

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA- UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

RODRIGO DE OLIVEIRA MARQUES

**CONSENTIMENTO DO OFENDIDO:
POSIÇÃO ATUAL DO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

MARÍLIA
2016

RODRIGO DE OLIVEIRA MARQUES

CONSENTIMENTO DO OFENDIDO:
POSIÇÃO ATUAL DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* Mestrado em Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, para a obtenção do Título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado.

Linha de Pesquisa: Crítica aos Fundamentos da Dogmática Jurídica.

Orientador: Prof. Dr. Mário Furlaneto Neto

MARÍLIA
2016

Marques, Rodrigo de Oliveira.

O consentimento do ofendido: posição atual do Direito Penal brasileiro / Rodrigo de Oliveira Marques; orientador: Mário Furlaneto Neto. Marília, SP, 2016.

85 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2016.

1. Consentimento do ofendido. 2. Direito Penal brasileiro. 3. Doutrina. 4. Jurisprudência

CDD: 341

RODRIGO DE OLIVEIRA MARQUES

CONSENTIMENTO DO OFENDIDO: POSIÇÃO ATUAL DO DIREITO
PENAL BRASILEIRO

Banca Examinadora da Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do UNIVEM/F.E.E.S.R., para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Resultado: _____

ORIENTADOR: _____
Prof. Dr. Mario Furlaneto Neto

1º EXAMINADOR: _____
Prof. Dr.

2º EXAMINADOR: _____
Prof. Dr.

Marília, _____ de _____ de 2016

*Dedico este trabalho às pessoas fundamentais em
minha vida, aos meus pais, que sempre acreditaram no
meu potencial e me incentivaram durante esta jornada.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, por guiar meus passos, iluminando meus caminhos e me transmitindo forças para seguir em frente.

Ao meu professor e orientador Dr. Mário Furlaneto Neto, pela dedicação sabedoria e paciência transmitidas no desenvolvimento deste trabalho.

A todos os professores do curso de mestrado pelo conhecimento compartilhado.

Aos colegas pela amizade e colaboração em todos os períodos convívios.

MARQUES, Rodrigo de Oliveira. **O consentimento do ofendido:** posição atual do direito penal brasileiro. 2016. 61 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília.

RESUMO

A partir da crítica aos fundamentos da dogmática jurídica linha de pesquisa deste estudo, por meio do emprego do método qualitativo interpretativo inerente a ciência do Direito o estudo realizou a partir da revisão bibliográfica e pesquisa descritiva a verificação das teorias pertinentes ao Direito Penal como instrumento de controle social e a importância do bem jurídico penal e coletivo na Constituinte, bem como a posição de Gunther Jakobs a respeito do bem jurídico. Relacionam-se conceitualmente as teorias do crime no que concerne ao fato típico, a antijuridicidade e as causas de sua exclusão. A culpabilidade e o fato punível. Traz-se uma visão das jurisprudências aplicadas pelos tribunais superiores às questões voltadas ao consentimento do ofendido e os limites da sua aplicabilidade. Sendo assim, o presente estudo tem por objetivo investigar e analisar o entendimento do consentimento do ofendido em uma abordagem de natureza jurídico-penal levando em consideração a não previsão no Código Penal do presente instituto tomando como ponto de partida a autonomia do indivíduo e sua ingerência no Direito Penal. O estudo permitiu concluir que o consentimento do ofendido não encontra amparo legal no ordenamento jurídico brasileiro, gerando grande divergência entre a doutrina e a jurisprudência, seja ela interna ou externa. Sua análise deverá ocorrer tanto em âmbito da antijuridicidade e da tipicidade. É importante ressaltar as diferentes causas que o consentimento do sujeito passivo em determinado fato típico pode acarretar, seja excluindo sua tipicidade ou ainda sua ilicitude. Parte da doutrina se posiciona no sentido de que o consentimento do ofendido para excluir a ilicitude e a tipicidade, deverá este ser considerado uma causa legal de exclusão.

Palavras-chave: Consentimento do ofendido. Direito Penal brasileiro. Doutrina. Jurisprudência.

MARQUES, Rodrigo de Oliveira. **O consentimento do ofendido**: posição atual do direito penal brasileiro. 2016. 61 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília.

ABSTRACT

From the criticism to the foundations of the juridical dogmatics line of research of this study, through the use of the interpretive qualitative method inherent in the science of Law the study carried out from the bibliographic review and descriptive research the verification of the theories pertinent to the Criminal Law as instrument of Social control and the importance of the criminal and collective legal good in the Constituent, as well as the position of Gunther Jakobs regarding the legal good. The theories of crime are conceptually related to the typical fact, the antijuridicity and the causes of its exclusion. Guilt and punishable fact. An overview of the jurisprudence applied by the higher courts is given to the issues of consent of the victim and the limits of their applicability. Therefore, the present study aims to investigate and analyze the understanding of the offender's consent in a criminal-legal approach taking into account the non-provision in the Penal Code of this institute taking as a starting point the autonomy of the individual and his interference In Criminal Law. The study allowed to conclude that the consent of the offended person does not find legal support in the Brazilian legal system, generating a great divergence between doctrine and jurisprudence, be it internal or external. Its analysis should occur both in the area of anti-legality and typicality. It is important to emphasize the different causes that the consent of the taxable person in a certain typical fact may entail, either excluding its typicality or even its illegality. Part of the doctrine is in the sense that the consent of the offended person to exclude unlawfulness and typicality should be considered a legal cause of exclusion.

Keywords: Consent of the victim. Brazilian criminal law. Doctrine. Jurisprudence.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CP - Código Penal

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TJCE - Tribunal de Justiça do Ceará

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO I - A TUTELA DO BEM JURÍDICO COMO FUNÇÃO DO DIREITO PENAL	
1.1 O direito penal como instrumento de controle social	15
1.2 Conceito e importância do bem jurídico penal	20
1.2.1 A questão do bem jurídico coletivo	23
1.3 A posição de Gunther Jakobs acerca do bem jurídico	26
1.4 A Constituição Federal e os bens jurídicos penais.....	28
CAPÍTULO II - O CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME.....	
2.1 O fato típico no conceito analítico.....	33
2.1.1 Elementos do fato típico conduta	33
2.2 A antijuridicidade e as causas de sua exclusão	39
2.2.1 Estado de Necessidade.....	40
2.2.2 Legítima defesa.....	41
2.2.3 Estricto cumprimento do dever legal.....	43
2.2.4 Exercício regular de direito	44
2.3 A culpabilidade, seus elementos e causas de afastamento.....	44
2.3.1 Teorias da culpabilidade	45
2.3.2 Elementos da culpabilidade	46
2.3.3 Causas excludentes da imputabilidade	47
2.4 As teorias do fato punível e os elementos do conceito analítico	49
2.4.1 Sistema bipartido: teoria dos elementos negativos do tipo.....	50
2.4.2 Critérios diferenciadores entre a teoria dos elementos negativos do tipo e a teoria da tipicidade conglobante.....	51
CAPÍTULO III - O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO E O DIREITO PENAL NACIONAL	
3.1 Os bens jurídicos passíveis de consentimento.....	53
3.2 O consentimento do ofendido como causa de exclusão da antijuridicidade	54
3.3 O consentimento do ofendido como princípio geral de direito	58
3.4 Reflexos e posição atual do consentimento no direito penal brasileiro.....	60
3.4.1 A jurisprudência penal nacional e o consentimento da vítima	67
CONSIDERAÇÕES FINAIS	78
REFERÊNCIAS	82

INTRODUÇÃO

A manifestação da vontade é inerente à natureza humana como forma de regular a própria vida e as relações com os outros que acontece intuitiva e originalmente sendo impossível de passar à margem de qualquer codificação e desapercibida pelo Direito.

Sob a égide da teoria naturalista que surgiu no final do século XIX nota-se a influência do positivismo que transferiu para o âmbito das ciências humanas, ou seja, direito, história, psicologia, os critérios das ciências da natureza. Deste fato derivou o sistema clássico de Liszt que separou a ação humana em duas vertentes, uma que retrata o querer interno e o outro o processo causal palpável que, em outras palavras remeta à conduta corporal do agente e o seu efeito ou resultado.

Já na teoria contratualista da vontade deriva o acordo entre as partes, ou seja, um contrato firmado entre as pessoas a partir do consenso baseado em elementos essenciais que garantam a existência social

A manifestação da vontade do indivíduo tem relevância tanto no direito público como privado e dentro da natureza impositiva e sancionadora adentra a finalidade do Direito Penal que modernamente prevê a proteção de bens jurídicos destacando a relação do titular com o bem protegido.

Subordinada à natureza do bem, o grau de relevância poderá ser maior ou menor em relação à manifestação da vontade de seu titular diante da relação cotidiana com o bem protegido e os demais indivíduos.

Discute-se atualmente, no âmbito jurídico, a questão da liberdade e autonomia individual diante da consciência comum do agrupamento social ao qual pertencem os indivíduos pleiteando seus direitos constitucionalmente assegurados sem limites ou entraves, já que são inerentes ao exercício digno da vida humana.

No ramo do Direito Público a questão de respeito do exercício de tal liberdade é mais delicada. No entanto, no campo Direito Penal que tutela os bens jurídicos estes são considerados mais valiosos para o agrupamento social já que são *ultima ratio* do ordenamento jurídico brasileiro.

Do sistema social de interpretação decorre a significação da ação humana onde a autonomia no exercício da liberdade decorrente da valorização que carrega o sistema social. Sendo assim, a autonomia só é relevante por meio da manifestação da vontade do titular do bem jurídico a partir de uma interpretação sistêmica.

Na esfera do Direito Penal, o instituto que discute a autonomia é o consentimento do ofendido entendido como a renúncia do titular do bem jurídico à proteção penal.

A partir deste entendimento, o enfrentamento do tema em apreço torna-se justificável diante da constatação do não tratamento do consentimento do ofendido no Código Penal pátrio, dificultando, desta forma, uma uniformização de um conceito uno e aplicável aos casos que versem sobre a matéria e a natureza jurídica do referido instituto. Por conseguinte, seus efeitos, concretos certamente decorrem de sua imprevisão legal, o que não pode escusar sua falta de tratativa devendo ser observados os preceitos da Teoria do Direito e do Estado que analisam o pensamento jurídico e político.

Logo, não havendo sistematização sobre o assunto, toma-se como premissa da aplicabilidade da causa de atipicidade da conduta ou causa supralegal de justificação, a disponibilidade do bem jurídico, implicando ainda, outros requisitos valorativos. O instituto do consentimento do ofendido ao ser aplicado, deverá ser feito assentado na ponderação de valores. A mitigação da proteção penal deve respeitar a autonomia do indivíduo, sem olvidar os princípios que conferem o sustentáculo ao Direito Penal.

O dinamismo da realidade social viabiliza novas relações sociais no dia a dia dos cidadãos, transformando-se em práticas culturais aceitas de forma ampla. Por esse motivo, condutas anteriormente proibidas, podem ser agora aceitas devido às mudanças culturais.

Embora os agentes do Direito tenham o discernimento sobre a parcimônia em apreender o Direito e a Justiça a partir, apenas, da inspiração Dogmática, olvidam-se em verificar até que ponto tal dispositivo é válido ou necessário. Frequentemente a prática jurídica perde o nexos com a própria análise dos fatos e das diversas relações intersubjetivas.

Salienta-se também que é importante identificar a natureza jurídica do instituto do consentimento do ofendido para o atual Direito Penal brasileiro no que tange o papel da vítima. Nesse contexto, faz-se importante o entendimento da evolução histórica do conceito verificando o objetivo (bem jurídico disponível), as condições e diferenças quando a pessoa é colocada em perigo. Os valores históricos também esclarecem os dogmas relativos ao conceito material de antijuridicidade e a sua derivada questão da tipicidade (formal e substancial). A partir daí é possível analisar o consentimento do ofendido como causa de exclusão da tipicidade material.

Para este entendimento é imprescindível que se verifique o entendimento doutrinário descrito na legislação brasileira.

Independentemente do prognóstico legal evidente o consentimento é exclusivo de tipicidade que se relacionam a casos delicados como a eutanásia, estupro dentre outros. Ao

doutrinador, devido às diferentes interpretações na lei em face de um direito formalmente insatisfatório, é difícil o equacionamento jurídico do fato que envolve os conceitos delicados conceitos de dignidade da pessoa humana.

Pelo fato de ainda não estar codificado na legislação brasileira o consentimento é considerado causa supralegal de exclusão de responsabilidade penal evidenciando, em quase a totalidade da doutrina brasileira, uma tendência a considerar o consentimento como causa de exclusão ora da causa e ora da justificação.

Uma das condições para se excluir a tipicidade da ação ou da omissão se dá a partir do consentimento do sujeito passivo quando requisito intrínseco ao tipo legal, ou eventualmente, quando a quem da vontade, exclui a antijuricidade da conduta.

Sendo assim, a problemática do estudo norteia-se no seguinte questionamento: Quais os vieses de interpretação do consentimento do ofendido no Direito Penal brasileiro?

Verifica-se que as opiniões são divergentes no tocante ao consentimento do ofendido devido fundamentalmente à controvérsia doutrinária ante a nova redação do Código Penal e em razão da predominância do entendimento pela causa de justificação e da análise da questão da tipicidade pressuposto da antijuricidade.

No tratamento magistral do consentimento as concepções passaram a orientar a dimensão fática e teórica dos valores morais do instituto. Destarte, a análise deve ser feita a partir do fundamento material e subsequentemente no reconhecimento do consentimento para finalmente recair sobre o escalonamento na teoria do delito. Sendo assim, este estudo teve-se a referenciar pensamentos que busquem qualificar o consentimento na dogmática penal.

Com base na titularidade do bem jurídico considera-se genericamente que o consentimento do ofendido é o ato da vítima ou do ofendido em assentir com a lesão ou perigo de lesão.

O traço incriminador na questão do consentimento do ofendido é analisado a partir da causa que pode ser de exclusão da tipicidade ou supralegal de exclusão da ilicitude. No tocante a causa de exclusão da tipicidade exige-se a discordância da vítima como requisito objetivos formais para que se complete a figura incriminadora.

Já no referente à causa supralegal de exclusão da ilicitude o consentimento do ofendido fora o pressuposto da discordância como requisito da figura típica exclui a ilegitimidade, se praticado em situação justificante.

Nota-se a partir destas considerações que poderá ocorrer diminuição da pena quando o houver, em causas especiais, o consentimento do ofendido, como, por exemplo, no caso da eutanásia.

O consentimento do ofendido pode ser reconhecido a partir do relacionamento do bem jurídico disponível, ofendido capaz, consentimento livre, indubitável e anterior ou contemporâneo à conduta.

Uma das exigências para o reconhecimento do consentimento do ofendido refere-se à incidência do bem jurídico sobre a conduta lesiva passível de disposição pelo seu titular, como por exemplo o patrimônio ou a vida. Neste quesito destaca-se a invalidade do o consentimento do ofendido particular em face de bens jurídicos coletivos.

Neste contexto, outra exigência é a de que o ofendido tenha capacidade jurídica para consentir, pois este deve ter capacidade de entendimento para o consentimento outorgado.

Para que o consentimento do ofendido seja reconhecido faz-se também necessário que o ofendido tenha manifestado seu consentimento de forma livre ou tenha manifestado seu consentimento de maneira inequívoca, ainda que não expressamente.

Além disso, o consentimento deve ter sido dado pela vítima antes ou durante a conduta lesiva, ou seja, o consentimento deve sempre ser anterior ou, no máximo, contemporâneo à conduta do agente; nunca posterior.

Finalmente, para que o consentimento do ofendido seja reconhecido é importante que o responsável pelo fato seja o titular exclusivo do bem jurídico disponível ou que tenha autorização expressa para dispor sobre o bem jurídico.

Desta forma, por meio do emprego do método qualitativo interpretativo inerente a ciência do Direito o estudo realizou a partir da revisão bibliográfica e pesquisa descritiva a verificação do consentimento do ofendido à luz da moderna doutrina penal.

Sendo assim, o estudo tem como objetivo geral investigar e analisar o entendimento do consentimento do ofendido em uma abordagem de natureza jurídico-penal levando em consideração a não previsão no Código Penal do presente instituto tomando como ponto de partida a autonomia do indivíduo e sua ingerência no Direito Penal.

Os objetivos específicos relacionam verificar a função do Direito Penal na tutela do bem jurídico; analisar o conceito de crime e investigar o tratamento dado ao consentimento do ofendido no direito penal brasileiro.

Para que os objetivos fossem atingidos, dividiu-se o estudo em três capítulos. O primeiro capítulo verifica a tutela do bem jurídico como função do direito penal e também como instrumento de controle social, o conceito e importância do bem jurídico penal, a posição de Gunther Jakobs a respeito do bem jurídico e a Constituição Federal como berço dos bens jurídicos penais.

Em seguida, o segundo capítulo verifica o conceito de crime por meio do fato típico, a antijuridicidade e as causas de sua exclusão, a culpabilidade, seus elementos e causas de afastamento e as teorias do fato punível e os elementos do conceito analítico.

Finalizando, o terceiro capítulo investiga os conceitos pertinentes ao consentimento do ofendido no Direito Penal brasileiro.

O estudo concluiu que o consentimento do ofendido é tema polêmico disposto na doutrina brasileira que figura como causa supralegal de exclusão de responsabilidade penal. Por não encontrar amparo legal no ordenamento jurídico brasileiro, causa divergência entre a doutrina e a jurisprudência e sua análise deverá ocorrer tanto em âmbito da antijuridicidade e da tipicidade.

CAPÍTULO I - A TUTELA DO BEM JURÍDICO COMO FUNÇÃO DO DIREITO PENAL

Este capítulo destina-se à contextualização da temática sobre o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal e a sua função no controle social. Parte-se da concepção de que o homem é um ser, por natureza, social que a partir da evolução da sociedade, surge de diferentes sistemas que objetivavam estabelecer normas e regras de condutas no intuito de garantir a paz social.

Para a convivência harmônica, destaca-se o Direito como conjunto de dispositivos que estabelecem deveres, direitos e sanções à sociedade. Portanto, este capítulo analisa a relação entre o Direito Penal e a manutenção da ordem e equilíbrio social. Conceitua-se, também, o bem jurídico e verifica-se o parecer de Jakobs sobre o mesmo.

1.1 O direito penal como instrumento de controle social

Santos (2014, p. 112) ensina que a convivência do homem em sociedade, interagindo com outros indivíduos de sua espécie seja através das relações familiares, profissionais, religiosas e outras, obrigou a humanidade a determinar regra que garantissem uma convivência pacífica e o equilíbrio entre os homens com condições mínimas fundamentais, dentre elas as regras penais.

A ordem jurídica e o próprio Estado, segundo Masi (2012, p. 1), são reflexos da infraestrutura social que almeja segurança, ordem e paz. A partir daí o Direito aparece como principal instrumento de controle social voltado para a socialização do homem.

Nesse contexto, surge o Direito como regulamentador das condutas em sociedade, pois não havia um modelo de sanções que atendesse a princípios básicos como a humanidade, a proporcionalidade e razoabilidade. Masi (2012, p. 1), comenta que os castigos e torturas na época advinham de vingança particular confirmando a necessidade de um ramo do Direito que tivesse como objeto o delito e o indivíduo que o cometeu.

Concebe-se então o Direito Penal como, segundo Santos (2014, p. 112), forma de vingança privada o que, posteriormente, passaria a fase em que se entendia que os ofendidos pelas condutas de delito eram advindos dos deuses.

No entanto, segundo Santos (2014, p. 112), tendo em vista o caráter invasivo do Direito Penal, por ser uma forma de coerção por meio da sanção penal, a mais grave forma de

penalização entre as existentes no Direito, deve-se considerar que ele deve atuar na manutenção da paz social, ou seja, no controle social, como uma forma extrema na solução de eventuais conflitos que possam acontecer em determinada sociedade. Portanto, situações conflitivas possuem diversas formas de solução, dentre elas a do Direito Penal.

O Estado no Direito Penal deve estabelecer as condutas típicas que se caracterizam pelo delito e suas punições. A pena, principal elemento do Direito penal, segundo Silva (2005, p. 596), consiste na pena determinada com base na lei com o objetivo de acautelar ou coibir a ação do fato que infringir ordem social, qualificado como crime ou contravenção.

O afastamento da sociedade da personalidade do Direito Penal impôs à autoridade pública a imposição de pena e punição. A partir do posicionamento do Estado como agente punidor surgem as escolas que defendem a adoção de um Direito Penal humanitário (BUSATO, 2013, p. 147).

