o que ocorre, por exemplo, em uma cirurgia de emergência; quando o paciente está/é incapaz de consentir com qualquer procedimento. A intervenção médica, nesses casos não caracteriza crime, no entanto deve levar em consideração, ainda, os artigos 150°, 156° e 157° do Código penal Português:

Artigo 150° Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos

- 1 - As intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as leges artis, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física.

Artigo 156° Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários

- 1 - As pessoas indicadas no artigo 150° 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.
- 2 - O facto não é punível quando o consentimento:
 - a) Só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde; ou

b) Tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde; e não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado.

3 - Se, por negligência grosseira, o agente representar falsamente os pressupostos do consentimento, é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 60 dias.

4 - O procedimento criminal depende de queixa.

Artigo 157º Dever de esclarecimento

Para efeito do disposto no artigo anterior, o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento, salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica.

Há posicionamento que entende o consentimento presumido como um caso específico de estado de necessidade. É como afirma Welzel:

Esta causal de justificación constituye una subespecie del estado de necesidad supralegal (empleo del medio justo para un fin justo). La razón primaria justificante no es la renuncia general del interés por parte del ofendido (es decir, su consentimiento), sino el actuar positivo em su interés. (WELZEL, 1987, p.134).

Defendemos que no âmbito processual o juiz, na verificação do caso fático, deverá realizar o juízo de ponderação racional acerca do consentimento na forma presumida, para verificar primeiro se diz respeito ao instituto. Em seguida, sobre a sua aplicação; caso se verifique o respeito aos requisitos inerentes à validade do instituto.

3.1 AS TEORIAS DA NATUREZA JURÍDICA DO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO SOB UMA PERSPECTIVA PORTUGUESA

Assim como se verifica no Brasil, o instituto é controverso também na dogmática portuguesa, em relação à sua natureza. Dessa forma, a controvérsia versa sobre a aplicação do consentimento como causa que exclui a tipicidade ou a ilicitude do fato. Um dos motivos dessa controvérsia é o fato de existir uma certa imprecisão quanto a uma possível sistematização de todas as causas de exclusão

da ilicitude ou se o consentimento do ofendido, diante de tantas particularidades que lhes são inerentes, poderia fazer parte desse sistema.

Antes mesmo da inserção do consentimento no Código Penal Português, Jorge de Figueiredo Dias (2009, p. 429-430) defendia a necessidade de a lei distinguir as hipóteses em que o consentimento funcionará no campo da tipicidade ou no campo da ilicitude.

Levando-se em conta um viés dual, de acordo com o já mencionado Andrade (2004, p 142-147), há duas formas de vontade do indivíduo; o consentimento (*stricto sensu*) e o acordo. Com isso, tem-se que o acordo exclui a tipicidade e o consentimento, por sua vez, exclui a ilicitude. Essa dissonância surgiu com Geerds, no intitulado “paradigma dualista”.

Não poderíamos deixar de ressaltar a importância de Geerds, que operou a divisão entre acordo e consentimento, representando causa excludente da tipicidade e causa de justificação da conduta, respectivamente. Nas palavras de Andrade:

Foi Geerds que cunhou a contraposição terminológica entre *Einwilligung* (consentimento) e *Einverständnis* (acordo), sob a qual continua ainda a travar-se a discussão doutrinal. A ele ficou outrossim a dever-se o primeiro desenho sistemático de duas figuras jurídico-penais autônomas e divergentes. (ANDRADE, 2004, p. 142).

Zaffaroni e Pierangeli defendem a necessidade dessa diferenciação:

O acordo é uma forma de aquiescência que configura uma causa de atipicidade, mas que deve ser cuidadosamente diferenciada do consentimento, que só pode ser um limite a alguma causa de justificação. O acordo é precisamente o exercício da disponibilidade que o bem jurídico implica, de modo que, por maior que seja a aparência de tipicidade que tenha a conduta, jamais o tipo pode proibir uma conduta para a qual o titular do bem jurídico tenha prestado sua conformidade. (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2004, p. 527).