A partir daí o Direito Penal passou a ser um importante instrumento de controle social que aplica penas com vistas ao que se estabelece através da possibilidade de aplicação de penas que requerem retribuição, intimidação e ressocialização (BUSATO, 2013, p. 147).

Sobre isso, Fragoso (2003, p. 243) afirma que o Direito Penal é disposto pelo estado para a concreta realização de fins; toca-lhe, portanto, uma missão política, identificada de modo amplo, na garantia das condições de vida da sociedade, ou na finalidade de combater o crime, ou ainda na preservação dos interesses do indivíduo ou do corpo social.

No que tange a finalidade o Direito Penal ressalta-se a característica de controlador da sociedade com funções de manter sua ordem e organização, pois impõe ao indivíduo infrator sanções para que este não reincida em crimes e condutas proibitivas que causem modificação juridicamente relevante (BATISTA, 2002, p. 20).

Sempre que se fala em Direito Penal, se está tratando de algum tipo de violência, sendo ele apenas parte do controle social. Como destacam Conde e Arán (2007, p. 236), quando se fala em violência, supõe-se Direito Penal, e vice-versa, estando as relações humanas ligadas a ela intrinsecamente. Não se pode falar de tais relações sem a violência, como seria o mais desejado: em se tratando do sistema mais cruel de controle social disponível ao Estado, aí tem que estar, obrigatoriamente, o sistema de garantias mais profundo e estruturado. A violência está presente, de algum modo, nas formas de controle social.

Santos (2013, p. 96), ressalta ainda que, atuando na solução de conflitos, o Direito Penal deve se atentar principalmente nos comportamentos indesejados e com maior gravidade dentro do caráter social.

Os conflitos de maior gravidade com profunda perturbação social normalmente são solucionados através de ações punitivas institucionalizadas, embora seja notória a diferença das tratativas e punições dependendo da classe social do indivíduo (ZAFFARONI, 2004, p. 60).

Ainda sobre o objetivo do Direito Penal, Santos (2013, p. 96) assevera que cabe ao Direito Penal a defesa da sociedade, a proteção dos bens, valores e interesses e a garantia da segurança jurídica confirmando a sua confiabilidade e a característica principal de cumprimento às normativas estabelecidas na lei.

Batista (2002, p. 116) ressalta a positividade da função do Direito Penal, mais ressalta as características negativas da sanção penal quando ameaça os praticantes de atos ilícitos restaurando mal com mal, atingindo os bens jurídicos. Na realidade, o Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena”.

Batista (2002, p. 116) aduz que o Direito Penal deve proteger os interesses sociais independentemente da classe social a que pertença o indivíduo.

De acordo com Santos (2013, p. 97), somente os conflitos sociais de grave ameaça e relevância social merecem formas de intervenção severas, a exemplo do Direito Penal, que delimita as liberdades, sendo forma de aculturação e socialização pela solução de casos por meio de consequências penais.

Na opinião de Hassemer (2007, p. 2.012) o Direito Penal que faz o controle social é parte deste sistema que se constitui nos pilares deste controle que são norma, sanção e processo, onde a “norma define um comportamento divergente como criminoso, a sanção é a reação vinculada à divergência, o processo é o prolongamento da norma e da sanção na realidade. O Direito Penal é a forma da assimilação social dos conflitos sociais”.

Cabe destacar os critérios elencados por Busato e Huapaya (2003, p. 87) como existentes acerca de se determinar a danosidade social: em consideração à ética social, se afirma a danosidade social de um fato quando se contrapõe às normas ético-sociais impostas pelo coletivo social.

Jakobs (2004) *apud* SANTOS, 2013, p. 98) comentam ainda que o controle social sofre grande influência da sociedade, limitando as condutas individuais, e deve corresponder à busca por uma maior tranquilidade social e defesa de direitos fundamentais, na forma de bens jurídicos. Com isso, e como será demonstrado, percebe-se que, para a doutrina predominante, o Direito Penal tem a função de proteger bens jurídicos eleitos como merecedores de tutela penal, existindo entendimentos contrários, como por exemplo o de Jakobs que será discutido mais adiante, que alega ser a principal função do Direito Penal a proteção das normas penais.

Assim, Wittig (2007, p. 342) *apud* Santos (2013, p. 98), resumidamente coloca que os posicionamentos divergentes relacionados à atuação penal:

Para a dogmática tradicional, o Direito Penal tem como finalidade a proteção de bens jurídicos; para o *harm principle*, evitar danos a terceiros. Segundo o funcionalismo penal, no entanto, a incumbência do Direito Penal tem a ver com sua função social, que se resume na garantia de normas essenciais para a sociedade. É claro, esta definição, diferente da finalidade do Direito Penal (segurança de bens diante da vigência de normas), repercute nos critérios de legitimação que devem ser aplicados ao Direito positivo. As concepções jurídico-penais tradicionais partem da essência ou a estrutura dos objetos da dogmática, é dizer, dos concretos bens jurídicos do Direito Penal. O funcionalismo penal, em compensação, coloca em lugar do bem jurídico a vigência da norma. A dogmática penal liberal responde à pergunta de pôr que pode ser punida uma conduta dizendo que esta produz certos efeitos externos; concretamente, que lesar ou põe em perigo os bens jurídicos ou os reais interesses de outra pessoa. O funcionalismo, no entanto, tem outra resposta: pune-se porque, como fato dotado de sentido, a conduta lesa a norma.

Ainda sobre o controle social, Zaffaroni e Pierangeli (2002, p. 62 *apud* Santos 2013, p. 99) sintetizam que o controle social tem cunho complexo na medida em que denota a autoridade de uma sociedade não muito democrática quando se analisa a orientação de um ou outro sentido quando se trata da totalidade do fenômeno e não unicamente a parte do controle social institucionalizado ou explícito.

O Direito Penal tem uma natureza diferenciada com a função de promover a seguridade jurídica a partir da coibição penal que é distinta da coerção jurídica na medida em que tem caráter especificamente preventivo ou particularmente reparador (SANTOS, 2013, p. 99).

Segundo Santos (2013, p. 99) é o requisito fundamental da vida social fundamenta-se na segurança do cumprimento das expectativas de conduta e o interesse do estatuto que rege a convivência fraternal. Caso ocorra o descumprimento às leis a sanção deve ser imposta por uma determinada forma de procedimento, pois anarquiza-se uma sociedade sem controle social.

Para o cumprimento das leis o art. 59 do Código Penal (BRASIL, 1940) aponta que o juiz deve observar: [...] os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, aos motivos, as circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima para estabelecer, conforme seja necessário e suficiente, a reprovação e prevenção do crime.

Logo, frisa-se que as condições sociais nas quais é inserido o indivíduo influenciam na sua pré-disposição para o crime.

Busato (2013, p. 149) aponta a baixa escolaridade ou total ausência de estudos; o desemprego; o consumo de drogas; a ausência de estrutura familiar; os preconceitos e outros elementos como principais motivos da criminalidade no País. Estas condições são fatores que normalmente fazem com que o indivíduo trilhe os caminhos da criminalidade, tornando-o sujeito passivo do Direito Penal. Com base neste pensamento o Direito Penal e a sociedade caminham conjuntamente na medida em que o Direito Penal tenta estabelecer o controle das condutas dos indivíduos da sociedade.

Embasado na Declaração Universal dos Direitos do Homem a elaboração do Direito Penal deve exigir que aqueles que violem tais direitos sejam mais expostos e tomar o cuidado para não contradizer ao controle social (SANTOS, 2014, p. 140).

Santos (2014, p. 140) revela ainda que o Direito Penal positivo deve levar em conta os bens jurídicos fundamentais a uma existência digna do ser humano, podendo eles serem entendidos como bens indispensáveis ao homem, como tal reconhecidos pelo direito e protegidos por meio de leis, mais especificamente, leis penais.

Devido a sua função reguladora o Direito Penal fundamenta-se na proteção aos bens através da tutela com vistas ao controle social, pois determina o que é interdito penalmente e a delimitação do campo de atuação, limitando o poder estatal e sendo uma garantia aos indivíduos de como irá ocorrer eventual solução de conflitos e dentro de quais limites.

De acordo com Santos (2013, p. 100), é por meio da lei penal que o Direito Penal torna sua vontade conhecida e determinada, sendo esse direito um conjunto de tais leis, as quais, relacionadas a determinado sistema social, fazem parte de um todo como ordenamento jurídico, mas possui uma característica própria que é a imposição de uma sanção penal.

Santos (2013, p. 100) destaca que a lei penal não é a criadora dos valores a serem protegidos, apenas os reconhece como já existentes, indispensáveis ao homem e, portanto, que precisam da devida tutela, de acordo com as demais esferas de controle social, como parte de um grande sistema que tem por fim o melhor para o indivíduo em sua dignidade como ser humano, do qual o Direito Penal é a forma de maior gravidade de atuação, mas que sozinho não é suficiente ao referido controle.

Segundo Santos (2013, p. 101): norma, sanção e processo são, pois, os conceitos fundamentais das formas de controle social. Também no controle social que se realiza por meio do Direito Penal estão presentes; mas logicamente, dadas as peculiaridades desta forma de controle social, apresentam algumas características próprias que dão lugar a disciplinas jurídicas separadas.

Santos (2013, p. 101), deve-se ter em vista a garantia social básica de convivência, e não a intimidação dos cidadãos. A norma penal possui a função de proteção e de motivação, sendo esta última relacionada ao comportamento humano em uma sociedade, como um tipo de influência psicológica sobre os indivíduos que lhes devem respeito sob o fundamento de proteção de bens jurídicos, em que se encontra a primeira função destacada.

A partir daí é importante que se reveja o conceito e a importância do bem jurídico na opinião de juristas e na forma da lei.

1.2 Conceito e importância do bem jurídico penal

Santos (2014, p. 112) ensina que bem vem a ser o que tem valor para o ser humano. A noção de bem jurídico é de extrema relevância, já que a moderna ciência penal não pode prescindir de uma base empírica, nem de um vínculo com a realidade que lhe propicia a referida noção.

Bechara (2014, p. 17) coloca historicamente a delimitação da noção de bem jurídico foram trazidos para o âmbito jurídico-penal pela complexidade da sociedade atual principalmente no que tange a tutela de bens jurídicos supra individuais de cunho econômico, ambiental, tecnológico ou de consumo, por meio da tipificação crescente de crimes de perigo, mormente sob forma de crimes de cumulação e de mera desobediência.

Bechara (2014, p. 17) completa dizendo que nos ordenamentos jurídicos mundiais e também brasileiro concede ao direito penal um instrumento de controle acessório ao direito administrativo. Semelhantes na forma e nas normas de intervenção da Administração Pública, os tipos penais distanciando-se dos requisitos clássicos da generalidade e da abstração. As normas penais transformam-se em instrumentos de administração de situações particulares ou de emergências concretas.

Sobre isso, Baratta (2002, p. 12) *apud* Bechara (2014, p. 17) determina que:

Em um Estado de prevenção dos riscos sociais, que conflita diretamente com o direito penal do fato, expande-se a esfera de discricionariedade das próprias decisões judiciais, que assumem caráter programático e político semelhante às leis. Da mesma forma, ganha corpo o questionamento sobre a configuração do bem jurídico, que perde sua densidade. Chega-se a discutir, na atualidade, a própria importância do conceito de bem jurídico na configuração do injusto e, assim, na delimitação da função do direito penal. Diante desse processo de evolução (ou involução) da Ciência Penal, indaga-se se cumpriria, ainda, ao bem jurídico a função crítica de delimitação da intervenção penal. Cumpre-nos, portanto, voltar à discussão da teoria do bem

jurídico, a fim de estabelecer parâmetros atuais que possibilitem a discussão de seu rendimento no direito penal.

Dias (2007, p. 23) remete o bem jurídico ao objeto do Direito entendendo que os bens são os valores materiais ou imateriais que podem ser objeto de uma relação de direito.

Gauer et al. (2010, p. 240) ensina que o bem jurídico historicamente evoluiu sob algumas perspectivas que envolvem as concepções de liberal ou individual, metodológica de bem jurídico, social e funcional. A concepção liberal ou individual está relacionada ao liberalismo e ao entendimento de Fierbach que constata que há crime quando se verifica uma lesão de bens jurídicos que estão concretizados na esfera jurídica de certo indivíduo. Portanto, uma lesão de valores ou interesses que correspondem a bens jurídicos subjetivos.

Já a concepção metodológica de bem jurídico procura ver no bem jurídico um papel voltado para uma função interpretativa. Fornecer fórmulas para interpretar as normas. Instrumento de interpretação dos tipos legais de crimes. O bem jurídico tem como papel fundamentar a intervenção do Direito Penal (GAUER et al., 2010, p. 241).

Na concepção social, o bem jurídico tem seus interesses e valores subjetivados, concretizados na esfera jurídica de um indivíduo, podendo estar ligados à coletividade social (GAUER et al., 2010, p. 241).

Definindo bens jurídicos, Conde e Arán (2007, p. 104) *apud* Santos (2013, p. 104), afirmam serem eles “aqueles pressupostos que a pessoa necessita para sua autorrealização e para o desenvolvimento de sua personalidade na vida social”. Nesse sentido abrange os bens que de alguma forma fazem parte da formação da personalidade do homem como ser social.

Por sua vez, Santos (2013, p. 104) diz que bens jurídicos:

São valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas. O bem jurídico não é somente um bem da sociedade, mas um bem social, que é, ao mesmo tempo, bem individual, que supre as necessidades vitais do homem: como expressão de um interesse da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso.

Na verdade, apresentar um conceito específico do que seja bem jurídico para o Direito Penal é tarefa difícil, com contornos às vezes não muito precisos, podendo se afirmar que são interesses, mas não basta ser um interesse, deve ser valorado como um direito das

peças, e de tal forma reconhecido como de tutela necessária e legítima, a exemplo da liberdade de expressão e da igualdade, não tratando de questões apenas morais ou de fundo religioso, como homossexualismo (SANTOS, 2013, p. 105).

Santos (2013, p. 102) comenta ainda que sobre a questão dos bens jurídicos e de sua proteção, constituem-se em premissas fundamentais para o homem, proposições básicas necessárias para que seja possível uma vida em sociedade. É, pois, função do Direito Penal a tutela de tais bens, os quais delimitam a sua atuação, quer na definição de condutas criminosas, quer na fixação da sanção penal correspondente aos ilícitos penais.

Santos (2013, p. 102) ressalta que para atuar de tal forma, deve o legislador penal sempre considerar, em uma conduta a ser incriminada, sua lesividade social, a tolerância necessária, a proporcionalidade da atuação penal diante da hierarquia dos bens jurídicos, além de seu aspecto subsidiário, conforme se verá mais adiante na atuação mínima do Direito Penal.

Conclui então que devem existir outros critérios a justificar a criminalização de condutas além da teoria do bem jurídico, pois este por si só não pode conformar uma teoria adequada da criminalização, mas ao mesmo tempo entende que quais sejam esses critérios e dentro de quais limites, é algo que ainda está longe de ser resolvido.

Sobre a teoria do bem jurídico, Santos (2013, p. 107) entende como um dos pontos centrais de sua compreensão acerca do sistema do Direito Penal, defendendo uma estreita ligação entre a política criminal e o Direito Penal, tendo desenvolvido a teoria da imputação objetiva segundo a qual para se falar em atuação do Direito Penal e conseqüente sanção o agente deve criar um risco não tolerado e nem permitido a um bem (lesão a um bem jurídico ou sua colocação em perigo), mas isso não basta. Devendo ele concretizar esse risco criado em sua conduta, observando que, concretamente, e em relação ao tema, significa que em cada situação histórica e social de um grupo humano os pressupostos imprescindíveis para uma existência em comum se concretizam numa série de condições valiosas como, por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade de atuação ou a propriedade, as quais várias pessoas conhecem; numa palavra os chamados bens jurídicos; e o Direito Penal tem que assegurar esses bens jurídicos, punindo a sua violação em determinadas condições.

No Estado moderno, junto a esta proteção de bens jurídicos previamente dados, surge a necessidade de assegurar, se necessário através dos meios do Direito Penal, o cumprimento das prestações de carácter público de que depende o indivíduo no quadro de assistência social por parte do Estado.

Santos (2013, p. 108) ressalta que o bem jurídico orienta a criminalização e a descriminalização das condutas, sendo o parâmetro do Direito Penal, de forma a não justificar de considerar determinada ação ou omissão como crime, se não tiver o propósito de se tutelar um bem jurídico indispensável à personalidade de cada um, ligando-se ao próprio conceito de crime.

Pode-se entender que o bem jurídico funciona como ponto em comum entre política criminal e Direito Penal, interligando ambos em prol do interesse individual ou coletivo, e por orientar a legislação penal, é anterior ao direito positivado, como destaca Santos (2013, p. 108).

O bem jurídico não é um conceito fechado, podendo sofrer as mais diversas influências, a exemplo dos novos riscos decorrentes de uma sociedade pós-industrial, como reforça Dias (2007, p. 54):

Por sua vez, Schünemann (2007, p. 101) acredita que a teoria verdadeira sobre o bem jurídico ainda está por surgir, e que o mesmo deve permanecer como forma de justiça penal:

A europeização do Direito Penal atualmente em processo não conduz a uma otimização da proteção dos direitos fundamentais, e sim a uma otimização das competências de intervenção estatais. Diante dela, o princípio de proteção de bens jurídicos representa, a meu ver, a sólida rocha do pensamento liberal e, por tanto, da justiça, que não devem ser sacrificados em favor da europeização.

Apesar das críticas de que o conceito de bem jurídico é muito vago, amplo e relativo, entende-se que ele deve nortear as ações penais, em especial quando diz respeito aos direitos fundamentais e a orientar uma justa política criminal (SANTOS, 2014, p. 141).

Santos (2014, p. 141) ressalta que é difícil não aceitar que o bem jurídico, com sua teoria de justificar a atuação penal, limita o poder de punir do Estado, o que é extremamente significativo em prol da máxima liberdade possível, delimitando, assim, a atuação penal, que não deve ser voltada simplesmente ao que é imoral ou pecaminoso, mas sim aos casos de sua lesão ou colocação em risco de um bem jurídico reconhecido constitucionalmente, ou que como tal seja entendido como um bem imprescindível à vida do homem (de valor social).

Nesse interim, cabe destacar a questão do bem jurídico coletivo conforme destaca o item a seguir.

1.2.1 A questão do bem jurídico coletivo

Smanio (2016, p. 2) em seu artigo sobre bem jurídico penal difuso explica que desde a formulação do conceito de bem jurídico que é reconhecida a doutrina a existência do bem jurídico de natureza coletiva. Nesta vertente entende-se que a lei penal não apenas deveria possibilitar a livre coexistência dos indivíduos, mas servir também de forma imediata a fins sociais.

Sobre os bens jurídicos coletivos, Santos (2014, p. 141) ensina que como objeto de proteção penal, devem ser considerados os pressupostos para a satisfação de necessidades individuais.

Já Liszt (1998, p. 944) afirmava que em decorrência da complexidade da vida, coisas, processos e instituições os bens jurídicos se diversificam. Portanto, surgem os portadores individuais dos bens, ao lado de portadores supraindividuais, entre os quais sobressaía o Estado como portador dos interesses coletivos.

Jescheck (1993, p. 234) reputa que “os titulares de um bem jurídico podem ser a pessoa individual ou a coletividade e apresenta a seguinte classificação dos bens jurídicos”. Há direitos legais do indivíduo (bens jurídicos individuais, como, por exemplo, vida, liberdade e propriedade), que são um subconjunto da personalidade do direito (por exemplo, integridade e honra), e interesses legais da comunidade (bens jurídicos universais como, por exemplo, a proteção de segredos de Estado, segurança do tráfego rodoviário e da autenticidade do dinheiro).

Stratenwerth (2007, p. 367) salienta que “a comunidade constitui o ponto de referência da identidade social brasileira” de forma que fazendo uso da instigação ao ódio racial, este não possui apenas um aspecto individual, de maneira que cada um pense apenas em seu próprio bem-estar: “uma vez superada esta limitação da perspectiva resulta irrecusável proteger ao sujeito como o que se chama pessoa moral: nas suas crenças básicas que vão além de sua individualidade e têm a ver com sua visão do mundo”.

Stratenwerth (2007, p. 367) observa que ao se proteger direitos individuais de uma coletividade de pessoas, de certa forma se está a proteger um bem universal sem a necessidade de a ele se referir especificamente.

Ainda sobre a questão de bens jurídicos coletivos, Silva (2005, p. 245), considera a segurança de uma pluralidade de indivíduos, a existência e estabilidade do Estado, e não questões puramente subjetivas: os bens jurídicos coletivos são onipresentes tanto no Direito Penal nuclear quanto no acessório. Compreendem a segurança do Estado ou do tráfico monetário bem como, por exemplo, a potestade estatal sobre coisas. O dado de que sempre devam servir a generalidade não basta como critério exclusivo para determinar sua estrutura e

sistematização. Semelhante objeto de exame seria demasiado heterogêneo para poder ser comprovado como tal de forma unitária; ou simplesmente não caberia designar bem jurídico coletivo que não apresentara uma relação com a generalidade.

Hefendehl (2007, p. 371) entende que um bem será coletivo se impossível dividi-lo em partes para os indivíduos, de forma a que: o bem coletivo se caracteriza por poder ser utilizado potencialmente por qualquer membro da sociedade, de modo que não é possível atribuir o bem jurídico coletivo ou um fragmento do mesmo somente a uma determinada parte da sociedade.

Continua o autor, dizendo que, para definir o conceito de bem coletivo se empregam principalmente os conceitos de não exclusão no uso e de não-rivalidade no consumo. A segurança exterior é um caso relativamente claro de bem jurídico coletivo, porque, em primeiro lugar, nenhuma pessoa (mais exatamente: nenhuma pessoa que possa permanecer no território de que se trate) pode ser excluído de seu uso e, em segundo lugar, o uso de A nem prejudica nem impede o uso de B. Por fim esse mesmo autor discorre sobre três grupos de bens coletivos:

Os bens jurídicos relativos à organização do Estado e ao seu desenvolvimento não são usufruídos no sentido estrito pelos membros da sociedade, somente são assegurados para isso, com o que não se cumpre mais que o critério da não distributividade. Em compensação, os bens jurídicos que servem de base aos delitos contra o meio ambiente são usufruídos pelos cidadãos; mas, visto que no fundo recorrem a realidades naturais e, por tanto, esses bens jurídicos estão descritivamente configurados, o Estado não tem a possibilidade de pôr este bem jurídico coletivo a disposição da generalidade de forma ilimitada. Por último, os bens jurídicos aos quais tem que recorrer um cidadão em uma determinada ordem social (por exemplo, a segurança da moeda) devem ser construídos livres de desgaste, porque, se não, não estaria garantida a premissa de que qualquer um pode utilizar um bem jurídico coletivo (HEFENDEHL, 2007, p. 371).

Ao discorrer sobre a hierarquização dos bens a merecer proteção penal Busato e Huapaya (2003, p. 92), se posiciona a favor da proteção contra abusos do Estado e de interesse corporativos. Já Santos (2014, p. 141) é a favor da hierarquização dos valores individuais frente aos coletivos, o que se identifica com uma teoria monista personalista que reconhece a existência dos bens jurídicos coletivos só enquanto servem ao desenvolvimento pessoal do indivíduo.

Corroborar-se com Busato e Huapaya (2003, p. 92) quando observa que a teoria do bem jurídico deve nortear a atuação penal com fundamento em interesses individuais, os quais podem dirigir a tutela de bens coletivos, a partir do entendimento de que só o reconhecimento

de uma teoria monista personalista (individual) permite que se possa dispor de, ou defender um bem jurídico individual.

Nesse interim Santos (2014, p. 141) constata que a existência daqueles que propugnam pela impossibilidade de uma função mínima de proteção dos bens jurídicos, reclamando uma nova política criminal, em busca de uma antecipação da tutela (ao que poder-se-ia chamar de Direito Penal do comportamento em prol de máxima atuação e eficiência), enquanto que outros discursos defendem que o Direito Penal não deve mudar sua postura em busca de proteger novos riscos à sociedade, devendo outros ramos do direito ter uma maior atuação em relação a esses novos perigos. Tal discussão é tão profunda e diversificada que possibilita um grande estudo à parte, não sendo da pretensão do que por ora se propõe.

O posicionamento de Roxin (2006, p. 3) aceita a teoria de proteção de bens jurídicos, ampliando-a, assim como o faz Dias (2007, p. 56) quando reafirma que:

É por isso tão-só a inteira legitimação do legislador para, nomeadamente face à necessidade coletiva de contenção de mega-riscos globais, criar, se indispensável, incriminações acumulativas, protetoras de bens jurídicos coletivos. Se, p. ex., o legislador, baseado nos conhecimentos científicos disponíveis conclui que a utilização maciça de produtos (mesmo que simples perfumes ou desodorizantes) sob a forma de sprays pode aumentar os danos da camada de ozônio, está absolutamente legitimado para criminalizar o fabrico, a venda, a utilização, etc., de quaisquer produtos sob aquela forma.

Esta ideia aproxima-se a de Stratenwerth (2007, p. 368) quando diz que a tutela dos grandes riscos e das gerações futuras pode em certos casos passar pela assunção de um Direito Penal do comportamento em que são penalizadas e punidas puras relações da vida como tais. Não se trata com isto, porém, de uma alternativa ao Direito Penal do bem jurídico: ainda aqui a punição imediata de certas espécies de comportamentos é feita em nome da tutela de bens jurídicos coletivos e só nesta medida se encontra legitimada. Desta maneira se manterá a fidelidade possível ao paradigma jurídico-penal iluminista que nos acompanha e se espera possa continuar a ser a fonte de desenvolvimento e de progresso; e possa continuar assim a assumir o seu papel insubstituível na contenção dos mega-riscos da sociedade pós-industrial e na função tutelar dos interesses também das gerações futuras.

1.3 A posição de Gunther Jakobs acerca do bem jurídico

De acordo com Jakobs (2009, p. 123), o bem jurídico consiste no uso e desfrute de uma situação valorada positivamente caracterizando-se por um objeto em sua relação com as

peçoas, unidades funcionais valiosas, potenciais ou participativas, isto é, condições de possibilidade de participar da interação social.

O alemão Günther Jakobs, de acordo com Faria (2010, p. 1), construiu um novo sistema de direito penal. Seguidor da teoria funcionalista sistêmica, inserida na concepção sociológica de bem jurídico Jakobs, apesar das críticas que recebe da doutrina, fez uma releitura da concepção de bem jurídico.

Faria (2010, p. 1), salienta Günther Jakobs representa a face mais radical do funcionalismo, pois renuncia por completo à ideia de bem jurídico penal, recuando a um Direito Penal exclusivamente formal e arbitrário, já que ilimitado.

De acordo com Callegari e Welmuth (2009, p. 445):

No momento que se entende que a função da pena é manter as estruturas básicas de uma sociedade, o conceito tradicional de bem jurídico sofre uma transformação, de modo que o dano deixa de ser naturalmente perceptível (como uma lesão corporal ou a subtração de um patrimônio); o conceito passa a ser normativo, ou seja, o que vale é a vigência da norma.

Conforme ensina Masi (2012, p. 1), a teoria funcionalista também chamada como pós-finalista do delito detém que "o funcionalismo se consubstancia na perspectiva utilizada para analisar a sociedade e seus componentes característicos enfocando sua mútua integração e interconexão, com o objetivo de reduzir a complexidade inerente ao sistema social".

Nesse sentido, acrescenta o mesmo autor que:

[...] o funcionalismo analisa o caminho que o processo social e os arranjos institucionais contribuem para a efetiva manutenção da estabilidade da sociedade, colaborando para sua reprodução. A ideia primordial é explicar os mais variados aspectos da sociedade com base nas funções realizadas pelas instituições que nela operam e por seus mais variados segmentos (MASI, 2012, p. 1).

Faria (2010, p. 1) explica a teoria funcionalista é neutra com características positivistas e direciona para a substituição do conceito de bem jurídico pelo de funcionalidade do sistema social, perdendo assim a Ciência do Direito penal o último apoio que fica para a crítica do Direito penal positivo.

Nas palavras de Faria (2010, p. 1), a ideia do alemão Jakobs revela um retrocesso terrível, na medida em que se acredita no direito penal, típico dos regimes totalitários, pois o Direito penal do inimigo estaria sendo admitido em Estados tradicionalmente democráticos,

como os Estados Unidos e Inglaterra, especialmente após os ataques às torres gêmeas do *World Trade Center* em Nova Iorque.

Na opinião de Faria (2010, p. 1), o direito penal do inimigo, propagado por Jakobs, amparado na funcionalidade do Direito penal e no tratamento desigual dos indivíduos sob o crivo estatal, traz à tona o Direito penal contestado desde o Iluminismo e sem qualquer amparo constitucional.

Ademais, para Günther Jakobs os indivíduos que cometem determinados tipos de delito não são passíveis de regeneração e, portanto, não possuem a capacidade nem o merecimento de viver em sociedade. A eles será necessário um direito penal diferenciado afrontando de forma direta o que é descrito no art. 1º, III da Carta Magna brasileira que fundamenta a dignidade da pessoa humana.

1.4 A Constituição Federal e os bens jurídicos penais

É por meio da análise do processo de seleção dos bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito Penal que se embasa a correlação entre bem jurídico-penal e Constituição que, segundo Smanio (2016, p. 8):

As questões relativas às funções e às normas constitucionais em relação à escolha dos bens jurídicos penais por parte do legislador ordinário, uma vez que já se firma posição no sentido de que não há vinculação sobre o legislador no que se refere aos bens constitucionalmente relevantes, não sendo função da Constituição instituir um conjunto axiológico de bens a serem tutelados pelo Direito Penal.

Entende-se que a Constituição Federal não tem por função a criação axiológica de um sistema no qual se possam depreender bens jurídicos, mas exerce importante papel de limitação da perspectiva social do bem jurídico, estabelecendo os princípios normativos que deverão nortear o legislador penal na tipificação das condutas.

A Constituição Federal, conforme os ensinamentos de Canotilho (1998, p. 1.272) *apud* Smanio (2016, p. 8), deve ser vista como uma ordem-quadro, ou seja, uma ordem fundamental do Estado e da sociedade, devendo instituir “princípios relevantes para uma sociedade aberta bem ordenada, definindo uma ordem essencial constitucional básica, capaz de recolher as tensões da integração comunitária e o pluralismo social, econômico e político”.

Cabe à Constituição o estabelecimento de bens jurídicos penais com limitado poder que cabe à lei superior, vinculando juridicamente os titulares do poder estatal.

Na Corte Constitucional italiana decidiu exatamente nesse sentido a respeito da questão posta em análise sobre as funções e o papel da Constituição, nos seguintes termos citados por Marinucci e Dolcini (1999, p. 353) *apud* Smanio (2016, p. 9):

La Corte costituzionale ha infatti affermato che la Costituzione ha sì posto "il principio della più stretta riserva di legge in materia penale", ma "in nessun modo" ha vincolato "il legislatore al perseguimento di specifici interessi": come ha sottolineato lo stesso massimo sostenitore della teoria in esame, la Corte si è sempre astenuta dal sindacare, salvo il limite della incompatibilità, l'oggetto prescelto di tutela.¹

O tratamento hermenêutico constitucional realizado pela Suprema Corte italiana deve ser o mesmo em relação à Constituição Federal, que estabelece diversos princípios e normas garantidoras do indivíduo, em relação ao poder de punir criminalmente do Estado, mas se abstém de indicar ou controlar os objetos escolhidos para a tutela penal, salvo no limite da incompatibilidade, ou seja, o legislador ordinário não poderá de nenhuma forma afrontar os princípios e normas constitucionais⁶, mas tem liberdade para a escolha dos bens jurídicos penais (SMANIO, 2016, p. 9).

As limitações que a Constituição Federal estabelece para o legislador penal estão previstas no art. 5.º, como direitos e garantias individuais e coletivos. Referimos como exemplos os seguintes princípios basilares do Direito Penal:

- 1.º) Princípio da legalidade estabelecido no inc. XXXIX, da seguinte forma: não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;
- 2.º) Princípio da irretroatividade da lei penal estabelecido no inc. XL: a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;
- 3.º) Princípio da responsabilidade pessoal disposto no inc. XLV: nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação de perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;
- 4.º) Princípio da presunção da inocência disposto no inc. LVII: nenhuma pessoa será considerada culpada até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;
- 5.º) Princípio da individualização da pena, determinado no inc. XLVI: a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição de liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos (BRASIL, 1988, p. 2).

¹ decidiu que segundo a Constituição o princípio da regra estrita da lei em matéria penal de maneira nenhuma amarrou o legislador a interesses específicos perseguição como apontado pela mesma máxima defensor da teoria em questão, o Tribunal de Justiça sempre se absteve de sindicato, a menos que o limite de incompatibilidade, o objeto escolhido de proteção [TRADUÇÃO NOSSA].

A doutrina italiana também é amplamente majoritária nesse sentido, de que o poder discricionário do legislador ordinário na escolha dos bens a tutelar penalmente não está vinculado ao âmbito dos bens constitucionalmente relevantes, mas encontra um limite intransponível nos princípios ou direitos de liberdade garantidos pela Constituição (MARINUCCI; DOLCINI, 1999 *apud* SMANIO, 2016, p. 8).

O legislador ordinário não pode proteger bens que não estejam compatíveis com a Constituição como, por exemplo, o racismo, as discriminações por motivo de sexo, crença, religião, consciência, entre outros, que são objetos dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, constitucionalmente protegidos (MARINUCCI; DOLCINI, 1999 *apud* SMANIO, 2016, p. 8).

Em relação às obrigações constitucionais expressas de tutela penal, Moraes (1999, p. 576) salienta que a:

Constituição Federal, além de impor limites ao legislador ordinário na escolha dos bens jurídicos penais, impõe a ele a obrigação de incriminar a ofensa de determinados bens jurídicos ou determina a exclusão de benefícios, ou até mesmo a espécie de pena a ser aplicada em certos crimes.

O art. 5.º da Magna Carta traz diversas obrigações de incriminar ao legislador ordinário, nos seguintes termos:

Art. 5.º [...] XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais;
 XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;
 XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;
 XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;
 [...] as normas supra referidas significam que a Constituição Federal se antecipou ao legislador ordinário na valoração político-criminal de certos bens jurídicos, que normalmente seria tarefa deixada à legislação infraconstitucional (BRASIL, 1988, p. 2).

A estrutura socioeconômica social brasileira fez com que a Carta Magna estabelecesse punição rigorosa para os casos de racismo, tráfico de drogas e crimes hediondos como resposta à antidemocrática que estas condutas revelam (SMANIO, 2016, p. 8).

Essa dinâmica, fruto de desigualdades econômicas e sociais acentuadas, também é a razão para as determinações constantes dos arts. 225, § 3.º, e 227, § 4.º, da Constituição Federal, com a seguinte redação:

Art. 225. [...] § 3.º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

[...].

Art. 227. [...] § 4.º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente. (BRASIL, 1988, p. 198).

Outro fator apontado é a proteção ao meio ambiente devido a importância do assunto principalmente em tempos atuais que se ampliam no âmbito mundial. O fato fez com que fosse constituído crime aos delitos desta natureza.

Smanio (2016, p. 8) explica que no contexto das obrigações constitucionais são três as possibilidades para análise: a primeira é a existência anterior de legislação penal incriminadora, que será recepcionada pela Constituição; a segunda é a hipótese de inexistir legislação penal a respeito do bem tutelado pela obrigação constitucional, com a omissão do legislador em cumprir o mandamento constitucional; a terceira, também com a inexistência da legislação penal, mas com o cumprimento por parte do legislador da obrigação constitucional.

Na primeira hipótese Smanio (2016, p. 8) aduz que caso exista anteriormente a lei penal incriminadora, sendo recepcionada pela Constituição, as normas constitucionais terão eficácia imediata naquilo que modificarem a legislação anterior, e a força vinculante impedirá eventual tentativa de descriminalização das condutas, tratando-se de norma inconstitucional qualquer uma que não esteja de acordo com o mandamento constitucional de criminalização.

Inexistindo a legislação penal incriminadora, na hipótese de omissão do legislador, a Constituição estabelece a ação de inconstitucionalidade por omissão, no art. 103, § 2º, nos seguintes termos: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias” (BRASIL, 1988, p. 96).

A intenção constitucional é conceder plena eficácia para as suas normas, assim, a ação de inconstitucionalidade por omissão vem permitir a concessão de eficácia para aquelas normas que dependem de complementação legislativa, portanto atingem as normas

constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo e de caráter impositivo em que a Constituição obriga o legislador a expedir comandos normativos (SMANIO, 2016, p. 9).

Quando a Constituição determina ao legislador que tenha uma conduta positiva, com a elaboração de legislação que garanta a eficácia da norma constitucional, e este se omite, tendo, então, conduta negativa, configura-se a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total ou parcial, na hipótese de descumprimento incompleto do mandamento constitucional (SMANIO, 2016, p. 9).

Na terceira hipótese a ser analisada, o legislador cumpriu o mandamento constitucional. Então, a eficácia da norma constitucional agora é plena, novamente vinculando as futuras legislações, impedindo eventual tentativa de descriminalização e, caso exista lei nesse sentido, será considerada inconstitucional, por ser incompatível com a obrigação constitucional de incriminação (SMANIO, 2016, p. 9).

O próximo capítulo confere com base na literatura os dizeres sobre o conceito analítico do crime e seus vieses.

CAPÍTULO II - O CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME

Este capítulo analisa o conceito de crime e os assuntos correlatos ao tema como o fato típico, a antijuridicidade e as causas de sua exclusão, a culpabilidade, seus elementos e causas de afastamento e as teorias do fato punível e os elementos do conceito analítico.

2.1 O fato típico no conceito analítico

O fato típico no conceito analítico consiste no primeiro requisito do crime. Já no conceito material, o fato típico configura-se em um fato humano, descrito abstratamente na lei como infração a uma norma penal, indesejado orientado pelo princípio da intervenção mínima consistente em uma conduta produtora de um resultado e que se ajusta formal e materialmente ao direito penal.

O fato típico relaciona os seguintes elementos: a conduta, o resultado, o nexo causal entre a conduta e o resultado e a tipicidade que são descritos a seguir. Na falta de qualquer destes elementos, o fato passa a ser atípico e, por conseguinte, não há crime.

2.1.1 Elementos do fato típico conduta

Os elementos do fato típico conduta podem ser desdobrados segundo a concepção de sistema criminal. O Código Penal adotou o sistema finalista. No entanto, esse sistema vem sofrendo mudanças ao longo do tempo.

Desenvolvida por Samuel Von Puffendorf (1636-1694), a teoria da ação remonta das teorias de Aristóteles e foi elaborada posteriormente, por Welzel como a doutrina da ação final.

Puffendorf, (apud WELZEL, 1993, p. 239) reza que a ação humana é aquela dirigida pelas capacidades humanas, ou seja, pelo intelecto e pela vontade. Portanto, destaca-se a vontade humana com a finalidade do agente, pois para o direito penal hodierno, não importam os fatos praticados sem finalidade do agente, ou seja, sem dolo ou culpa. Uma das principais descobertas desta teoria foi a existência dos elementos subjetivos do tipo, o dolo é natural, ou seja, despido da consciência da ilicitude.

Na teoria finalista, o dolo e a culpa passaram a ser analisados de acordo com a tipicidade e no elemento da conduta humana. O Código Penal de 11 de julho de 1984

(BRASIL, 1984), o dolo e a culpa saíram da culpabilidade e, integraram-se na tipicidade, e na culpabilidade, integrou-se o potencial conhecimento da ilicitude do fato.

Greco (2007, p. 243), explica que a teoria finalista ensina que o método é ontológico, ou seja, conceitual onde as categorias do delito são referidas a conceitos pré-jurídicos, obtidas por mera dedução, confiando-se na lógica intrínseca do objeto que se vai regular. Essa doutrina não é pura e unicamente metodológica, pois não deixa de considerar o aspecto axiológico e normativo.

De acordo com Santos (2012, p. 1), na teoria final da ação, a vontade não pode ser separada de seu conteúdo, isto é, de sua finalidade. Sendo assim, a conduta humana deve ser voluntária e a vontade deve ter um fim. A ação é de natureza finalística, ou melhor dizendo, é a ação naturalística do homem dirigida a uma finalidade. Logo, a ação humana se difere dos acontecimentos puramente naturais, pois é sempre dirigida a um fim. Não é simples série de causas e efeitos. Quando a realiza, o homem pensa em um fim, escolhe os meios necessários para atingi-lo, prevê as consequências de sua vontade e dirige sua vontade de acordo com essa previsão. Além disso, domina o fato pelo conhecimento das causas e transforma-o em uma ação dirigida a um fim.