Em resumo, acordo e consentimento são expressões da autonomia, porém com estrutura normativa e teleológica distintas. Neste sentido, para Andrade (2004, p. 516), o consentimento origina “uma relação de descontinuidade entre autonomia pessoal e o bem jurídico típico”. O acordo, ainda nas palavras de Andrade (2004, p. 517), “assegura a continuidade entre autonomia pessoal e o bem jurídico protegido”. O acordo não representa afronta ao bem jurídico, não há conflito. O consentimento, por sua vez, não afasta a afronta ao bem jurídico, uma vez que o comportamento é

típico e representa um significado “lesivo” à sociedade; apesar de o possuidor ter vontade de dispor.

4 REQUISITOS PARA UM CONSENTIMENTO VÁLIDO EM UMA ANÁLISE COMPARATIVA LUSO-BRASILEIRA

Como já mencionado, a legislação portuguesa expressamente prevê o consentimento do ofendido como causa de exclusão de ilicitude. O que não ocorre na legislação brasileira, uma vez que o instituto não consta positivado no Código Penal, como já fora discutido.

Em resumo, o instituto no Brasil vem sendo entendido como causa supralegal de exclusão de ilicitude. Todavia, entendemos que a falta da positivação do instituto abre brechas para inúmeros entendimentos, tendo como corolário discussões como por exemplo, a possibilidade de o instituto funcionar, apenas, como causa excludente de tipicidade.

Além, ainda, de haver uma discussão sobre a possibilidade de, ao mesmo tempo, retirar a ilicitude em determinados casos e a tipicidade em outros. Ou de funcionar como uma atenuante (o que deve ser analisado pelo juiz no momento trifásico da pena).

Ao se deparar com a legislação portuguesa, já transcrita anteriormente, encontramos os requisitos para validade do consentimento. Por sua vez, na legislação brasileira, os requisitos para um consentimento válido variam de acordo com o posicionamento de cada doutrinador, vejamos:

a) que o ofendido tenha manifestado sua aquiescência livremente, sem coação, fraude ou outro vício de vontade; b) que o ofendido, no momento da aquiescência, esteja em condições de compreender o significado e as consequências de sua decisão, possuindo, pois, capacidade para tanto; c) que o bem jurídico lesado ou exposto a perigo de lesão se situe na esfera de disponibilidade do aquiescente; d) finalmente, que o fato típico penal realizado se identifique com o que foi previsto e se constitua em objeto de consentimento pelo ofendido. (TOLEDO, 1984, p. 215).

Por outro lado, Greco defende que para o consentimento do ofendido surtir efeito devem estar presentes três requisitos:

“que o ofendido tenha capacidade para consentir; que o bem sobre o qual recaia a conduta do agente seja disponível; que o consentimento tenha sido

dado anteriormente ou pelo menos numa relação de simultaneidade à conduta do agente". (GRECO, 2016, p. 279).

Sobre a validade do consentimento do ofendido, embora o instituto não conste no Código Penal Brasileiro, o entendimento majoritário é o de que para que seja válido deve recair apenas sobre os bens disponíveis. Sendo, então, entendimento semelhante ao que consta na legislação portuguesa:

"Bem jurídico disponível é aquele exclusivamente de interesse privado (que a lei protege somente se é atingido contra a vontade do interessado). O consentimento jamais terá efeito quando se tratar de bem jurídico indisponível, ou seja; aquele bem em cuja conservação haja interesse coletivo." (FRAGOSO, 2003, p. 192-193).

Entende-se que a tutela dos bens indisponíveis é de total interesse do Estado. Exemplo disto são os bens coletivos e a vida. Em verdade, não há um critério objetivo para se verificar a disponibilidade dos bens jurídicos. Trata-se, no fim, de uma disponibilidade que apenas o legislador pode trazer à baila, é uma questão de ordem política criminal.

Por esse motivo, o que se deve analisar é a norma vigente, bem como os costumes locais e uma ponderação entre o bem jurídico e o interesse público protegido. Como bem afirma Nucci (2017, p. 573) "o consentimento do ofendido, como se sabe, somente pode tocar bens disponíveis, quando não afronte os bons costumes e a ética social.". Esse também é o posicionamento de Fernando Capez:

O consentimento do ofendido contrário à ordem pública e aos bons costumes é ineficaz, ainda que se trate de bens disponíveis. Dessa forma, lesões sádicas durante um ato sexual configuram crime, pouco importando o consentimento e a capacidade para consentir da "vítima". Convém, no entanto, realçar que o conceito de bons costumes é bastante variável, de acordo com o momento histórico, as tradições e a cultura de uma coletividade. (CAPEZ, 2018, p. 532).

Ainda sobre essa problemática da disponibilidade do bem jurídico, apontamos algumas referências em nosso ordenamento. Por exemplo, no que se refere à vida vale ressaltar que há uma relativização, ou seja; embora seja considerado um bem jurídico de relevante interesse social, não possui uma indisponibilidade absoluta. A relativização do aborto pelo motivo de violência sexual ou aborto necessário por motivos de saúde da gestante são relativizações da vida e estão positivadas como condutas permitidas no Código Penal brasileiro:

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

Aborto necessário

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

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

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

Há também, no mesmo sentido, a relativização quando a Constituição traz a possibilidade da pena de morte em caso de guerra declarada:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX.

Outro ponto que merece ser mencionado diz respeito à eutanásia. O legislador não a descriminalizou, embora se tenha entendimento da possibilidade de “homicídio privilegiado”; que ocorre quando este resulta por motivos de relevante valor moral ou social.

O que se verifica é uma categorização rígida pelo legislador do que é ou não disponível:

A essência da *relação social* protegível juridicamente está na nota da *individualidade* (com isso se aceita que a pessoa humana está no centro do conceito de *bem* e da *relação social*). Em um Estado Social e Democrático de Direito a determinação dos bens jurídicos se fará considerando os indivíduos e suas necessidades, antes que a conservação e funcionamento do sistema social. (GOMES; MOLINA; BIANCHINI, 2007, p. 432).

Em verdade, essa valorização pré-existente de um bem jurídico, praticamente, não possibilita uma abertura para que o juiz verifique a disponibilidade também analisando um contexto fático.

Passando adiante, a legislação portuguesa exige o requisito etário de 14 anos de idade e total discernimento no momento do consentimento. Não se entende apenas o requisito “idade”, mas também a capacidade no momento da aquiescência. Nas palavras de Toledo (1984, p. 130), é preciso “que o ofendido, no momento da aquiescência, esteja em condições de compreender o significado e as consequências de sua decisão, possuindo, pois, capacidade para tanto.”.

As decisões dos tribunais brasileiros também exigem o requisito idade para validade do consentimento. A exemplo disso, o Superior Tribunal de Justiça já se

posicionou e sumulou seu entendimento de que o crime previsto no artigo 217 do Código Penal é crime independentemente do consentimento do ofendido:

Súmula 593 do STJ: “O crime de estupro de vulnerável configura-se com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente”.

Mas por que é considerado crime mesmo com o consentimento? Pelo simples fato de que este consentimento não possui validade para o nosso ordenamento. O bem jurídico em questão não é disponível, visto que o ofendido não é capaz na forma da lei, o que implica em total proteção estatal.

Há casos, no entanto, em que a discussão gira em torno do fato de o agente ter se equivocado quanto à idade do sujeito passivo. Alega-se, muitas vezes, o erro de tipo, disposto no artigo 20 do Código Penal brasileiro:

Erro sobre elementos do tipo

Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

É possível sim, que ocorra um erro sobre o elemento constitutivo do tipo, qual seja; a idade. Isso ocorre muito nas casas de festas que só permitem entrada para maiores de 18 anos. O agente conhece uma pessoa que diz ter 18 (dezoito) anos de idade e, aparentemente, esta idade condiz com o porte físico da pessoa. Caso o ato sexual aconteça e, posteriormente, seja imputado o crime de estupro de vulnerável ao agente, é evidente que o erro é sustentável, mas apenas nas situações em que a “vítima”, de fato, aparenta ser maior de 14 (quatorze) anos, além de, claro, ter consentido com o ato sexual.