Para o finalismo, conforme Masi (2012, p. 1), o indivíduo orienta-se pela realização de um resultado material, abrangendo, inclusive, os meios necessários para atingi-lo, assim como as consequências secundárias indispensáveis.

Na opinião de Welzel (1993, p. 258):

A conduta humana é orientada sempre por um propósito, um objetivo: a ação humana não é apenas uma mera causa objetiva para um dado resultado, mas sim determina esse resultado; ela contém assim, um elemento subjetivo, isto é, o apetite, o desejo, o conhecimento e outros, de que o ato causal produzirá um resultado determinado. Nesse sentido, a ação final possui visão, mas a ação causal é cega.

O dolo é retirado da culpabilidade e incluído na estrutura conceitual da ação. Passa a ser visto como a consciência e a vontade do fato. Na culpabilidade afere-se apenas a consciência da ilicitude e a reprovabilidade que resulta para o agente haver agido de maneira contrária ao direito, quando lhe era possível proceder em conformidade com a ordem jurídica.

Elimina-se a separação dos aspectos objetivos e subjetivos da ação e do próprio injusto. Transforma-se o injusto naturalístico em injusto pessoal, formado pelo desvalor da ação e do resultado (WELZEL, 1993, p. 258).

Masi (2012, p. 1) explica que a teoria final da ação recebe uma crítica severa em relação ao seu ontologismo finalista por partir de um objetivismo essencialista, que

desconhece que os conceitos que se tem não são puros reflexos necessários da realidade, mas construções humanas baseadas em um consenso social contingente.

Quando o Direito Penal se mostra interessado somente o sentido social da ação, um dos maiores críticos do conceito finalístico se mostram adeptos da teoria social da ação onde o conceito final de ação determina o sentido da ação de forma unilateral em função da vontade individual. Sobre isso, Masi (2012, p. 1) ressalta que uma ação em sentido jurídico-penal é uma conduta humana socialmente relevante, dominada ou dominável por uma vontade final e dirigida a um resultado.

Masi (2012, p. 1) relata que os elementos sociais e finais nas suas teorias de ação. A teoria social da ação surgiu com o escopo de corrigir certos lapsos da teoria finalista. Para aquela corrente, o controle de conduta não se esgota na causalidade, e tampouco deve ser determinado individualmente, mas, pelo contrário, de modo objetivo-generalizante, isto é, no âmbito do injusto, as divergências com relação ao padrão estabelecido como objetivo e generalizante tornam-se assunto interno.

Masi (2012, p. 1) completa dizendo que apesar de existirem divergências internas entre os adeptos da teoria social, é possível declinar um conceito mínimo comum de ação, como sendo o comportamento humano socialmente relevante, dominado ou dominável pela vontade. A mais importante crítica direcionada a essa teoria volta-se à indeterminação conceitual daquilo que é socialmente relevante. A utilização de tal expressão amplia demasiadamente o conceito de ação, o que é indesejado para a aferição da conduta jurídico-penalmente relevante.

Jakobs (2009, p. 204) salienta que:

Uma das grandes alterações da estrutura do delito que surge com o finalismo foi o deslocamento do dolo e da culpa ao tipo penal, compondo o que se passou a denominar de tipo complexo. Desta forma, se houver uma ação, desprovida de dolo ou culpa, o fato será considerado atípico. O dolo passa a ser natural, representando a consciência e a vontade de realizar a conduta e a consciência da ilicitude passa para a análise da culpabilidade (JAKOBS, 2009, p. 204).

É primordial advertir que a culpa não pertence ao tipo subjetivo. Na realidade, ela configura um elemento normativo do tipo, conforme ensina Prado (2010, p. 303):

A culpa – infração a uma norma de cuidado – é elemento normativo (face normativa aberta) do tipo, não pertencendo a um tipo subjetivo, nem sendo elemento normativo do tipo doloso. Não há, no delito culposo, a bipartição do tipo em tipo objetivo e subjetivo. A culpa, tem, portanto, estrutura

complexa, que compreende a inobservância do cuidado objetivamente devido (elemento do tipo de injusto culposo) e também a previsão ou a capacidade de o agente prever o resultado (culpa consciente e inconsciente). Na culpa consciente o conhecimento ou possibilidade de conhecer qual o cuidado objetivamente devido – exigibilidade de sua observância –, isto é, o assim chamado aspecto subjetivo da culpa, se encontra alocado na culpabilidade (PRADO, 2010, p. 303).

Masi (2012, p. 1) ressalta que na culpa existiria uma finalidade potencial, na qual o resultado seria evitável mediante uma ação dirigida a um fim. Na ilicitude, o centro do injusto passa a ser a finalidade do crime. Se a ação humana é o exercício de atividade final, e não puramente causal, a finalidade (caráter final da ação) baseia-se em que o homem, graças a seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua conduta, de modo a dirigir seus atos de tal forma que oriente o acontecer causal exterior a um fim.

Masi (2012, p. 1) explica que a culpabilidade é composta por imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. Sendo assim, o finalismo deu um grande passo rumo a uma concepção do delito mais isenta de interferências estatais, onde a finalidade da ação humana é o principal foco de estudo e estrutura os demais elementos do delito. Ainda hoje, esta é a teoria com maior aceitação no âmbito do sistema jurídico romano-germânico (*civil law*).

Marques (2009, p. 1), ressalta ainda que na teoria finalista, a conclusão é vista como um irrelevante penal (fato atípico, por ausência de conduta), ou seja, nela estão localizados no primeiro elemento da tipicidade que é a conduta humana, excluindo-se o crime, ficando caracterizada a finalidade do autor do fato como não criminosa.

Galvão e Greco (1999, p. 56) ensinam que a teoria finalista faz uma análise do delito utilizando como pressuposto o fato de que a causalidade é obra da inteligência humana. Sob o ponto de vista causal-naturalista, a teoria finalista conclui que será um irrelevante penal o fato atípico, por ausência de conduta.

Grande defensor da teoria finalista, Masi (2012, p. 1), observou elementos finalísticos nos tipos penais determinando elementos subjetivos no próprio tipo penal e não somente na culpabilidade.

Marques (2009, p. 1), coloca que a hermenêutica jurídica foi ampliada com a teoria finalista, pois para esta permite-se avaliar a intenção do agente na sua conduta, avaliando se esta foi dolosa ou culposa, tornando tais elementos definidores do fato típico. Tornou-se possível, então, maiores interpretações na ação do agente.

É importante frisar que os elementos que integram a culpabilidade no Código Penal brasileiro são: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. Caso nenhum destes elementos se faça presente, estará isento de pena o agente, ou seja, praticou crime, mas não é culpável, e, portanto, não lhe é aplicada a sanção (BARBOSA, 2010, p. 7).

De acordo com Lei nº 9.605 (BRASIL, 1998), as pessoas jurídicas, embora possam ser sujeitos ativos de crimes, somente podem praticar uma conduta penalmente relevante quando resultar de “[...] decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade” (art. 3º).

Vale dizer que a conduta punível do ente fictício será o retrato de um comportamento humano (ou vários). Daí por que os tribunais do País exigem que, desde a denúncia, deva o Ministério Público imputar o delito ambiental ao ente moral e obrigatoriamente à pessoa física responsável pelo ato, em concurso necessário de agentes (teoria da dupla imputação)

Desde o finalismo, chegou-se à conclusão de que deve haver dois fatos típicos distintos: o do crime doloso e o do crime culposo. Ambos contêm similaridades, mas devem ser distinguidos, pois dolo e culpa não compõem a culpabilidade (como acreditavam os clássicos e neoclássicos), mas integram o fato típico (DELMANTO JÚNIOR, 2008, p. 454).

Já nos delitos dolosos Delmanto Júnior (2008, p. 455) explica que, o fato típico possui os seguintes elementos: conduta dolosa; tipicidade. Em se tratando de crimes dolosos materiais, contém, ainda: resultado; nexo causal e relação de imputação objetiva. Nos culposos, por outro lado, tem-se: conduta voluntária; resultado involuntário; nexo causal; tipicidade; relação de imputação objetiva; quebra do dever de cuidado objetivo (imprudência, negligência ou imperícia) e previsibilidade objetiva do resultado, portanto:

A teoria finalista do passado considerava a conduta humana voluntária (dolosa ou culposa), o resultado naturalístico (nos crimes materiais), o nexos de causalidade (entre a conduta e o resultado naturalístico) e a tipicidade formal e material.

Em se tratando da exteriorização da vontade humana não se deve confundir conduta com ato, sendo que em uma única conduta pode haver vários atos. A conduta é o comportamento humano consistente em uma ação ou omissão, consciente e voltada a uma finalidade - teoria finalista da ação (DELMANTO JÚNIOR, 2008, p. 456).

Na atualidade a teoria finalista considera que a conduta é voluntária e dirigida a um determinado fim e apresenta-se em duas formas que relacionam ação e omissão. A ação caracteriza-se pela atuação humana positiva voltada a uma finalidade e a omissão, que é

caracterizada pela ausência de comportamento, a inatividade além disso é penalmente relevante quando o emitente devia e podia agir para evitar o resultado.

Sobre o omitente o art. 13, § 2º, do Código Penal estabelece que este deve agir da seguinte forma:

Quando tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância, por exemplo, dever dos pais de cuidar dos filhos). São elas: quando, de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado (é a chamada situação de garante, onde o agente encontra-se em uma posição que o obriga garantir o bem jurídico tutelado do sujeito passivo. Ex.: médico que presta serviço em pronto-socorro; enfermeira contratada para cuidar de um doente; tutor em relação ao tutelado e outros); quando, com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado onde aqui também ocorre a chamada situação de garante como, por exemplo, o instrutor de paraquedismo em relação aos alunos (BRASIL, 1940, p. 1).

De acordo com o art. 135 do Código Penal (BRASIL, 1940), os crimes omissivos próprios também chamados de omissivos puros são aqueles que ocorrem com a mera conduta negativa do agente, independentemente de qualquer outra consequência onde o sujeito atue positivamente, incriminando a lei penal o comportamento negativo, como, por exemplo, omissão de socorro (a conduta incriminada pela lei é deixar de prestar assistência), de acordo com a norma deve estabelecer o dever de prestar assistência.

Já para os crimes omissivos impróprios o Código Penal (BRASIL, 1940) estabelece que são aqueles em que a conduta é comissiva (ação), mas o agente os pratica por meio da abstenção dessa atuação. Deve então o agente, nesses casos, conforme já foi dito anteriormente, ter o dever de agir para evitar o resultado.

De modo inevitável, imprevisível, sem a vontade do agente, o caso fortuito não age com dolo ou culpa e o caso de força maior pode ser caracterizado pela influência inafastável de uma ação externa, como, por exemplo, coação física irresistível. Na presença de caso fortuito e força maior inexistente fato típico que se constitui no outro elemento do resultado.

Quando se trata de atos instintivos, o agente responde pelo crime, pois são atos conscientes e voluntários - neles há sempre um querer, ainda que primitivo. Diferença entre conduta e ato por conduta, deve-se entender o comportamento consubstanciado no verbo núcleo do tipo penal: matar (CP, art. 121); subtrair (CP, art. 155); sequestrar (CP, art. 148) e outros (BRASIL, 1940).

O ato corresponde a um momento, uma fração da conduta. É como se o ato fosse a cena e a conduta o filme. Conforme o núcleo do tipo penal, a conduta pode ser composta de um só ato ou de vários. No homicídio, por exemplo, a ação punível é matar, a qual pode ser

exercida por intermédio de um só ato (por exemplo, um disparo de arma de fogo), ou de vários (por exemplo, inúmeros golpes com instrumento contundente contra a cabeça da vítima, até que lhe produza traumatismo cranioencefálico). Esses crimes cuja ação admite fracionamento em diversos atos são chamados de plurissubsistentes (DELMANTO JÚNIOR, 2008, p. 455).

A segunda teoria parte da premissa de que a omissão é um nada e do nada, nada vem. A omissão, portanto, não produz nenhuma relação de causalidade. A possibilidade de atribuir (imputar) ao omitente o resultado dá-se não por haver nexos reais entre a omissão e o resultado (até porque esse nexo é inexistente), mas como decorrência de uma obrigação jurídica anterior à omissão, que impõe ao sujeito que, podendo, aja no sentido de evitar a produção do resultado. O nexo entre omissão e resultado é, portanto, jurídico ou normativo (leia-se: deriva da existência de um dever jurídico de agir para evitar o resultado). Nesse sentido, dispõe o CP no art. 13, § 2º que “A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado” (BRASIL, 1940, p. 1).

Em se tratando de conduta há de se dissertar sobre o que contraria a conduta com o ordenamento jurídico que é a antijuridicidade ou ilicitude que será vista no item a seguir.

2.2 A antijuridicidade e as causas de sua exclusão

Segundo Greco (2007), ilicitude, ou antijuridicidade,

É aquela relação de antagonismo, de contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico. Quando nos referimos ao ordenamento jurídico de forma ampla, estamos querendo dizer que a ilicitude não se resume a matéria penal, mas sim que pode ter natureza civil, administrativa, tributária, etc. Se a conduta típica do agente colidir com o ordenamento jurídico penal, diremos ser ela penalmente ilícita (GRECO, 2007, p. 279)

No entanto, este conceito é limitado quando observada a norma anterior à conduta do agente que a contraria deixando transparecer uma natureza meramente formal da ilicitude. No entanto, para que ocorra a ilicitude é necessário que o agente contrarie uma norma e, conseqüentemente, o ordenamento jurídico-penal.

As causas de exclusão da antijuridicidade estão previstas no art. 23 do Código Penal (BRASIL, 1940), e são também encontradas na doutrina com os nomes de causas de exclusão da ilicitude, discriminantes, causas de exclusão do crime, eximentes ou tipos permissivos.

Fazem parte das causas de excludentes de antijuridicidade: o estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito.

2.2.1 Estado de necessidade

O estado de necessidade vem previsto no art. 24, *caput*, do Código Penal (BRASIL, 1940, p. 2): “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”.

De acordo com Santos (2010, p. 29) estado de necessidade é uma situação de perigo atual de interesses legítimos e protegidos pelo Direito, em que o agente, para afastá-la e salvar um bem próprio ou de terceiros, não tem outro meio senão o de lesar o interesse de outrem, igualmente legítimo.

Como exemplos de estado de necessidade poderíamos citar o do agente que, em ocasião de incêndio ou desastre, invade domicílio alheio para salvar as pessoas que lá se encontram em perigo. Também o do naufrago que, de posse de apenas um colete salva-vidas, deixa que outros companheiros se afoguem no mar. Ou ainda o exemplo do agente que, no intuito de socorrer pessoa gravemente enferma, furta um automóvel para transportá-la ao hospital (SANTOS, 2010, p. 30).

Greco (2007, p. 244), relata que o estado de necessidade requer, para sua configuração, a concorrência dos seguintes requisitos: ameaça a direito próprio ou alheio, existência de um perigo atual, inexigibilidade de sacrifício do interesse ameaçado, inexistência de dever legal de enfrentar o perigo, situação não causada voluntariamente pelo sujeito, inexistência de dever legal de enfrentar o perigo, conhecimento da situação de fato justificante.

Na existência de um perigo atual o perigo atual é aquele que está acontecendo. Embora o Código Penal (BRASIL, 1940) não mencione expressamente, a doutrina e a jurisprudência vêm admitindo o estado de necessidade também quando ocorra perigo iminente, que é aquele que está preste a ocorrer.

A inexistência de dever legal de enfrentar o perigo significa que o agente não pode invocar o estado de necessidade para a proteção de seu bem jurídico, quando tenha o dever legal de enfrentar a situação de perigo, como é o caso do bombeiro que se recusa a enfrentar o fogo para salvar vítimas de um incêndio, ou o caso do policial que se recusa a perseguir

malfeitores sob o pretexto de que pode ser alvejado por arma de fogo conforme reza o art. 24, § 1º do Código Penal (BRASIL, 1940).

O conhecimento da situação de fato justificante significa que o estado de necessidade requer do agente o conhecimento de que está agindo para salvaguardar um interesse próprio ou de terceiros (SANTOS, 2010, p. 31).

Em relação a causa de diminuição da pena, diz o art. 24, § 2º, do Código Penal (BRASIL, 1940, p. 2): “Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços”. Assim, embora se reconheça que o sujeito estava obrigado a sacrificar seu direito ameaçado, oportunidade em que, a rigor, não haveria estado de necessidade, respondendo o agente pelo crime que praticou, a pena poderá, a critério do juiz e à vista das peculiaridades do caso concreto, ser reduzida de um a dois terços.

O estado de necessidade pode ser classificado de acordo com os seguintes critérios, segundo Toledo (2010, p. 267):

- a) quanto à titularidade do interesse protegido: dividindo-se em estado de necessidade próprio (quando o agente salva direito próprio) ou estado de necessidade de terceiro (quando o agente salva direito de outrem);
- b) quanto ao aspecto subjetivo do agente: dividindo-se em estado de necessidade real (que efetivamente está ocorrendo) e estado de necessidade putativo (onde o agente incide em erro - discriminante putativa);
- c) quanto ao terceiro que sofre a ofensa: dividindo-se em estado de necessidade agressivo (caso em que a conduta do agente atinge direito de terceiro inocente) e estado de necessidade defensivo (caso em que o agente atinge direito de terceiro que causou ou contribuiu para a situação de perigo).

Conforme descrito anteriormente outra causa excludente de antijuridicidade é a legítima defesa que é contextualizada a seguir.

2.2.2 Legítima defesa

A legítima defesa vem prevista no art. 25 do Código Penal (BRASIL, 1940, p. 2), que diz: “entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

Toledo (2010, p. 270) aduz que legítima defesa é a repulsa a injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem, usando moderadamente os meios necessários. A legítima defesa requer, para sua configuração, a ocorrência dos seguintes elementos:

- a) agressão injusta, atual ou iminente - a agressão pode ser definida como o ato humano que causa lesão ou coloca em perigo um bem jurídico. A agressão é injusta quando viola a lei, sem justificação. Agressão atual é aquela que está ocorrendo. Agressão iminente é aquela que está prestes a ocorrer;
- b) direito próprio ou de terceiro - significa que o agente pode repelir injusta agressão a direito seu (legítima defesa própria) ou de outrem (legítima defesa de terceiro), não sendo necessária qualquer relação entre eles;
- c) utilização dos meios necessários - significa que o agente somente se encontra em legítima defesa, quando utiliza os meios necessários a repelir a agressão, que devem ser entendidos como aqueles que se encontram à sua disposição. Deve o agente sempre optar, se possível, pela escolha do meio menos lesivo;
- d) utilização moderada de tais meios - significa que o agente deve agir sem excesso, ou seja, deve utilizar os meios necessários moderadamente, interrompendo a reação quando cessar a agressão injusta;
- e) conhecimento da situação de fato justificante - significa que a legítima defesa requer do agente o conhecimento da situação de agressão injusta e da necessidade de repulsa

A legítima defesa, de acordo com Toledo (2010, p. 270) pode ser classificada de acordo com os seguintes critérios:

- a) quanto à titularidade do interesse protegido - dividindo-se em legítima defesa própria (quando a agressão injusta se volta contra direito do agente) e legítima defesa de terceiro (quando a agressão injusta ocorre contra direito de terceiro);
- b) quanto ao aspecto subjetivo do agente - dividindo-se em legítima defesa real (quando a agressão injusta efetivamente está presente) ou legítima defesa putativa (que ocorre por erro - discriminante putativa);
- c) quanto à reação do sujeito agredido - dividindo-se em legítima defesa defensiva (quando o agente se limita a defender-se da injusta agressão, não constituindo, sua reação, fato típico) e legítima defesa ofensiva (quando o agente, além de defender-se da injusta agressão, também ataca o bem jurídico de terceiro, constituindo sua reação fato típico).

Greco (2007, p. 244), ensina que a legítima defesa se caracteriza pelas seguintes espécies: legítima defesa subjetiva, legítima defesa sucessiva e legítima defesa recíproca.

A legítima defesa subjetiva é aquela em que ocorre o excesso por erro de tipo escusável. O agente, inicialmente em legítima defesa, já tendo repelido a injusta agressão, supõe, por erro, que a ofensa ainda não cessou, excedendo-se nos meios necessários. Exemplo largamente difundido na doutrina é o do agente que, em face de injusta agressão, desfere golpe de faca no agressor, que vem a cair. Pretendendo fugir, o agressor tenta levantar-se, pensando o agente que aquele opressor intenta perpetrar-lhe nova agressão, pelo que, em

excesso, lhe desfere novas facadas, matando-o. Nesse caso, com a queda do agressor em virtude da primeira facada, já havia cessado a agressão injusta. O agente, entretanto, por erro de tipo escusável, supõe que o agressor pretende levantar-se para novamente atacá-lo, razão pela qual, agindo com excesso, mata-o com novas facadas (GRECO, 2007, p. 244).

O erro de tipo escusável exclui o dolo e a culpa, conforme já foi mencionado em capítulo próprio (GRECO, 2007, p. 244).

De acordo com Silva (2005, p. 346), ocorre a legítima defesa sucessiva na repulsa contra o excesso. A ação de defesa inicial é legítima até que cesse a agressão injusta, configurando-se o excesso a partir daí. No excesso, o agente atua ilegalmente, ensejando ao agressor inicial, agora vítima da exacerbação, repeli-lo em legítima defesa. É o caso, por exemplo, do agente que, para defender-se de injusta agressão, desfere um soco no agressor, que foge. O agente, mesmo cessada a agressão, persegue o agressor com o intento de matá-lo. O agressor, agora vítima do excesso, pode defender-se legitimamente do agente.

Já a legítima defesa recíproca é aquela que ocorre quando não há injusta agressão a ser repelida, uma vez que a conduta inicial do agente é ilícita. É a hipótese de legítima defesa contra legítima defesa, que não é admitida no nosso ordenamento jurídico (SANTOS, 2010, p. 31).

Se o agente atua em legítima defesa, é porque há injustiça na agressão. O injusto agressor não pode, em seu favor, alegar legítima defesa se repelir o ataque lícito do agente. Exemplo comum é o do agente que, pretendendo matar injustamente seu oponente, e à vista da lícita reação deste, defere-lhe tiros sob o pretexto de salvaguardar sua vida (SANTOS, 2010, p. 31).

2.2.3 Estricto cumprimento do dever legal

Ocorre o estrito cumprimento do dever legal quando a lei, em determinados casos, impõe ao agente um comportamento. Nessas hipóteses, amparadas pelo art. 23, III, do Código Penal, embora típica a conduta, não é ilícita (SANTOS, 2010, p. 32).

Somente ocorre a excludente, quando existe um dever imposto pelo direito, seja em regulamento, decreto ou qualquer ato emanado do poder público, desde que tenha caráter geral, seja em lei, penal ou extrapenal (SANTOS, 2010, p. 32).

É de se destacar que estão excluídas da proteção legal as obrigações morais, sociais, religiosas e outros (SANTOS, 2010, p. 32).

2.2.4 Exercício regular de direito

Greco (2007, p. 261) explica que o exercício regular de direito da antijuridicidade vem amparada pelo art. 23, III, do Código Penal (BRASIL, 1940), que emprega a expressão direito em sentido amplo. A conduta, nesses casos, embora típica, não será antijurídica, ilícita.

Tem-se exemplos de exercício regular de direito largamente difundidos na doutrina são o desforço imediato no esbulho possessório, o direito de retenção por benfeitorias previsto no Código Civil (BRASIL, 2002), a correção dos filhos pelos pais e outros. O agente deve obedecer estritamente, rigorosamente, aos limites do direito exercido, sob pena de abuso.

O excesso punível é disposto no art. 23, parágrafo único, do Código Penal (BRASIL, 1940, p. 2): “O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo”.

Em cada uma das hipóteses de causas excludentes da ilicitude estudadas, verifica-se a existência de requisitos, traçados pela própria lei, que devem ser obedecidos pelo agente.

As excludentes da ilicitude são exceção à antijuridicidade contida na descrição típica dos crimes, daí porque devem ter sua ocorrência verificada caso a caso pelo Direito Penal, a fim de que não ocorra o excesso.

Prado (2010, p. 310) ressalta que o excesso ocorre quando o agente extrapola os limites traçados pela lei para as causas excludentes da antijuridicidade. Ocorre, por exemplo, no caso em que o agente, depois de repelida a injusta agressão por legítima defesa, continua a ofender o bem jurídico do terceiro; ou no caso do estado de necessidade, em que o agente continua atuando, ainda depois de afastado o perigo atual, causando lesão desnecessária a bem jurídico de terceiro.

De acordo com Prado (2010, p. 310), o excesso pode ser doloso (quando o agente, já tendo atuado em conformidade com o direito na conduta inicial da excludente, avança voluntariamente os limites impostos por lei e produz dolosamente resultado antijurídico) ou culposo (quando o agente, já tendo atuado em conformidade com o direito na conduta inicial da excludente, avança os limites impostos por lei, por imperícia, imprudência ou negligência, produzindo culposamente o resultado antijurídico).

2.3 A culpabilidade, seus elementos e causas de afastamento

Como conceito pode-se dizer que, culpabilidade é o juízo de reprovação social e tem a função de preceder a aplicação da pena. As teorias da culpabilidade são: teoria psicológica, teoria psicológico-normativa e teoria normativa pura (adotada pelo Código Penal).

2.3.1 Teorias da culpabilidade

De acordo com Masi (2012), a teoria psicológica desenvolveu-se segundo a concepção clássica (positivista-naturalista) do delito. Para a concepção clássica, o delito constitui-se de elementos objetivos (fato típico e ilicitude) e subjetivos (culpabilidade). A ação humana é tida como um movimento corporal voluntário que produz uma modificação no mundo exterior. Integram a ação: a vontade, o movimento corporal e o resultado. A vontade é despida de conteúdo (finalidade/querer-interno). Esse conteúdo (finalidade visada pela ação) figura na culpabilidade.

Pode-se dizer que a ação voluntária se divide em dois segmentos distintos: processo causal, figurado no fato típico (ação típica), e querer-interno do agente, figurado na culpabilidade (ação culposa: dolo ou culpa).

Em síntese, Masi (2012, p. 1) aduz que a conduta é apenas um processo causal despido de conteúdo (finalidade/querer interno). O conteúdo da vontade (elementos internos, anímicos, ou seja, o dolo e a culpa) situa-se na culpabilidade. A culpabilidade é vista como um nexu psíquico entre o agente e o fato criminoso.

A teoria normativa pura (adotada pelo Código Penal) tem como fundamento a teoria finalista da ação (Hans Welzel). Segundo Welzel (1993, p. 260), a ação humana não pode ser considerada de forma dividida (aspecto objetivo e subjetivo), considerando que a ação voluntária é finalista, ou seja, traz consigo o querer-interno. O processo causal é dirigido pela vontade finalista.

Desse modo, a ação típica deve ser concebida como um ato de vontade com conteúdo (finalidade/querer interno). O dolo e a culpa são retirados da culpabilidade e passam a integrar o fato típico. Com isso, a conduta típica passa a ser dolosa ou culposa WELZEL, 1993, p. 260).

No entanto, de acordo com Welzel (1993, p. 260), retira-se do dolo seu aspecto normativo (consciência da ilicitude). A consciência da ilicitude, agora potencial, passa a figurar como elemento da culpabilidade, ao lado da imputabilidade e da exigibilidade de

conduta diversa (a culpabilidade, dessa forma, fica composta apenas de elementos normativos).

Jakobs (2009, p. 123) afirma que o naturalismo e o finalismo se pautam no causalismo, ou seja, nas normas do entorno, para procederem à imputação, considerando o significado social da conduta apenas na esfera da antijuridicidade. Desta forma, a importância da teoria da imputação objetiva se dá pela interpretação da conduta no contexto social juntamente com suas consequências causais incluindo as causas antecipadas que se trata na dogmática moderna com o nome de imputação objetiva. Portanto, o importante para a imputação é o significado que a conduta apresenta no contexto social, não-natural.

Para Jakobs (2009, p. 135) há as seguintes explicações para o processo danoso: conduta incorreta de terceiro, conduta incorreta da própria vítima ou infortúnio.

Elas podem, inclusive concomitantemente, dar causa ao dano. Por isso, é impróprio se pautar a imputação somente na relação de causalidade, sendo também necessária a análise da significação social da conduta, depreendida pelas regras de linguagem que só a imputação objetiva é capaz de fornecer (JAKOBS, 2009, p. 135).

A imputação objetiva apresenta como hipótese-base a informação de que a conduta delitiva não pode ser tida analisando-se unicamente o comportamento do indivíduo, mas interpretando-o no seio social. Esta hipótese-base desdobra-se em três proposições: igualdade entre as pessoas; responsabilidade das pessoas; a comunidade com outro é sempre uma comunidade limitada (JAKOBS, 2009, p. 140).

Jakobs (2009, p. 141), salienta ainda que a imputação objetiva requer a análise da conduta segundo a ocorrência do incremento do risco acima do socialmente permitido, do princípio da confiança, do princípio da proibição de regresso e do âmbito de competência da vítima.

2.3.2 Elementos da culpabilidade

Os elementos da culpabilidade são: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude, exigibilidade de conduta diversa.

A imputabilidade segundo Welzel (1993, p. 260), consiste na atribuição de capacidade para o agente ser responsabilizado criminalmente. O agente é considerado

imputável quando, ao tempo da conduta, for capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento, e tenha completado 18 anos.

O Código Penal (BRASIL, 1940) define apenas as situações de inimputabilidade (arts.26, *caput*, 27 e 28, §1º).

A imputabilidade encontra fundamento na dirigibilidade do ato humano e na possibilidade de sua intimidação pela ameaça de pena. São distintos os conceitos de imputabilidade e responsabilidade. O primeiro é a capacidade de culpabilidade; já a responsabilidade funda-se no princípio de que a pessoa imputável (dotada de capacidade de culpabilidade) deve responder pelos seus atos.

Toledo (2010, p. 282) determina que a potencial consciência da ilicitude acontece para que haja o juízo de reprovação é necessário que o agente possua a consciência da ilicitude do fato ou que ao menos tenha a possibilidade de conhecê-la. Pode-se dizer que o agente deve ter a possibilidade de conhecer as normas de proibição e mandamentais (incriminadoras) e as normas justificativas (excludentes da ilicitude).

Na exigibilidade de conduta diversa, para que a conduta seja reprovável, além dos elementos acima, dever-se-á verificar se o agente poderia ter praticado a conduta, em situação de normalidade, conforme o ordenamento jurídico. Será reprovável a conduta quando, podendo o sujeito realizar comportamento diverso, de acordo com a ordem jurídica, realiza outro, proibido (SANTOS, 2010, p. 32).

2.3.3 Causas excludentes da imputabilidade

Existem quatro causas que excluem a imputabilidade: doença mental, desenvolvimento mental incompleto, desenvolvimento mental retardado e embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior.

Em relação à doença mental, o art. 26, *caput*, do Código Penal (BRASIL, 1940), tratou da doença mental como um pressuposto biológico da inimputabilidade. Doença mental deve ser entendida como a moléstia que cause alteração na saúde mental do agente.

Na presença de doença mental que leve à incapacidade de entendimento do caráter ilícito do fato e à incapacidade de determinação de acordo com esse entendimento, o agente será inimputável e, conseqüentemente, não terá culpabilidade. O crime persiste (fato típico e antijurídico), faltando ao agente culpabilidade, que é pressuposto de aplicação da pena. A

sanção penal aplicável ao agente, portanto, não consistirá em pena, mas, antes, em medida de segurança.

Dispõe o art. 149, *caput* do Código de Processo Penal (BRASIL, 1940, p. 132), que “quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal”. Deve ser ressaltado que, a teor do art. 153 do Código de Processo Penal, “o incidente de insanidade mental processar-se-á em auto apartado, que só depois da apresentação do laudo, será apenso ao processo principal” (BRASIL, 1941, p. 143).

No que se refere ao desenvolvimento mental incompleto, deve ser entendido aquele que ocorre nos inimputáveis em razão da idade, e também como aquele que ocorre nos silvícolas inadaptados.

Diz o Código Penal no art. 27 (BRASIL, 1940, p. 2): “os menores de 18 anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”.

Nesse dispositivo, o Código Penal (BRASIL, 1940, p. 2) adotou o critério biológico para aferição da imputabilidade do menor. Trata-se, em verdade, de uma presunção absoluta de imputabilidade do menor de 18 anos, fazendo com que ele, por imposição legal, seja considerado incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

O menor de 18 anos, a rigor, pratica crime (fato típico e antijurídico), faltando-lhe apenas a imputabilidade, ou seja, a culpabilidade, que é pressuposto de aplicação da pena. Logo, ao menor não se aplica sanção penal.

Atualmente, o menor de 18 (dezoito) anos que infringe a lei penal está sujeito à legislação própria, ou seja, à Lei nº 8.069 (BRASIL, 1990) - Estatuto da Criança e do Adolescente.

Para o referido estatuto, a terminologia menor está superada, chamando-se criança, a pessoa até 12 anos de idade incompletos, e adolescente a pessoa entre 12 e 18 anos de idade. Ato infracional, para o mesmo diploma, é a conduta descrita como crime ou contravenção penal.

Outrossim, as sanções aplicáveis à criança infratora chamam-se medidas específicas de proteção, e vêm relacionadas no art. 101 do estatuto, sem prejuízo de outras que pode a autoridade competente determinar. Ao adolescente infrator aplica-se, como sanção, a medida socioeducativa, cujo rol encontra-se no art. 112 do estatuto.

Em relação ao desenvolvimento mental retardado considera-se o estado mental característico dos oligofrênicos, que podem ser classificados em débeis mentais, imbecis e idiotas. A perfeita caracterização de cada uma dessas anomalias é dada pela medicina forense. No curso do processo penal, a perícia é inafastável (arts. 149 e 156 do CPP).

Também nesse caso, se o agente, em razão do desenvolvimento mental retardado for incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou incapaz de determinar-se de acordo com esse entendimento, será considerado inimputável, faltando-lhe a culpabilidade, que é pressuposto de aplicação da pena. Ausente a pena, aplicar-se-á medida de segurança.

Em relação à embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior: Diz o art. 28, § 1º, do Código Penal (BRASIL, 1940, p. 2): “é isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

Santos (2010, p. 32) explica que a embriaguez é a intoxicação aguda e transitória causada pelo álcool ou substância de efeitos análogos. Em virtude da embriaguez, para que haja exclusão da imputabilidade, deve faltar ao agente capacidade de entendimento do caráter ilícito do fato ou capacidade de determinação de acordo com esse entendimento.

Santos (2010, p. 32) aduz ainda que o caso fortuito acontece quando o agente desconhece o efeito da substância que ingere ou desconhece alguma condição sua particular suscetibilidade a ela).

A força maior acontece quando o agente não é responsável pela ingestão da substância alcoólica ou de efeitos análogos, como nos casos de ser forçado a dela fazer uso (SANTOS, 2010, p. 32).

A embriaguez pode ser: completa, em que há absoluta falta de entendimento por parte do agente, com confusão mental e falta de coordenação motora; incompleta, em que resta ao agente ainda alguma capacidade de entendimento, muito embora haja comprometimento relativo da coordenação motora e das funções mentais (SANTOS, 2010, p. 32).

2.4 As teorias do fato punível e os elementos do conceito analítico

Forçoso convir que o crime, analiticamente, é um fato típico, antijurídico e culpável, estabelecendo-se, portanto, o sistema tripartido. Depreende-se daí que uma conduta somente é

tida como típica quando se ajusta a uma norma legalmente prevista, sendo ilícita quando contrária ao ordenamento jurídico considerado como um todo, e culpável se nas circunstâncias concretas poderia o autor agir conforme o direito (SANTOS, 2013, p. 116).

Assim cita-se Santos (2013, p. 116) ao afirmar que o sistema tripartido de fato punível, dominante na dogmática contemporânea, define crime como ação típica, antijurídica e culpável, um conceito formado por um substantivo qualificado pelos atributos da adequação ao modelo legal, da contradição aos preceitos proibitivos e permissivos e da reprovação da culpabilidade.

2.4.1 Sistema bipartido: teoria dos elementos negativos do tipo

Conde (2005, p. 45) aduz que inicialmente a tipicidade e a ilicitude eram elementos absolutamente dissociados. E isso durou enquanto vigorou o causalismo, vez que nesta época os tipos eram avalorados, neutros.

Queiroz (2005, p. 139) ressalta que prevalece a ideia de que a tipicidade representa um indício da ilicitude, é dizer, um fato típico seria, em princípio, ilícito (sistema tripartido).

Conforme Conde (2005, p. 45) a tipicidade de uma conduta não implica necessariamente sua ilicitude, mas é sim um indício dela, de forma que uma determinada ação pode ser típica e não ser ilícita, por estar justificada no ordenamento jurídico, de forma que o tipo desempenharia uma função indiciária da ilicitude, não se identificando, entretanto, com ela.

O que se pretende sustentar no presente estudo é que a tipicidade e a ilicitude já estão fundidas, formando um novo elemento, é dizer, “os conceitos de tipicidade e antijuridicidade estão, de fato, funcionalmente vinculados” (QUEIROZ, 2005, p.141), havendo, desta forma, uma relação de essência entre os mesmos.

Destarte, tem-se que o tipo se consubstancia na ilicitude positivada e está atopetado de senso de valor, “podendo-se dizer que ele é o portador da valorização jurídico-penal que separa o Direito do injusto” (BECHARA, 2014, p. 55).

Assim é que para a teoria dos elementos negativos do tipo, cuja formulação deve-se a Merkel, o fato tido como típico é sempre ilícito. De acordo com esta teoria o tipo penal contém em si matéria proibida e antijurídica, compondo-se, desta forma, de duas partes, uma parte positiva e uma parte negativa.

A parte positiva, ou tipo positivo, corresponde à absoluta realização dos elementos objetivos, subjetivos e normativos do tipo. A parte negativa (tipo negativo), corresponde a carência das causas de justificação. É dizer, estaria implícita na manifestação do tipo penal a ausência das causas de justificação, vez que a estada das causas de justificação nega o próprio tipo (QUEIROZ, 2005, p.140).

Assim, ao se excluir a ilicitude estar-se-á excluindo a própria tipicidade vez que as causas de justificação são elementos negativos do tipo. Desta forma, aduz Queiroz que:

Se, com efeito, fim do direito penal é a prevenção subsidiária, de comportamentos lesivos de bens jurídicos, segue-se que a definição legal de crimes, por meio do processo legislativo penal, pressupõe que tais condutas sejam contrárias à ordem jurídica, e não por ela autorizadas, pela lógica razão de que não se pode, a um só tempo, prevenir, proibindo, aquilo que se permite (QUEIROZ, 2005, p.141).

Depreende-se, pois, que o sistema bipartido de fato punível “afirma a unidade conceitual de tipicidade e antijuridicidade, como elementos integrantes do tipo de injusto, que admitem operacionalização analítica separada, mas não constituem categorias estruturais diferentes do fato punível” (CONDE, 2005, p. 69).

Segundo Queiroz (2005, p. 143), as causas de justificação integrariam, pois, o tipo de injusto, como elementos negativos – excludentes da tipicidade e também da ilicitude.

2.4.2 Critérios diferenciadores entre a teoria dos elementos negativos do tipo e a teoria da tipicidade conglobante

Conde (2005, p. 70) ressalta que, atualmente, a tipicidade se relaciona com duas novas teorias, quais sejam, a teoria da tipicidade conglobante e a Teoria dos elementos negativos do tipo.

A Tipicidade Conglobante foi criada por Zaffaroni e resulta de um princípio da lógica, que é o princípio do terceiro excluído, que, em síntese, diz que ou uma coisa é verdadeira ou é falsa. Zaffaroni (2004, p. 432) constatou que em determinados casos uma norma incrimina certa conduta e colide com outra que a autoriza. Mais do que isso, por vezes uma conduta que seria formalmente típica encontra-se fomentada, estimulada por outra norma. Em casos como este não se pode falar, por conseguinte, em tipicidade.

Recolhendo aqui a lição de Zaffaroni (2004, p. 435) pode-se afirmar, neste sentido, que:

Tipicidade implica antinormatividade (contrariedade à norma) e não podemos admitir que na ordem normativa uma norma ordene o que a outra proíbe. Uma ordem normativa, na qual uma norma possa ordenar o que a outra proibir, deixa de ser ordem e de ser normativa e torna-se uma desordem arbitrária. As normas jurídicas não vivem isoladas, mas num entrelaçamento em que umas limitam as outras, e não podem ignorar-se mutuamente. Uma ordem normativa não é um caos de normas proibitivas amontoadas em grandes quantidades, não é um depósito de proibições arbitrárias, mas uma ordem de proibições, uma ordem de normas, um conjunto de normas que guardam entre si uma certa ordem, que lhes vem dada por seu sentido geral: seu objetivo final, que é evitar a guerra civil.