Há doutrinador que critica a estipulação da idade mínima de 14 anos para a capacidade de consentir, nas palavras de Pierangeli:

[...] resulta óbvio que não se pode aceitar a idade de 14 anos como a mínima que possibilite a validade do consentimento do ofendido para fins de justificação. Estabelece o Código uma presunção *juris et de jure* de invalidade do consentimento, presunção que não admite prova em contrário. Resulta, portanto, meridianamente claro que o critério a ser seguido só pode ser o da idade estabelecida para a imputabilidade, ou seja, 18 anos, até porque os menores dessa idade ficam sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial (art. 27). Adquire, pois, o indivíduo a sua capacidade penal aos 18 anos. Mas não a adquire tão-somente o imputado, mas, também, o consenciente, porquanto seria inadmissível que em um mesmo Código se estabelecesse duas idades para uma mesma capacidade penal,

ou, por outras palavras, uma para a prática do fato e outra para consentir em fato que a justifique. (PIERANGELI, 1995, p. 138).

Ou seja, deve-se analisar as peculiaridades de cada caso concreto, mas obedecendo sempre no que tange à disponibilidade do bem jurídico.

A legislação portuguesa traz o momento da manifestação e a possibilidade do crime ser punido como tentativa, caso o sujeito tenha agido sem o conhecimento do consentimento. Não se verifica esta última parte na legislação brasileira, vez que, como já fora mencionado, o entendimento é o de que o momento do consentimento é o anterior à conduta.

Os julgados no Brasil trazem uma certa tendência de exigência, além da disponibilidade do bem jurídico, da comprovação do consentimento para sua eficácia:

APELAÇÃO CRIMINAL. LESÃO CORPORAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. ABSOLVIÇÃO. LEGÍTIMA DEFESA DE TERCEIRO. INVIÁVEL. PALAVRA DA VÍTIMA. RELEVÂNCIA. CONSENTIMENTO DA OFENDIDA. INAPLICABILIDADE. PROVIMENTO NEGADO.

1- Existindo provas que embasem com robustez a condenação, impossível absolver o réu, mormente quando não restou demonstrado a configuração de **legítima** defesa de terceiros. 2- Não há como acolher o pleito defensivo de que o suposto **consentimento** da ofendida constitui causa supra legal de exclusão de ilicitude, diante da ausência de comprovação de tal **consentimento**, bem como pelo fato de que quanto aos delitos que configurem violência doméstica, o STF, no julgamento da ADIN nº 4.424, reconheceu a natureza incondicionada da ação penal pública instaurada para sua apuração. 3 - Provimento negado.

(AP 0002177-51.2016.827.0000, Rel. Juíza convocada CÉLIA RÉGIS, 1ª Turma da 2ª Câmara Criminal, julgado em 28/06/2016).

Nesse mesmo sentido:

APELAÇÃO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO, VIAS DE FATO E AMEAÇA. CONDENAÇÃO POR VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO MANTIDA.

Acusado que invadiu a moradia da sua ex-esposa, **sem o consentimento** dela – Sua condição de coproprietário do imóvel não o autorizava ingressar no local, contra a vontade da moradora – Consistentes elementos de prova a respeito da **falta de consentimento da vítima** – Condenação mantida – Vias de fato e Ameaça – Provas frágeis – Alegação da vítima e do réu que a primeira deu início a agressões contra a atual mulher do acusado – Ação do Réu para apartar a briga, jogando a vítima ao chão – Legítima defesa de outrem – Crime de ameaça – Negativa da vítima quanto a tal conduta por parte do réu – Ausência de provas – Absoluções decretadas – Pena para o crime de invasão de domicílio fixada em 1/6 acima do mínimo legal, em

razão dos maus antecedentes – Regime prisional semiaberto mantido – Recurso de apelação parcialmente provido.
(TJ-SP 00012218820178260368 SP 0001221-88.2017.8.26.0368, Relator: Cesar Augusto Andrade de Castro, Data de Julgamento: 24/07/2018, 3ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 30/07/2018)

No primeiro caso, o apelante sustentou uma versão na qual afirmou ter atuado em legítima defesa de terceiros, pois a vítima estava agredindo sua irmã. Decidiu-se contra a apelação uma vez que, embora tenha ocorrido a reconciliação após agressão, não se entende, obviamente, que houve qualquer consentimento, (por não restar comprovado). Também não resultou na absolvição do réu por se tratar de crime de ação penal pública incondicionada.