Não se pode confundir, pois, a Teoria da Tipicidade Conglobante com a Teoria dos Elementos Negativos do Tipo. Esta teoria representa uma verdadeira fusão entre os conceitos atuais de tipicidade e ilicitude. Sustenta-se que a ilicitude e a tipicidade formam um todo unitário, um elemento único composto por duas fases, sendo uma positiva, que é o que se chama hoje de tipicidade e outra negativa, o que se chama de ilicitude (ZAFFARONI, 2004, p. 435).

Na tipicidade conglobante se exclui a adequação típica haja vista estar um comportamento estimulado pelo Direito, enquanto que na Teoria dos elementos negativos do tipo o comportamento teria excluída a sua responsabilidade por estar permitido (ZAFFARONI, 2004, p. 435).

Um exemplo nítido de que ambas não se confundem é a legítima defesa vez que se pode usar a legítima defesa para excluir a adequação típica na teoria dos elementos negativos do tipo, mas não se poderia usa-la na tipicidade conglobante (ZAFFARONI, 2004, p. 435).

No próximo capítulo o presente estudo trata do consentimento do ofendido e o seu tratamento no Direito Penal brasileiro.

CAPÍTULO III - O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO E O DIREITO PENAL NACIONAL

Este capítulo destina-se à revisão dos conceitos e doutrinas referentes ao consentimento do ofendido e sua interpretação no Direito Penal brasileiro. Para tanto, à luz de tal propositura verifica-se os bens jurídicos passíveis de consentimento, o consentimento do ofendido como causa de exclusão da antijuridicidade e como princípio geral de direito.

O capítulo revela a posição atual do consentimento no Direito Penal brasileiro e o que se observa na jurisprudência penal nacional e o consentimento da vítima.

Jakobs (1997, p. 269), comenta que se o Direito Penal assegurar a validade fática ou a vigência das normas jurídicas então um sistema social funcional poderá existir na medida em que o direito repressor teria a função de estabilizar a ordem social através da imputação de condutas e o delito significaria oposição à prescrição normativa, ao passo que a sanção restabeleceria a obediência ao Direito.

3.1 Os bens jurídicos passíveis de consentimento

Luca (2005, p. 745) em seus estudos conceitua o consentimento do ofendido como: “a autorização manifesta, pelo portador de bens jurídicos de elevada importância, para que outrem realize uma ingerência nestes bens, gerando efeitos no âmbito do Direito Penal”.

Derivada do latim, *consentire* (ter o mesmo sentir, estar de acordo, concordar), o consentimento possui na terminologia jurídica onde “a aceção da manifestação da vontade, séria e definitiva, em virtude do qual a pessoa, concorda com os desejos de outrem e vincula-se à obrigação ou obrigações, que servem objeto ao ato jurídico ou do contrato firmado entre as partes” (SILVA, 2005, p. 353).

Canfão (2013, p. 17) ensina que:

Pela etimologia, o consentimento significa o ato livre e consciente do titular do bem jurídico penalmente lesado ou posto em perigo de lesão, de ser capaz em anuir ou concordar de modo inquestionável com a lesão ou perigo de lesão sobre o bem jurídico disponível do qual é único titular ou agente expressamente autorizado a dispor legalmente por ele (CANFÃO, 2013, p. 17).

Luca (2005, p. 745) ressalta que fundamentado na dignidade da pessoa humana está a expressão da liberdade e da autonomia individual que pode ser definida como a capacidade de autodeterminação da pessoa segundo a sua vontade. Por certo, a dignidade da pessoa humana constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, motivo pelo qual se encontra na Constituição de inúmeros Estados, incluindo-se a brasileira, em seu art. I o inciso III. Daí a enorme relevância do consentimento, capaz de interferir até mesmo na esfera jurídico-penal, protetora de bens públicos por natureza.

Sobre isso, Luca (2005, p. 745) explica ainda que embora o consentimento esteja implícito na dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, na capacidade de autodeterminação da pessoa segundo a sua vontade, ele não pressupõe a vontade em si, mas antes a sua exteriorização.

De acordo com Starling (2014, p. 18), o consentimento pode ser de dois tipos: consentimento-atipicidade e consentimento-justificação.

O consentimento-atipicidade é “o exercício, pelo ofendido, da liberdade de disposição de bens juridicamente relevantes, liberdade esta que se encontra assegurada em determinados tipos penais” (STARLING, 2014, p. 18).

Cabe ao consentimento-atipicidade assegurar a liberdade de disposição de bens pelo indivíduo, sendo responsável por excluir a tipicidade da conduta (LUCA, 2005, p. 745).

3.2 O consentimento do ofendido como causa de exclusão da antijuridicidade

Segundo Welzel (1993, p. 240), antijuridicidade é “a violação da ordem jurídica em seu conjunto, mediante a realização do tipo”.

Barros (1999, p. 235) afirma que “a maioria dos autores brasileiros não faz distinção entre antijuridicidade, injusto e ilicitude, sendo esta última utilizada pelo Código Penal pátrio”.

Bitencourt (2012, p. 368) aduz que a antijuridicidade é “a relação de antagonismo que se estabelece entre uma conduta humana voluntária e o ordenamento jurídico, de modo a causar lesão, ou a expor a perigo de lesão um bem jurídico tutelado”.

Liszt diferenciava antijuridicidade formal de antijuridicidade material, formalmente antijurídico seria o comportamento humano que viola a lei penal, a e materialmente antijurídica é a conduta humana que fere o interesse social protegido pela própria norma.

Jesus (2005, p. 358) diz ser a antijuridicidade formal o mesmo que a tipicidade, e a antijuridicidade material seria a própria antijuridicidade. Por tanto a antijuridicidade é sempre material.

Prado (2010, p. 341) relata que “a realização da ação prevista em um tipo de injusto de ação doloso ou culposo será antijurídica, enquanto não concorrer uma causa de justificação”. Nesse contexto, a causa de justificação, é a excludente de antijuridicidade, o que leva a concluir que uma ação, mesmo típica, se possuir uma causa de justificação, o seu caráter de ilicitude será excluído de sua análise, e essa ação típica não causará uma pena.

Conforme Prado (2010, p. 341) a antijuridicidade é o caráter da lesão de um interesse formalmente protegido, de um bem jurídico que a Lei guarda, caráter o qual a conduta típica foi causa. Sendo a antijuridicidade requisito de crime, pode ser afastada por algumas causas.

Em se tratando do consentimento do ofendido como causa de exclusão da antijuridicidade pode-se dizer que se dá diante de alguma resistência oferecida por parte da doutrina

Santos (2012, p. 1) ressalta que o consentimento do ofendido dependendo do tipo incriminador analisado se apresenta como causa de exclusão da tipicidade e causa supralegal de exclusão da ilicitude.

A causa de exclusão da tipicidade ocorre se o tipo penal exige o dissenso da vítima enquanto um dos requisitos objetivos formais necessários à completude da figura incriminadora, é claro que o válido consentimento do ofendido exclui a tipicidade. Exemplo: crimes de violação de domicílio — artigo 150 do Código Penal (se alguém permite ou tolera que terceiro ingresse em sua casa, ausente estará a tipicidade da conduta) e estupro — artigo 213 do Código Penal (se a mulher consente na relação sexual, inexistente tipicidade);

A causa supralegal de exclusão da ilicitude ocorre quando o consentimento do ofendido, fora essas hipóteses em que o dissenso da vítima constitui requisito da figura típica, pode excluir a ilicitude, se praticado em situação justificante. Exemplo: aquele que realiza tatuagens no corpo de terceiros pratica conduta típica de lesões corporais (art. 129 do CP), muito embora lícita, se verificado o consentimento do ofendido; aquele que inutiliza coisa de terceiro, ainda que a pedido deste, pratica conduta típica de dano (art. 163 do CP), muito embora lícita, se presente o consentimento da vítima (FRAGOSO, 2003, p. 192).

Segundo Santos (2012, p. 1) no ordenamento jurídico brasileiro o consentimento do ofendido consiste na única causa supralegal de exclusão da ilicitude. Para que seja aceita na doutrina uma causa supralegal de justificação é necessário que o instituto obedeça a requisitos especificados como: concordância do ofendido, consentimento explícito, capacidade para

consentir, disponibilidade do bem, o consentimento deve ser dado antes ou durante a prática, revogação do consentimento, conhecimento do agente. Portanto, a partir da obediência destes requisitos pode-se aplicar o consentimento do ofendido como causa supralegal de justificação.

Santos (2012, p. 1) explica que tal como ocorre com as causas legais de exclusão da ilicitude, no consentimento do ofendido também é punível o excesso. O excesso neste instituto configura-se com a ultrapassagem dos limites impostos pela vítima que consentiu com a lesão de seu bem ou perda de seu interesse.

Os tribunais superiores adotam em sus jurisprudências o consentimento do titular do bem jurídico, principalmente, nos casos de furto, estupro, violação de domicílio, aborto, entre outros. Entretanto, o entendimento adotado segue sempre uma mesma linha, ou seja, nos casos em que o dissenso é elemento do tipo, o consentimento válido exclui a tipicidade e, nos casos em que o dissenso não faz parte do tipo, o consentimento válido exclui a antijuridicidade. Há, ainda, aqueles casos em que o consentimento é que caracteriza o delito, como no caso do aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante (SANTOS, 2012, p. 1).

A possibilidade de o consentimento do ofendido excluir a antijuridicidade não é matéria pacífica na doutrina e jurisprudência, havendo autores que chegam a negar a possibilidade da existência de causas supraleais de exclusão da ilicitude.

Apesar de não ser de aceitação pacífica, a maior parte da doutrina tem perfilhado o entendimento de que o consentimento do ofendido é excludente da ilicitude, embora isto não esteja previsto expressamente no ordenamento jurídico brasileiro. Jesus (2005, p. 364) traz posição favorável à adoção de causas supraleais de exclusão da ilicitude, ao dispor:

A ausência de previsão legislativa em relação aos fatos puníveis não pode ser suprida através de analogia, costumes e princípios gerais de direito. No tocante às normas penais incriminadoras vige o princípio da reserva legal: não há crime sem lei que o defina. Essa proibição, porém, não se estende às normas penais não incriminadoras (permissivas e supletivas). O artigo 23, que menciona as causas de exclusão da ilicitude, não contém disposição penal incriminadora. Assim, a lacuna de previsão legislativa pode ser suprida pelos processos de auto integração da lei penal (JESUS, 2005, p. 364).

Bruno (1984, p. 19) comenta ainda que “há bens jurídicos que o Estado deixa à livre disposição do titular pelo menos até certos limites e dentro de determinadas circunstâncias. É isto que explica o poder discriminante do consentimento do ofendido”.

Além das causas legais de exclusão da ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito), o art. 23 do

Código Penal, excluem também a ilicitude da conduta, apesar de configurada a tipicidade penal. Nesse contexto, Galvão (2007, p. 320) ensina que a conduta será típica, porém lícita, não se caracterizando o injusto e não ensejando, portanto, responsabilidade do indivíduo que agiu amparado por ela.

Majoritariamente, a doutrina outorga o consentimento do ofendido como causa supralegal de exclusão da ilicitude penal. Galvão (2007, p. 320) afirma que: “a melhor compreensão sobre o conteúdo material da ilicitude levou os penalistas nacionais a reconhecerem que as causas de justificação não se limitam aos casos expressamente previstos em lei, admitindo-se a existência de causas supraleais de exclusão da ilicitude”.

Corroborando com Galvão (2007, p. 320), Toledo (2010, p. 214), afirma que:

O consentimento expresso do ofendido pode e deve ser reputado, entre nós, uma causa supralegal de justificação, quando se imponha de fora do tipo para a exclusão da ilicitude de fatos lesivos a bens plenamente disponíveis por parte de seus respectivos titulares.

Galvão (2007, p. 321) defende que:

As causas de justificação, ou normas permissivas, não se restringem, numa estreita concepção positivista do direito, às hipóteses previstas em lei. Precisam igualmente estender-se àquelas hipóteses que, sem limitações legalistas, derivam necessariamente do direito vigente e de suas fontes. Além disso, como não pode o legislador prever 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.

Já Starling (2014, p. 25) discordam dessa opinião, alegando justamente o oposto no sentido da impossibilidade de existência de uma causa de exclusão de ilicitude que não decorra expressamente da lei.

Nesse mesmo diapasão Starling (2014, p. 25), defende o consentimento como causa de exclusão da ilicitude, presentes os requisitos referentes à capacidade de consentir, ao momento e às formas de expressão do consentimento, bem como à natureza do bem jurídico em jogo, excluída estará a ilicitude da conduta, já que o ofendido validamente consentiu com a lesão ao bem jurídico tutelado.

Starling (2014, p. 25) elucida que, para legitimar o consentimento do ofendido como causa de exclusão da ilicitude, a doutrina valeu-se das mesmas teorias que embasam a legitimidade das demais hipóteses de exclusão da antijuridicidade. Entre elas destacam-se as

teorias do fim reconhecido pelo Estado; da esfera de liberdade deixada ao indivíduo pelo Estado; da valoração dos bens; e da justificação decorrente das normas de cultura, e outras.

Starling (2014, p. 26), coloca que a ausência de previsão expressa do consentimento do ofendido no ordenamento penal brasileiro deixa uma lacuna cujo preenchimento seria importante, mormente se considerarmos os postulados do garantismo penal, da intervenção mínima e da segurança jurídica. Isto porque o consentimento do ofendido legitima e ampara uma série de condutas cotidianas, banais, que, sem a excludente, poderiam ser objeto de responsabilizações abusivas e contrárias aos fins perseguidos pelo direito penal.

Nesse contexto, Galvão (2007, p. 322) determina como exemplos de situações em que o ofendido pode consentir a lesão de seu bem

O caso do cientista que se deixa aprisionar para a realização de um experimento; o ator que se deixa insultar por outro em uma peça teatral; o paciente que permite ao médico a revelação de um segredo relacionado com seu tratamento; o tio que permite ao sobrinho desmontar peças de seu automóvel para treinar reparos que eventualmente possam ser necessários no curso de uma viagem; a pessoa que permite que lhe façam uma tatuagem definitiva na pele e outros. Estes exemplos deixam claro que os casos amparados pelo consentimento do ofendido são muitos, e que tais hipóteses não se submeteriam adequadamente ao socorro das causas de exclusão da ilicitude expressamente previstas em nossa legislação.

No próximo item cabe verificar em que consiste o princípio geral de direito do consentimento do ofendido.

3.3 O consentimento do ofendido como princípio geral de direito

O Código Penal brasileiro trabalha, conforme visto anteriormente, as causas de exclusão da ilicitude que, de acordo com Starling (2014, p. 26) é admitida pelas seguintes hipóteses: o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento de dever legal e o exercício regular de direito. Observa-se, portanto, que o consentimento do ofendido não possui tratamento legal expresso.

Marques (2009, p. 5) salienta que o Código Penal de 1940, considerou o instituto do consentimento do ofendido supérfluo. Desta forma, a forte influência exercida contribuiu para que o instituto permanecesse ausente do texto legal em questão, vigente até os dias atuais.

Em razão das várias aplicabilidades, o consentimento do ofendido possui aceitação preponderante entre a doutrina e a jurisprudência como causa supralegal de exclusão da ilicitude, conforme afirma Marques (2009, p. 5), que:

As causas ilidentes da antijuridicidade não podem limitar-se às estritas prescrições da lei positiva, mas devem ser examinadas dentro de quadro mais amplo, isto é, à luz de critérios sociológicos, éticos, políticos, em suma, critérios que se situam antes do Direito ou, de certo modo, fora do âmbito estrito do direito positivo (MARQUES, 2009, p. 5).

No mesmo entendimento Bitencourt (2012) salienta que:

Como o legislador não pode prever as hipóteses em que as transformações produzidas pela evolução ético-social de um povo passam a autorizar ou permitir a realização de determinadas condutas, deve-se, em princípio, admitir a existência de causas supraleais de exclusão da antijuridicidade (BITENCOURT, 2012, p. 169).

Portanto é imprescindível que se observe a modificações que a sociedade constantemente sofre. O Direito Penal segundo Luca (2005, p. 748) ajuíza uma inter-relação entre os indivíduos por meio da comunicação (verbal, escrita, comportamental, entre outras). Para que determinada vontade seja considerada pelo Direito Penal é necessário que ela faça parte deste agir comunicativo, ou seja, que ela seja externada (implícita ou explicitamente, em momento anterior ou posterior à ação) aos agentes que se inter-relacionam durante a ação delitiva. A mera vontade interna, sem qualquer forma de exteriorização no mundo fático, não pode ser tida como consentimento, pois é irrelevante ao Direito Penal.

Molina Arrubla (1986, p. 13) comenta que em um consentimento do agente delitivo (ofensor), a sua vontade de praticar a conduta, que, posteriormente, é reprovada pelo Direito Penal. Entretanto, a equiparação do consentimento à vontade do ofensor faz-se ainda mais imprópria do que a equiparação do consentimento à vontade da vítima. Isso porque, além da impropriedade de assemelhar o consentimento à vontade, tal designação contraria a natureza do consentimento penal, que é sempre reservado à vítima, pois ela é a única que pode autorizar a ingerência de terceiros sobre seus bens jurídicos.

De acordo com Luca (2005), o consentimento envolve também a auto responsabilidade da vítima.

Se a pessoa apresenta a capacidade de autodeterminar-se segundo sua vontade, então ela tem certa capacidade de escolher quais bens jurídicos podem ser preservados e quais podem ser descartados, ou lesados. A vítima

deve responsabilizar-se pelos eventuais danos ou prejuízos advindos da conduta do ofensor, se eles decorrerem da expressão de sua autonomia. Por outro lado, o consentimento do ofendido implica a diminuição ou a exclusão da responsabilidade penal do agente delitivo. Se a vítima permitiu a ingerência de outrem ao bem jurídico relevante, então o Estado não poderá punir o agente com a mesma intensidade que o faria caso não houvesse consentimento. Disso decorre que a eficácia do consentimento acarreta, ao mesmo tempo, a auto responsabilidade da vítima e a não responsabilidade penal do agente (LUCA, 2005, p. 748)

Portanto, diante dos entendimentos vistos é importante que se verifique os reflexos e posição atual do consentimento no Direito Penal brasileiro.

3.4 Reflexos e posição atual do consentimento no direito penal brasileiro

O consentimento das causas de justificação implícitas no artigo 23 do Código Penal vigente constitui doutrinariamente em causas supralegais de exclusão da antijuridicidade ou ilicitude (SANTOS, 2012, p. 1).

Desta forma, Canfão (2013, p. 17) entende que se trata de um instituto de natureza doutrinária, que ora funciona como causa de exclusão da tipicidade, ora como causa de exclusão da antijuridicidade.

Confirme leciona Queiroz (2005, p. 286), “segundo a doutrina (majoritária), o consentimento válido do ofendido ora funciona como causa de exclusão da tipicidade, ora como causa de exclusão de antijuridicidade”.

Queiroz (2005, p. 286) salienta que a tipicidade é excluída do consentimento quando ocorre o dissenso do titular do bem jurídico penalmente protegido expresse ou, lícitamente, faça parte do tipo penal; e exclui a antijuridicidade, desde que provenha de pessoa capaz de dispor (em se tratando da incapacidade, seu representante legal).

Vale mencionar as palavras de Scarmanhã, Furlaneto Neto e Santos (2016, p. 248) ao analisarem a legislação penal espanhola, quando não houver o conhecimento do usuário da *Internet*, diante da utilização de ferramentas eletrônicas como *cookies* e *sniffers*:

Discute-se se a utilização de ferramentas como cookies e sniffers também se enquadram na referida norma penal incriminadora. Verifica-se, ainda, que a legislação penal espanhola tem previsão expressa quanto à utilização de tais ferramentas, sem o conhecimento do usuário da Internet. Considerando que tais ferramentas possibilitam monitorar o fluxo do acesso individual do internauta na rede mundial de computadores, alimentando um banco de dados da empresa que possibilita estabelecer as preferências do usuário, em patente violação à intimidade, ao nosso ver, tal procedimento se amolda ao

tipo penal previsto no artigo 10 da Lei Federal nº 9.296/1996, salvo se houver consentimento do internauta para a instalação do programa espião.

Para Greco (2007, p. 366) “o consentimento do ofendido, dentro da teoria do delito, pode ter dois enfoques com finalidades diferentes: afastar a tipicidade e excluir a antijuridicidade”. Depois elucida que, o consentimento exclui a tipicidade, se o tipo penal exige o dissenso do titular do bem jurídico enquanto um dos requisitos objetivos formais necessários à completude da figura incriminadora.

Também excluí a antijuridicidade nos casos em que o titular do bem jurídico protegido e disponível assente de forma livre. Isto é exemplificado por Canfão (2013, p. 17) mediante crimes de violação de domicílio – art. 150 do Código Penal se alguém permite ou tolera que o terceiro ingresse na sua casa, ausente estará à tipicidade da conduta) e estupro – art. 213 do Código Penal (se a mulher consente na relação, inexistente a tipicidade).

Note-se nos dois casos que a ação ilícita acontece contra a vontade do titular do bem jurídico e o autor importa-se com a uma lesão ao bem jurídico. Neste caso a ilicitude é afastada porque a própria vítima assim quis. Portanto, é causa supralegal de exclusão da tipicidade e da antijuridicidade, vez que se refere situação não contemplada pelo Código Penal (CANFÃO, 2013, p. 18).

Com bem ressalta Santos (2010, p. 257): “o consentimento do ofendido constitui causa supralegal de exclusão da antijuridicidade ou da própria tipicidade porque consiste na renúncia da proteção Penal de bens jurídicos disponíveis, ou seja, os bens individuais, inclusive a vida, em determinadas condições”.

O consentimento do ofendido, assim entendido, fora de hipóteses em que o dissenso do titular do bem jurídico protegido constitui requisito da figura típica, pode excluir a ilicitude, se praticado em situações justificantes, como por exemplo, aquele que realiza tatuagem no corpo de terceiros pratica conduta típica de lesões corporais (art. 129 do CP), muito embora lícita, se verificado o consentimento do titular do bem jurídico (SANTOS, 2010, p. 1).

Canfão (2013), destaca ainda, que doutrina majoritária tem entendido que o consentimento, em determinadas situações, poderá constituir causa especial de diminuição de pena. E a jurisprudência brasileira registra como exemplo disto a eutanásia.

Desse modo, aquele que mata a pedido da vítima e para abreviar o sofrimento desta, teria praticado, segundo a jurisprudência majoritária, o homicídio privilegiado (por motivo de relevante valor moral – art. 121, § 1º, CP). Não haveria, neste caso, exclusão da tipicidade nem tampouco da

ilicitude, uma vez que a vida seria considerada um bem de natureza indisponível. Todavia, o consentimento do titular do bem jurídico constituirá, em detrimento do consentâneo, causa especial de diminuição de pena (CANFÃO, 2013, p. 18).

Greco (2007, p. 243) ressalta que para que o consentimento exista, em uma situação concreta - independentemente se para afastar a tipicidade ou para excluir a antijuridicidade de uma conduta (análise que será realizada apenas em um momento posterior) -, é necessária a presença de pelo menos duas pessoas, ofendido e ofensor, em polos opostos da relação; de ingerência, por parte deste, em um bem jurídico do qual aquele é titular; além de manifestação de aquiescência, pelo primeiro e dirigida ao segundo, sobre mencionada ingerência.

É importante esclarecer que ofendido e ofensor são pessoas com titularidade de um bem juridicamente relevante que em caso de prática de conduta criminosa será responsabilizado penalmente (GRECO, 2007, p. 44).

Com efeito, não se contesta que a pessoa física pode figurar tanto como ofendida, quanto como ofensora em uma conjuntura delituosa. De seu turno, a pessoa jurídica pode integrar a parte ofendida no limite dos bens penais a ela atribuídos - vale dizer, a honra, a propriedade etc. -, exercendo o direito de disposição de seus interesses através de seu representante legal, na forma prevista pela lei ou por seus estatutos. Contudo, a maior parte dos doutrinadores sustenta que ela não pode figurar como ofensora, por ser incapaz de conduta, bem como impassível de responsabilização penal (GRECO, 2007, p. 244).

Coelho (2013, p. 11) explica que a interferência do consentido, resulta na lesão de um bem jurídico relevante, mas não no objeto de proteção pelo tipo penal. Quando ocorrer consentimento por atipicidade a aquiescência do ofendido mantém intacto o bem objeto de tutela penal provocando a lesão de outros bens juridicamente relevantes, tais como, por exemplo, a propriedade e a integridade física.

No consentimento-justificação, por outro lado, a anuência do ofendido, não obstante exclua a ilicitude da conduta, provocará invariavelmente a lesão (ou o perigo de lesão) ao bem juridicamente protegido pelo tipo penal, já que, ao contrário do consentimento-atipicidade, nunca sucederá com relação aos tipos penais que tutelam a liberdade de disposição do bem jurídico por seu titular, mas somente com aqueles que protegem os próprios bens em espécie.

De acordo com Coelho (2013, p. 10), é imperiosa manifestação de aprovação pelo ofendido no caso da vontade sofrer uma intervenção no bem jurídico de que é titular, com a conseqüente diminuição ou exclusão da responsabilidade penal do ofensor. Quanto à forma

pela qual tal manifestação se realiza, três são as teorias: teoria da declaração da vontade; teoria da direção da vontade; e teoria eclética (ou conciliadora).

Como explica, com muita clareza, Coelho (2013, p. 11) a teoria da declaração de vontade determina que:

O consentimento deve manifestar-se externamente como negócio jurídico privado; a teoria da direção da vontade pressupõe a pura aquiescência interna do ofendido, sem a necessidade de sua exteriorização; e, por fim, para teoria eclética (ou conciliadora), o consentimento deve ser externalizado de modo a ser reconhecido, de alguma maneira, pelo agente delitivo.

No tocante a diversidade da teoria é importante ressaltar que o consentimento deve ocorrer de forma tácita e explícita de forma específica ou genérica,

Será expressa sempre que manifestamente informada pelo aquiescente e perceptível, de imediato, pelo ofensor (ocorrendo principalmente por meio das formas verbais de manifestação), ao passo que, diferentemente, será tácita quando perceptível pelo comportamento do consenciente, que induz o ofensor a inferir, com nitidez, a vontade daquele de ingerência no bem jurídico de que é titular. De outro modo, será específica nos casos em que direcionada a uma ou mais pessoas determinadas, enquanto que, diversamente, será genérica nas situações em que dirigida a uma coletividade indefinida (COELHO, 2013, p. 11).

Greco (2007, p. 245) explica que para a validade do consentimento é necessário a capacidade natural de discernimento do consenciente acerca do significado e das consequências de sua decisão de renúncia ao bem jurídico protegido de que é titular, e que sua vontade seja produzida e manifestada sem vícios (erro, coação e fraude).

Ao fadar o consentimento o indivíduo deve ter a maturidade para tal e discernimento para a para manifestação da aquiescência necessários ao entendimento do caráter delituoso da conduta a ser realizada pelo agente (SANTOS, 2010, p. 28).

Todavia, não obstante seja aceita, pela Lei penal, a inimputabilidade do agente quando, no momento da ação, era menor de dezoito anos, tinha desenvolvimento mental incompleto ou retardado, ou estava em estado de embriaguez total involuntária, algumas observações devem ser feitas com relação à utilização destes critérios como referenciais para capacidade de consentimento (SANTOS, 2010, p. 28).

A primeira delas, uma ressalva, é a de que, embora o Código Penal brasileiro apresente uma presunção absoluta de que são imputáveis as pessoas com discernimento

mental completo e com idade igual ou superior a dezoito anos, no que atine ao consentimento tal presunção deve ser relativa.

Isto porque, como corretamente aponta Santos (2010, p. 28), muito embora uma das origens do instituto da presunção absoluta de inimputabilidade para o menor de dezoito anos de idade seja o real processo de formação do caráter que ocorre nas pessoas neste período da vida – e que, por uma série de fatores, turba sua liberdade de decisão -, hodiernamente não se contesta que a principal razão de tal previsão legal seja a política criminal, representada por meio da consagração ao jovem, pelo ordenamento jurídico, da garantia de desenvolver sua personalidade, durante certa quantidade de tempo, sem ser perseguido pelo aparato estatal, senão educado - conquanto ele possa ser de fato responsável por seus atos, conquanto, em última análise, seu desenvolvimento mental não seja de fato incompleto. De se perceber, portanto, que em se tratando de capacidade etária para o consentimento, impositiva se mostra sua flexibilização em relação ao modelo da imputabilidade. Em termos concretos, se comprovado que, em determinada situação, o consenciente apresenta plena capacidade de entendimento e de discernimento, então o consentimento por ele outorgado deve ser considerado válido, independentemente de sua idade.

De outro lado, no que toca ao aspecto psicológico da capacidade para o consentimento, se comprovado que no caso concreto, embora apresentando desenvolvimento mental completo, ausente de doenças neurológicas, a pessoa não demonstre competência suficiente de entendimento e discernimento do significado e das consequências de sua decisão, o consentimento por ela outorgado não pode ser considerado válido. Isto porquanto tais condições biofisiológicas não garantem que o indivíduo tenha a real dimensão das conjunturas presentes e futuras da situação em que está inserido - como na hipótese de estar tomado por intensas emoções -, pelo que sua capacidade de escolha e decisão estará claramente prejudicada, ou até mesmo comprometida (SANTOS, 2010, p. 29).

A segunda reflexão pertinente é a de que, assim como nos casos de semi-imputabilidade, em que uma doença ou má-formação mental gera incapacidade relativa para o indivíduo entender o caráter delitivo do fato, também sob tais circunstâncias, e pelos mesmos fundamentos (capacidade de compreensão e autodeterminação diminuídas), o consentimento deve ser parcialmente válido, apto a reduzir a pena do consentido de um a dois terços, por analogia ao artigo 26, parágrafo único, do Código Penal. O mesmo raciocínio se aplica à embriaguez total involuntária: se causar a incapacidade absoluta de discernimento do aquiescente, o consentimento não poderá ser considerado válido; se, contudo, provocar uma incapacidade relativa, o consentido poderá ser parcialmente responsabilizado, isto é, poderá

ter sua pena diminuída de um a dois terços, em interpretação analógica do artigo 28, inciso II, do Código Penal (COELHO, 2014, p. 11).

Destarte, com relação à capacidade do consenciente, a outorga do consentimento será, via de regra, tendo em vista as considerações acima delineadas, válida para os imputáveis (excluindo a responsabilidade penal do consentido), inválida para os inimputáveis (não excluindo a responsabilização) e parcialmente válida para os semi-imputáveis (também não excluindo a resposta penal, mas podendo gerar a redução de pena de um a dois terços) (COELHO, 2014, p. 11).

Coelho (2014, p. 12) comenta que para que haja validade do consentimento é importante que a vontade seja produzida e manifestada sem vícios, ou seja, ausente de erro, fraude ou coação.

O erro é uma falsa representação da realidade, isto é, um equívoco sobre as circunstâncias ou elementos do fato, que influi na vontade do declarante, impedindo que esta se forme e se revele em consonância com sua verdadeira motivação. Em outras palavras, tendo sobre um fato noção inexata ou incompleta, o consenciente desenvolve e emite sua vontade de modo diverso do que ocorreria, se daquele tivesse conhecimento exato ou completo. Fundamental ressaltar, desde já, que o erro na outorga do consentimento não se confunde com o erro de tipo ou o erro de proibição, vez que o primeiro se dá por parte do aquiescente (ou ofendido), ao passo que os últimos ocorrem em relação ao ofensor, que pode ou não ser o consentido (SANTOS, 2012, p. 1).

De acordo com Santos (2010, p. 31), o erro do consenciente sobre as circunstâncias ou elementos do fato somente tornará nulo o consentimento quando ocorrer por culpa do consentido, quem, em decorrência, poderá ser responsabilizado pela prática de crime culposos (se houver previsão legal, e desde que comprovada a imprudência, negligência ou imperícia). Isto porque o erro pressupõe a inexistência de intenção, por parte do ofensor, de enganar o aquiescente, ao contrário da fraude, outra modalidade de vício da vontade, da qual o dolo é elemento intrínseco. O consentimento será válido, mesmo se houver erro, nos casos em que este se originar por culpa do próprio consenciente, de maneira que, cumpridos os demais requisitos, ficará livre o consentido de responsabilização penal, ante a ocorrência da hipótese prevista pelo art. 20, § 1º, do Código Penal. De outro modo, nas situações de erro por culpa de terceiro, este responderá pelo delito em sua modalidade culposa, muito embora continue o consentimento válido em relação ao agente delitivo (art. 20, § 2º, do CP)

A fraude, por sua vez, é a provocação intencional de um erro. Em outros termos, consiste no emprego doloso, por parte do consentido ou de terceiro, de artifício ou artil com a

finalidade de deturpar o conhecimento do consenciente sobre os elementos ou as circunstâncias do fato, movendo-o a conceder um consentimento que não existiria se tivesse em mente a correta representação da realidade. A diferença elementar entre fraude e erro é que, naquela, a deturpação da realidade no consenciente do aquiescente ocorre em razão de estímulos externos, e não de fatores intrapsíquicos, como acontece no caso deste (SANTOS, 2010, p. 32).

De acordo com Coelho (2014, p. 11), o consentimento é nulo quando se constata a fraude suscitada pelo consentido quando, principalmente, gera responsabilidade criminal no dolo. É diferente quando a fraude for promovida por terceiro, então, neste caso o consentimento será válido para o consentido, não obstante possa levar aquele a responder penalmente por sua conduta dolosa.

Santos (2010, p. 32) ainda, que as três hipóteses – erro, fraude ou coação – o vício da vontade deve recair sobre qualquer elemento ou circunstância do fato, desde que seja determinante para outorga do consentimento, isto é, não constitua mero detalhe, ou característica acessória, da conjuntura em questão.

A disponibilidade do bem jurídico protegido assegura a eficácia do consentimento por parte do seu titular. Em vista disso, em relação à disponibilidade, os bens jurídicos são classificados como totalmente renunciáveis – os que são sempre passíveis de disposição pela pessoa; e bens parcialmente renunciáveis – aqueles cuja disposição pelo indivíduo é possível somente em certos casos (SANTOS, 2010, p. 32).

Como com muita clareza explica Luca (2005, p. 755),

Esta capacidade de disposição é determinada pelo consenso social, dependendo primeiramente da importância social do bem tutelado e da gravidade da lesão, e secundariamente das demais circunstâncias que envolvem o fato, tais como o estado em que se encontra o bem, a finalidade da disposição, dentre outros.

A eficácia do consentimento se verifica sempre que este é outorgado sobre um bem totalmente renunciável, ou quando as circunstâncias do fato autorizem a renúncia do bem jurídico por seu titular, nos casos em que aquele for parcialmente renunciável. Do contrário, existente e válido o consentimento penalmente relevante, mas recaindo sobre bem jurídico que, na situação concreta, se revele indisponível, não será apto a produzir efeitos na seara criminal.

A seguir analisam-se as jurisprudências pátrias que envolvem o consentimento da vítima.

3.4.1 A jurisprudência penal nacional e o consentimento da vítima

Ao analisar a jurisprudência penal nacional e o consentimento da vítima ressalta-se o estupro de vulnerável, crime previsto no art. 217-A do Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940), no capítulo II (Dos Crimes Sexuais contra Vulnerável), sob o título VI – Dos Crimes contra a Dignidade Sexual.

Observa-se que a partir da Lei nº 12.015 (BRASIL, 2009) a prática de qualquer ato sexual com menores de 14 anos corresponde ao crime de estupro, que é uma relação sexual não consensual e de violência, portanto sexual. Isso significa que, a uma certa idade, o menor é visto como um objeto e nunca como um sujeito em um relacionamento sexual, isto é, sua vontade e capacidade de ação não são consideradas legalmente válidas (COUTO, 2016, p. 1).

Vale salientar que o consentimento sexual pode ser invalidado quando o outro se encontra em estado de vulnerabilidade impedido de exercer sua autonomia da vontade devido à imaturidade biológica e sexual (ou cognitivo e moral) e uma (ainda que temporária) estatuto de desigualdade social (LOWENKRON, 2016, p. 235).

A relevância do tema repousa na nova redação deste tipo penal e também nas ponderações se a presunção de violência no estupro de vulnerável deve ser absoluta ou relativizada. Várias são as decisões que defendem a presunção absoluta, entretanto a temática não está pacificada com excelentes posicionamentos reforçando a presunção ser relativa (COUTO, 2016, p. 1).

O preâmbulo do Código Penal 1940 esclarecia que a fundação da ficção jurídica de violência e a razão para a guarda de menores de 14 anos foram os *consilii Innocentia* do contribuinte, ou seja, a sua completa inocência em relação aos atos sexuais, por isso não pode dar qualquer valor ao seu consentimento (LOWENKRON, 2016, p. 236).

De acordo com Prado (2010, p. 344), a presunção da violência em crimes sexuais, também conhecidos como “violência ficta é fornecido na maioria dos códigos penais, como excepcional preocupação do legislador com certas pessoas que são incapazes de consentir ou validamente manifestarem o seu desacordo”.

De acordo com Prado (2010, p. 345), depois de certo ponto, ele “se tornou melhor compreender a doutrina de que a presunção da rubrica padrão é relativo”.

Segundo Prado (2010, p. 345), esse entendimento tornou-se predominante, de modo que se a vítima, apesar de ter menos de 14 anos foi experimentado em assuntos sexuais, ou já tinha atingido a maturidade suficiente para discernir se é conveniente ou não para a prática o

ato lascivo, o crime se descaracteriza. A possibilidade de relativização da presunção de violência com base na experiência ou maturidade sexual com menos de 14 tornou-se severamente criticada por defensores dos direitos das crianças e adolescentes, levando em 2009 a alteração legislativa introduzida independente de estupro de vulnerável, entre outras modificações importantes.

Devido a Lei nº 12.015 (BRASIL, 2009) muitos artigos do antigo Título “Dos crimes contra os costumes” foram modificados, inclusive o próprio título desta parte especial do Código Penal que passou a vigorar desde então como “Dos Crimes contra a Dignidade Sexual”. Tal modificação não se tratou de uma simples mudança textual ou mera vaidade legislativa, mas sim, foi o resultado de um clamor doutrinário e jurisprudencial em face de uma norma penal advinda da década de 40, época da publicação da CPB (Código Penal Brasileiro), que já não se mostrava condizente à realidade social do século XXI.

O motivo da nova redação do Título VI do Código Penal, na opinião de Teodoro (2015, p. 1) era patente: “no Estado Democrático, a lei penal não devia ter por objeto a imposição de padrões comportamentais ao indivíduo, senão o fim de tutelar a sua dignidade sexual – aqui entendida como elemento integrante do conceito mais amplo de dignidade da pessoa humana”.

A partir daí os antigos delitos sexuais de estupro estabelecidos no art. 213 do Código Penal e atentado violento ao pudor estabelecidos no art. 214 da mesma lei sofreram significativa alteração. Com a Lei 12.015 (BRASIL, 2009) os conceitos de estupro (conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça, pela inserção do pênis na vagina) e atentado violento ao pudor (qualquer prática sexual, mediante violência ou grave ameaça, que não fosse a cópula vagínica, a exemplo do sexo anal) foram reunidos num único tipo, ora previsto no art. 213 conforme se observa no Quadro 1.

A redação da Lei nº 12.015 (BRASIL, 2009) também trouxe a extinção das formas de violência presumida estatuídas no art. 224 com a seguinte disposição no art. 217-A:

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

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

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos (BRASIL, 2009, p. 187).

Quadro 1. Importantes modificações no Código Penal brasileiro

REDAÇÃO ANTERIOR	REDAÇÃO ATUAL
<p>Estupro Art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena - reclusão, de três a oito anos. Parágrafo único. Se a ofendida é menor de catorze anos:(Incluído pela Lei nº 8.069, de 1990) Pena - reclusão, de seis a dez anos. (Redação dada pela Lei ° 8.072, de 25.7.1990)</p>	<p>Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. § 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos. § 2º Se da conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.</p>
<p>Atentado violento ao pudor Art. 214 – Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal (Lei nº 8.072, de 25.7.90) Pena - reclusão de três a nove anos Parágrafo único. Se o ofendido é menor de catorze anos: (Incluído pela Lei nº 8.069, de 1990) Pena - reclusão, de seis a dez anos.</p>	
<p>Presunção de violência Art. 224 - Presume-se a violência, se a vítima: (Vide Lei nº 8.072, de 25.7.90) a) não é maior de catorze anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.</p>	

Fonte: Adaptado de Brasil (1940) e Brasil (2009)

Sobre isso Teodoro (2015, p. 1) ressalta que não significou que ”condutas abomináveis como a prática de sexo forçado com menores de 14 anos tivessem sido extintas, mas sim que o legislador optou em criminalizar tal prática em um tipo novo, com o *nomen iuris* de Estupro de vulnerável”:

Enquanto isso, como Castillo (2013, p. 138), esclareceu “a alteração legislativa [...] não elimina a controvérsia, agora o debate sobre se a vulnerabilidade é relativo ou absoluto, especialmente nos casos de adolescentes em está bloqueado faixa de 12 a 14 anos”. Assim, enquanto ele está ancorado na pré-reforma do Código Penal da legislação de 2009, um caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em 1996, continua a ser exemplar para ilustrar as controvérsias em torno da memória sexual, tanto a riqueza dos argumentos como a inovação e a excepcionalidade da decisão no mais alto órgão do Judiciário brasileiro.