No segundo caso, embora o réu seja coproprietário do imóvel, o casamento já não vigorava. A ex-esposa era quem morava no local. Dessa forma, passa a ser necessária a autorização desta para a entrada no imóvel. O que não ocorreu, diante das provas do não-consentimento.

No que se refere à prova do consentimento, já se verifica casos em que há a aceitação de um consentimento presumido:

APELAÇÃO. VIOLENCIA DOMÉSTICA. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA. DELITO DE DESOBEDIÊNCIA TIPIFICADO NO ART. 359 DO CP. NÃO CONFIGURADO. CONSENTIMENTO DA OFENDIDA. PROVIMENTO.

Réu afastado do lar por força de medida protetiva que volta ao local com o **consentimento** da **ofendida**, não age ilicitamente. Presume-se que a beneficiária das medidas protetivas abriu mão da proteção estatal oferecida através da Lei Maria da Penha. Apelo defensivo provido.
(Apelação Crime Nº 70052872884, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gaspar Marques Batista, Julgado em 13/03/2014).

No caso acima, o consentimento foi entendido como “presumido”, ou seja; entendido através de uma análise, pelo julgador, acerca das ações das pessoas envolvidas no caso concreto. Dessa forma, a protegida pela Lei Maria da Penha permitiu a volta do réu ao domicílio, o que se conclui que a mesma abriu mão do aparato estatal que a referida lei traz, qual seja, o afastamento do réu.

Ademais, quanto à positivação na legislação, o Código Penal atual, como dito, permanece omissivo no que tange ao consentimento do ofendido. Assim, as causas legais de excludente de ilicitude atuais são as seguintes:

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Excesso punível

Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo.

Vale ressaltar que no dia 18 de junho de 2012, a Comissão de Juristas elaboraram o Projeto de Lei do Senado nº 236, que tem como redação em seu artigo 28:

Exclusão do fato criminoso

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

- I – no estrito cumprimento do dever legal;
- II – no exercício regular de direito;
- III – em estado de necessidade; ou
- IV – em legítima defesa;

Embora exista uma proposta legislativa de mudança do Código Penal atual, como se pode observar, foram mantidas exatamente as mesmas excludentes de ilicitude vigentes. A mudança trata-se apenas sobre o título da matéria; mudando de “exclusão da ilicitude” para “exclusão de fato criminoso”.

A legislação portuguesa traz a possibilidade de revogação do consentimento ofendido. A doutrina majoritária brasileira também defende a possibilidade de revogação. Nucci (2017) afirma que a revogação do consentimento pode ocorrer a qualquer tempo, mas deve ser antes ou concomitante à conduta do agente. Não há como defender um consentimento posterior à conduta, por incompatibilidade com o próprio instituto. Este fato, em verdade, caracterizaria o perdão do ofendido.

Para Roxin (1997) o consentimento deve ser anterior ou simultâneo à conduta, uma vez que dado em momento posterior ele não será eficaz para surtir os efeitos penais. Além disso, pode ser revogado a qualquer momento anterior à conduta consentida.

El consentimiento debe ser prestado antes del hecho [...] y es libremente revocable, em tanto no exista en el caso concreto um vínculo contractual. Además, para su revocación tampoco puede ser suficiente el cambio de voluntad puramente interno, sino que debe exigirse su manifestación al exterior. Una autorización ulterior (p.ej. la víctima regala al ladrón lo robado, después del descubrimiento del hecho) carece de influencia sobre la realización del tipo. (ROXIN, 1997, p. 535).

A legislação portuguesa admite o consentimento presumido. Entretanto, só ocorre, como já verificado anteriormente, nas situações/circunstâncias de urgência/necessidade. A posição majoritária no Brasil é a de que não é aceito o consentimento presumido.

A exemplo disso, a Lei 9.434/97 tinha como finalidade aumentar o número de doações, estabelecendo um consentimento presumido, no qual quem não quisesse ser doador deveria registrar em sua carteira de identidade ou habilitação a negativa. Tal lei foi alterada e, hoje, para que se possa remover órgãos e tecidos é necessária a autorização do conjugue ou parente maior de idade.

Nesse sentido, Nucci defende que o consentimento deve ser, apenas, expresso:

[...] desde que seja possível reconhecê-lo. Não se admite o consentimento presumido. Se alguém, por exemplo, concorda com uma determinada agressão física uma vez, não quer significar que aquiesça sempre. Logo, a presunção não tem lugar nesse contexto. (NUCCI, 2017, p. 575).

Com isso, conclui-se, que não há uma maneira pré-constituída de formas para consentir. Desde que seja possível reconhecer que o titular do bem jurídico protegido realmente consentiu, o consentimento pode ser dado até mesmo por gestos, mensagens de texto, ligação etc.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há uma certa carência de estudo aprofundado sobre o consentimento do ofendido. Muitos doutrinadores brasileiros não falam ou falam muito pouco sobre o instituto. Isso decorre, principalmente, pela ausência que se verificou da positivação do consentimento do ofendido no Código Penal brasileiro de 1940. Ausência esta que permanece até mesmo no Projeto do Novo Código Penal.

Realizamos uma análise comparativa entre o ordenamento brasileiro e o ordenamento português. Constatamos o que já havíamos verificado de início: existe uma imensa semelhança no que tange à utilização do consentimento do ofendido em ambos os países. A diferença crucial que inicialmente apontamos é o fato de que o Código Penal Português expressamente prevê o instituto do consentimento, demonstrando, desde logo, a sua importância.

Posto isso, verificamos que na legislação portuguesa o consentimento exclui a ilicitude do fato; o que também é o posicionamento majoritário da doutrina brasileira, embora, em ambos os países, ocorra uma aflorada discussão sobre os casos em que o consentimento pode excluir a tipicidade.

Em ambos os países, o consentimento só terá eficácia quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis. A legislação portuguesa traz explicitamente que o consentimento não terá eficácia se ofender os bons costumes. Entendimento também com posicionamento majoritário entre nós.

Ainda, na legislação portuguesa o consentimento pode ser expresso por qualquer meio. Assim como revogado a qualquer momento. Este é também o entendimento firmado entre os doutrinadores brasileiros. Ambos os países prezam pela capacidade de quem consente, pelo discernimento no momento de dispor do bem jurídico.

A legislação portuguesa traz a necessidade etária maior de 14 anos para consentir. Por sua vez, a legislação brasileira não taxa a idade, por não prevê o instituto. No nosso caso, entende-se que a idade para consentir é a mesma da penal, qual seja; 18 anos.

Fato curioso é que a legislação portuguesa positivou o consentimento possível de ser punível com pena aplicada à tentativa caso o agente não tenha conhecimento do consentimento pelo ofendido. O que não ocorre no entendimento brasileiro.

No que se refere estritamente às querelas doutrinárias existentes tanto entre os doutrinadores brasileiros quanto entre os portugueses, elas dizem respeito à natureza do consentimento do ofendido e às suas consequências, especificamente quanto ao delito; quando analisados os substratos do crime. De um lado estão os adeptos da corrente dualista, do outro estão os adeptos da teoria unitária; como já retromencionado.

Nos filiamos ao paradigma dualista, na qual o consentimento exclui a tipicidade – entendido como acordo -, assim como pode também excluir a ilicitude – o consentimento em *stricto sensu* -, com alguns necessários ajustes.

Em suma, o acordo ocorrerá nos casos em que o dissenso entre o ofendido e o agente estiver contido no tipo. Por sua vez, o consentimento dirá respeito aos casos em que não se verifique um dissenso no tipo, o que caracteriza um interesse individual de disposição do bem jurídico ante à proteção estatal. Em outras palavras, no consentimento o indivíduo abre mão da proteção estatal.

No que concerne ao interesse individual de disposição do bem jurídico nos casos em que o dissenso não integre o tipo, defendemos uma análise, pelo julgador, através dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade sobre a disponibilidade

do bem jurídico em confronto com o interesse social. Para tanto, retira-se, necessariamente, o engessado entendimento de que o interesse social deve sempre sobrepor ao interesse individual de disposição.

Isto porque na ausência da expressão da lei, pouco se sabe com exatidão sobre a disponibilidade dos bens jurídicos; não existe, necessariamente, um rol de disponibilidade. O que, diante da utilização reiterada do princípio do interesse coletivo ante o individual, implica na conclusão de que poucos são os bens de interesse exclusivamente individual. Resultando sempre em uma certa exclusão de importância do consentimento do ofendido.

Ainda, defendemos a validade do consentimento até mesmo em bens tidos como indisponíveis pelo Estado. Primeiro pelo fato de que negamos direitos absolutos, a exemplo, expomos algumas ressalvas dentro no nosso ordenamento, o bem jurídico vida. Este posicionamento decorre exatamente das mudanças sociais que o Direito deve acompanhar.

Por consequência, defendemos uma maior atuação do julgador diante do caso concreto para que, nos casos de indisponibilidade do bem tutelado, possa-se atenuar, na fase trifásica, a responsabilidade de quem agiu com o consenso do titular. Para tanto, obviamente, devem estar presentes os demais requisitos estudados para a validade e eficácia do consentimento.

ABSTRACT

The subject under study has a substantial legal relevance, once the right to the manifestation of individual will has criminal implications and, towards a Democratic State of Law, legal security must always be safeguarded. Therefore, it is extremely social relevant to seek the positivation in law of common facts in society; facts that have the power to impact, as well as the positivation of institutes related to these facts, which often lie in the legislative omission. The present work, therefore, has as its object of study the consent of the victim in the Criminal Law. For this, it was used as methodology the observational and comparative method, conducting, as research, a bibliographic survey of the institution of the consent of the offended in Brazilian law, as well as in Portuguese law; since the latter gave the importance due to the institute by effecting it in the Penal Code. In this way, we the study approaches the main doctrinal positions on the subject in both countries using Manuel da Costa Andrade, Claus Roxin, Zafaroni and Pierangeli, Assis Toledo, among others. Specifically, it refers to the doctrinal quarrels regarding the legal nature that the consent of the offended has in both jurisdictions. Yet, therefore, it makes a comparative analysis of the requirements necessary for the effectiveness and validity of the offended's

consent; analyzing if there are more similarities than dissonances, as well as verifying the way in which Brazilian cases are decided in cases that concern the subject.

KEYWORDS: Portuguese. Brazilian. Consent of the Offended.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e Acordo em Direito Penal** (reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. v. 1. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **O problema da consciência da ilicitude em Direito Penal**, 6ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. **Lições de Direito Penal - A Teoria do Crime no Código Penal de 1982**. Lisboa: Verbo, 1985.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 16. ed. atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **Lições de direito penal: a nova parte geral**. 1. ed. rev. e atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García Pablos de; BIANCHINI, Alice. **Direito Penal – Introdução e Princípios Fundamentais**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito penal: parte geral**. 2. tir. v. 02. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

ISOLDI FILHO, Carlos Alberto da Silveira. **Causas de Exclusão da Tipicidade**. 1ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal - Parte Geral**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Imputação objetiva**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido (na Teoria do Delito)**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PORTUGAL. **Código Penal português**. Disponível em <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20080626_10.pdf> Acesso em 12 mar. 2018.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito**. t. 1. Madri: Civitas, 1997.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Ilicitude penal e causas de sua exclusão**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. **Princípios Básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2000.

VEGARA, Sylvia Constant. **Projetos e Relatórios de Pesquisa em Administração**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Aleman**. 11ª ed. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. v. 1. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.