Couto (2016, p. 1) ao analisar o tipo penal do art. 217-A chama a atenção para pontos relevantes ao se comparar o verbo do tipo penal do estupro, para com o do estupro de vulnerável.

No Crime previsto no art. 213 (estupro) a conduta está baseada no verbo *constranger*, isto é, forçar, coagir com violência ou grave ameaça à vítima a praticar algum tipo de ato libidinoso. Já no estupro de vulnerável, a conduta é simplesmente o “ter”, ou seja, subentende-se que a prática da conjunção carnal ou de qualquer ato libidinoso, não precisa ser necessariamente forçada, basta que o agente apenas tenha a conduta com o menor de 14 anos para que o crime já fique configurado.

Couto (2016, p. 1) ressalta também outro ponto que se refere ao tipo penal não conter na sua redação do *caput* a violência ou grave ameaça, que induz a entender que acaso ocorra, haverá um concurso material de crimes do art. 217-A, com o art. 129 (lesões corporais se foi com violência leve), ou ainda, com o art. 146 (Constrangimento ilegal se foi com ameaça).

Quanto aos sujeitos do crime, em relação ao ativo, tem-se um tipo de crime comum, isto é, aquele que pode ser praticado por qualquer pessoa. Não se exigindo nenhum tipo de especificidade quanto ao autor do delito. Entretanto, no tocante ao sujeito passivo, trata-se de um crime específico, o qual a vítima tem que ser menor de 14 anos (art.217-A, *caput*), alguém que por enfermidade ou deficiência mental não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou alguém que por qualquer outra causa não possa oferecer resistência (art. 217-A, §1º). Nesta última característica do “não ter como resistir”, prepondera na doutrina que o agente deve ter sido o causador da impossibilidade de oferecer resistência da vítima, para que possa ser penalizado pela conduta (COUTO, 2016, p. 1).

Lowenkron (2016, p. 236) cita o caso de um homem de 24 anos, que foi condenado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais por estupro com violência ficta, por ter feito sexo com uma menina de 12 anos. Anos após a condenação, os Ministros do STF concederam *habeas corpus* para o jovem, em decisão histórica e polêmica, derrotado por três votos a dois. Desclassificar estupro, absolvendo o voraz, o relator, o ministro Marco Aurélio de Mello, disse - foi que erro de tipo tivesse ocorrido, ou seja, uma vez que a relação foi consensual e que o réu não tinha nenhuma maneira de saber que a menina era menor de 14 anos, portanto, não podia prever que ele estava cometendo um crime, então não houve crime. Mas se a taxa de erro é o argumento técnico jurídico para a concessão de *habeas corpus*, tornando-se inocente presa por não ter condições de reconhecer que a menina era menor de 14 anos, os argumentos morais usados por juízes para comprovar que procuram desconstruir a memória da vítima.

Para analisar em detalhe os votos dos Ministros do Supremo Tribunal sobre este caso, os juízes que representava a absolvição do acusado citam a precoce experiência sexual menina, ou a ausência de outras assimetrias além da idade que poderiam configurar no constrangimento da vontade.

Um terceiro argumento mencionado em causa a rápida transformação dos costumes do mundo contemporâneo, com conseqüente anacronismo do Código Penal na definição da idade que *Innocentia consilii* é suposto envolvimento na relação sexual.

Enfatiza-se a aparência e conduta anterior, se destacando a ausência de outras assimetrias além da idade, os discursos dos ministros que votaram para adiar a ordem de *habeas corpus* desconstruir a memória da vítima, o descaracterizar, neste caso, pureza, inocência e vulnerabilidade associada imagem infância com, privilegiou a memória *locus*. Os dois votos que não aceitam o pedido de *habeas corpus*, por sua vez, ao contrário, procuram garantir o direito à proteção jurídica da criança, reconstruir sua memória sexual.

Os argumentos destinados a justificar a anulação do consentimento do adolescente, enfatizando sua vulnerabilidade essencial, inocência e imaturidade, apesar de sua experiência sexual anterior e aparência física precoce. Para justificar a proteção, ou seja, o impedimento legal de autosexualidade, um dos ministros enfatizaram ainda a ignorância da menor das conseqüências de atos de natureza biológica dos instintos sexuais que surgem na adolescência, fazendo com que a maioria das púberes meninas vulneráveis.

O fenômeno biológico enfatizou que o argumento é a puberdade, que estaria associada a um período de perturbação mental, aliada com pouca experiência, tornaria frágil a vontade do adolescente. De acordo com este ponto de vista, a lei deve proteger as crianças e adolescentes independentemente do seu comportamento e, talvez, vale acrescentar, suas vontades.

Analisando as falhas do STF sobre o assunto desde 1996, um estudo recente Ferreira (2014, p. 12) revela que este último entendimento tem sido predominantemente na Corte e foi reforçada pela alteração legislativa de 2009.

Outras decisões que envolvem várias situações de abuso doméstico sexual, relações sexuais casuais, relacionamentos amorosos e estáveis, prostituição ou sexo em troca de benefícios econômicos, que foram tipificados como violência presumida, crime contra as crianças menores de 14 anos (sempre meninas e, geralmente, entre 12 e 13 anos) e que pelo menos uma das partes do processo (a defesa) alega que o sexo foi consensual, muitas vezes lembrando a decisão do Supremo Tribunal de 1996.

Assim, percebem-se controvérsias morais ao atravessar processos legais e decisões judiciais. O conceito de idade de consentimento, muitas vezes tomado como um dado adquirido em debates públicos e políticos é por si só importante como uma forma de representação que influencia o entendimento da lei (WAITES, 2005, p. 19).

Portanto, é importante notar que o consentimento, como foi definido no pensamento liberal, pode ser entendido como um ato de vontade e, ao mesmo tempo, como a capacidade de exercer livremente a sua vontade. Nesse sentido, a capacidade de consentimento pressupõe a ideia de autonomia individual, que tem como seu autocontrole pré-requisito, ou seja, um *self* livre de coerção ou restrições e racional capaz de governar-se.

Portanto, desde o Iluminismo foram avaliadas formas particulares de competição associada com a capacidade intelectual da razão e do exercício do livre arbítrio. De acordo Waites (2005, p. 19), “neste contexto, características atribuídas a grupos sociais foram sistematicamente associados ao tipo de ação que é pensado para consentir”.

Se, por um lado, a noção de consentimento pode ser definida como “uma decisão por acordo voluntário, tomada por uma capacidade dotada de sujeito ação, razão e livre arbítrio” (LOWENKRON, 2007, p. 735), por outra esta definição não pode ser plenamente compreendido sem considerar algumas críticas feministas deste conceito.

Lowenkron (2016, p. 737) comenta que a questão é saber se existe consentimento genuíno, de forma autónoma definida quando preferências e decisões são definidos em contextos assimétricos, em meio a relações de opressão e de dominação. Nesse sentido, o consentimento é concebido na teoria política feminista, simultaneamente, como um dos principais pilares das democracias liberais e suas contradições.

Segundo Lowenkron (2016, p. 746), na década de 1970, algumas campanhas feministas em os EUA enfatizou a clareza da distinção entre «consentimento» e não «consentimento», como revelado pelo slogan anti-estupro significa sim que sim e não significa não. Outra vertente do feminismo conceituada a existência de um fluxo contínuo entre relações heterossexuais plenamente consentido e estupro.

A noção de continuidade descreve com mais precisão as experiências de mulheres que podem dar sem necessariamente mimar sexual mais ativa, que implica uma maior capacidade de ação. Essa ideia é útil para conceituar as formas e níveis de consentimento no comportamento sexual envolvendo crianças (WAITES, 2005, p. 21).

Vale a pena lembrar que os conflitos contemporâneos sobre as leis da idade de consentimento estão localizados em um contexto no qual crianças e adolescentes passou de um estado de total subordinação à família ou responsáveis para se tornar detentores de direitos - a partir da adoção da Convenção Universal sobre os Direitos da criança e do Adolescente (1990), a nível internacional; e do Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), a nível nacional.

Surge, então, a necessidade de encontrar formas de conciliar a compreensão das crianças e dos jovens como sujeitos especiais, isto é, ter de ser protegidos e treinados, mas também como portadores de direitos. Esse é um dos dilemas que estão em jogo nos debates em torno as leis da idade de consentimento nos dias de hoje, a partir do qual os direitos apropriados das crianças e adolescentes em formas de relação são discutidos sexualidade (LOWENKRON, 2016, p. 745).

A questão relevante a ser investigado é, se esses dispositivos têm realmente sido eficaz na proteção das crianças e adolescentes na carne de abuso e violência ou ter servido em vez de proteger o ideal moderno de pura infância, inocente e vulnerável, o que historicamente tem servido, ou para legitimar a exclusão de crianças que não correspondem ao ideal do direito de proteção, ou para disciplinar o exercício da sexualidade juvenil, justificando o controle (às vezes violenta), em nome de proteção.

Em outra situação que teve como Relator Mario Parente Teófilo Neto (em processo penal relativo ao estupro de vulnerável ocorreu pleito de absolvição pela impossibilidade de autoria comprovada pelas provas colhidas envolveu o consentimento da vítima (TJCE, 2016).

No caso o condenado à pena de 15 anos de reclusão pelo cometimento do delito de estupro de vulnerável, interpôs o apelo, pleiteando sua absolvição e requereu o redimensionamento da pena imposta.

Sobre a tese de que as relações sexuais foram consentidas, tem-se que a mesma não merece prosperar para fins de absolvição, já que o entendimento doutrinário e jurisprudencial pátrio converge para o fato de que é irrelevante a presença de consentimento, pois o tipo penal do art. 217-A não exige que a conjunção carnal ou o ato libidinoso tenha sido praticado mediante constrangimento, precedentes e doutrina.

Desta forma, resta assente que o magistrado de primeiro grau se fundou em provas hábeis e suficientes para embasar a condenação imposta ao acusado, ora apelante, de modo que restaram demonstradas a materialidade e a autoria delitiva do crime de estupro de vulnerável, não havendo, portanto, que se falar em reforma da sentença condenatória neste ponto, pedido de redução da reprimenda. Necessidade de redimensionamento da pena.

O magistrado de piso, ao realizar a dosimetria da pena, entendeu como desfavoráveis os vetores culpabilidade, antecedentes, motivos, consequências e circunstâncias do delito, afastando a pena base em 4 anos do mínimo legal, que é de 8 anos, o que se mostrou descabido, já que o sentenciante entendeu que a culpabilidade merecia reprovação em razão de o réu ser imputável, ter consciência da antijuridicidade do seu ato e lhe ser exigível conduta diversa da praticada.

Ocorre que a consciência da ilicitude da conduta, a imputabilidade e a exigibilidade de conduta diversa não podem ser utilizadas para elevar a basilar, visto que integram a culpabilidade elemento do crime e, por isso, já foram valoradas quando o magistrado julgou procedente o pleito acusatório. Utilizar as mesmas circunstâncias para exasperar a pena baseada mais seria que incorrer *in bis in idem*, o que é vedado pelo ordenamento pátrio. Precedentes (TJCE, 2016).

Sobre os antecedentes, viu-se na certidão de fls. 217 que inexistente registro de condenação transitada em julgado em desfavor do réu e, por isso, em obediência ao teor do enunciado sumular nº 444, STJ (que veda a utilização de inquéritos e ações penais em andamento para exasperar a basilar), impõe-se a retirada do traço negativo atribuído em 1ª instância (TJCE, 2016).

Em relação às consequências, deve ser mantida desvalorização dada pelo juízo singular, já que a menor, ora ofendida, engravidou do acusado com apenas 13 anos de idade, extrapolando os limites do tipo penal.

O julgador entendeu que a motivação era desfavorável já que consubstanciada na lascívia e na gana sexual do recorrente. Contudo, tem-se que tal é inerente ao próprio tipo penal, não sendo justificativa idônea para elevar a basilar, sob pena de *bis in idem*, razão pela qual deve a presente circunstância tornar-se neutra (TJCE, 2016).

Quanto às circunstâncias do delito, tem-se que deve permanecer sobre as mesmas o traço desfavorável, vez que o réu, de fato, aproveitou-se de sua superioridade econômica sobre a vítima para praticar o ilícito, pois a própria vítima afirmou que recebia do mesmo a quantia de R\$ 10,00 (dez reais) sempre que mantinha com a mesmas relações sexuais.

De modo que, remanescendo tom desfavorável sobre apenas dois dos vetores constantes no art. 59 do Código Penal (BRASIL, 1940), necessária se faz a redução da pena base ao patamar de 9 anos e 7 meses de reclusão, obedecendo a proporção aplicada pelo magistrado singular.

Na 2ª fase, o julgador atenuou a sanção em 2 anos, em razão de o réu ter confessado espontaneamente a prática do delito. Mantenho o reconhecimento da atenuante, contudo aplico-a apenas em 1 ano e 7 meses, vez que em virtude de o enunciado sumular nº 231, STJ, é inviável que circunstâncias atenuantes levem a pena a patamar aquém do mínimo legal. Assim, fica a pena intermediária em 8 anos de reclusão.

Na 3ª fase da dosimetria, foi aplicada a causa de aumento contida no art.226, II do Código Penal, vez que a vítima era enteada do acusado, o que não merece alteração, pois a

presente circunstância restou demonstrada no decorrer da instrução processual. Portanto, fica a pena definitiva redimensionada do patamar de 15 anos de reclusão para 12 anos de reclusão.

Quanto ao regime de cumprimento da pena, o magistrado o fixou em inicialmente fechado, o que mantenho, vez que o montante da reprimenda enquadra o caso concreto no art. 33, § 2º, alínea a do Código Penal.

Vistos, relatados e discutidos dos autos de apelação criminal nº 0003496-60.2012.8.06.0103, os desembargadores da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade e em dissonância com o parecer ministerial, em conhecer do recurso de apelação e lhe dar parcial provimento, redimensionando a pena imposta, nos termos do voto do relator.

É notória a manifestação dos tribunais superiores sobre pontos polêmicos na transição interpretativa desinente dessa nova configuração legal dos crimes referentes a liberdade sexual das vítimas.

Sobre a discussão pertinentes à presunção de violência relativa aos crimes sexuais de estupro e atentado violento ao pudor praticados com vítimas menores de 14 anos, promulgada na Lei 12.015 (BRASIL, 2009), certos tribunais defenderam a tese de que a violência presumida, nessas situações, não era absoluta. Esta vertente quando submetida a avaliação do Supremo Tribunal Federal, foi veemente rechaçada levando a conclusão pelo caráter absoluto da presunção de violência nesses delitos conforme se observa nas jurisprudências a seguir.:

EMENTA HABEAS CORPUS. ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE QUATORZE ANOS. CONSENTIMENTO E EXPERIÊNCIA ANTERIOR. IRRELEVÂNCIA. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. CARÁTER ABSOLUTO. ORDEM DENEGADA.

1. Para a configuração do estupro ou do atentado violento ao pudor com violência presumida (previstos, respectivamente, nos arts. 213 e 214, c/c o art. 224, a, do Código Penal, na redação anterior à Lei 12.015/2009), é irrelevante o consentimento da ofendida menor de quatorze anos ou, mesmo, a sua eventual experiência anterior, já que a presunção de violência a que se refere a redação anterior da alínea a do art. 224 do Código Penal é de caráter absoluto. Precedentes (HC 94.818, rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 15/8/08).

2. Ordem denegada (STF, 2011).

Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. INÉPCIA DA INICIAL ACUSATÓRIA. MATÉRIA NÃO APRECIADA NO ACÓRDÃO IMPUGNADO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO PELA ACUSAÇÃO. NÃO PREENCHIMENTO DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. ANÁLISE INVIÁVEL EM SEDE DE HABEAS CORPUS. PRECEDENTES. ESTUPRO CONTRA VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. ART. 213 C/C ART. 224, A, DO CP, COM REDAÇÃO

ANTERIOR À LEI 12.015/2009. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CARÁTER ABSOLUTO. PRECEDENTES. OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI 8.072/1990. ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. PRECEDENTES. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O acórdão impugnado não apreciou o fundamento relativo à inépcia da denúncia. Desse modo, qualquer juízo desta Corte sobre a matéria implicaria indevida supressão de instância e contrariedade à repartição constitucional de competências.
2. Não cabe a esta Corte, em sede de habeas corpus, rever o preenchimento ou não dos pressupostos de admissibilidade do recurso especial, competência exclusiva do Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, III), salvo em hipótese de flagrante ilegalidade, o que não se verifica nos autos. Precedentes.
3. A jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal reafirmou o caráter absoluto da presunção de violência no crime de estupro contra vítima menor de catorze anos (art. 213 c/c art. 224, “a”, do CP, com a redação anterior à Lei 12.015/2009), sendo irrelevantes, para tipificação do delito, o consentimento ou a compleição física da vítima. Precedentes.
4. Ao julgar o HC 111.840/ES (Pleno, Min. Dias Toffoli), esta Corte, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.
5. Ordem parcialmente concedida para determinar ao Juízo das Execuções Penais que proceda à análise do regime inicial de cumprimento da pena à luz do art. 33 do Código Penal (STF, 2013).

Teodoro (2015) ressalta que se percebe claramente a inclinação do STF em reconhecer o caráter absoluto da presunção de violência. As decisões do STJ claudicavam e ali haviam julgados que divergiam em momentos em concordância com a Corte Suprema e em outros momentos na recusa pelo entendimento da relativização da violência presumida. A partir daí a 5ª e 6ª Turmas especialistas em Direito Penal foi submetida à 3ª Turma designada para impedir *interna corporis* posicionamentos conflitantes sobre uma mesma matéria.

Em decorrência do reconhecimento do caráter absoluto da presunção de violência descrita no caput do art. 224 do Código Penal entendeu-se que não se pode admitir na experiência sexual anterior, consentimento, relacionamento amoroso consentido e outros que possam vir a rejeitar a tipificação criminosa dos tipos de estupro e atentado violento ao pudor descritos nos art. 213 e 214 do Código Penal.

Ao analisar os posicionamentos atuais do STF e STJ nota-se uma unanimidade em relação caráter absoluto da presunção de violência o que denota uma preocupação pretoriana dos Tribunais Superiores em cuidar do desenvolvimento físico e psicológico de crianças e adolescentes inviabilizando o discurso de justificação da prática de crimes sexuais contra menores de 14 anos sob o viés de moralidade e preconceito.

Isto denota uma busca concreta pela dignidade sexual de crianças e adolescentes e pelo afastamento da violência imposta presumidamente aos crimes sexuais praticados contra vítima menor de 14 anos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O consentimento do ofendido é uma causa supralegal de exclusão da antijuridicidade e segundo as opiniões vistas neste estudo, também recaem sob o prisma da tipicidade. Sua ocorrência se dá no momento em que o titular de determinado bem jurídico se dispõe a abrir mão dele, apesar de tal bem ser resguardado juridicamente.

Em resposta à pergunta-problema do estudo pode-se dizer que no ordenamento jurídico pátrio não existe uma posição dominante a respeito do instituto denominado consentimento do ofendido. Isto se deve ao não disciplinamento tacitamente do instituto e sim por se tratar de uma causa supralegal para a exclusão da antijuridicidade.

Portanto, o consentimento do ofendido não encontra amparo legal no ordenamento jurídico brasileiro, gerando grande divergência entre a doutrina e a jurisprudência, seja ela interna ou externa. Sua análise deverá ocorrer em âmbito da antijuridicidade e da tipicidade.

A análise do assunto em tela se faz relevante atualmente devido aos embates acalorados sobre a vontade de cada indivíduo que influenciam nas decisões a serem tomadas nas áreas cíveis ou penais.

Sendo assim, faz-se necessário ressaltar as diferentes causas que o consentimento do sujeito passivo em determinado fato típico pode acarretar, seja excluindo sua tipicidade ou ainda sua ilicitude. Parte da doutrina se posiciona no sentido de que o consentimento do ofendido para excluir a ilicitude e a tipicidade, deverá este ser considerado uma causa legal de exclusão.

Outra vertente, o que é de fato presente no ordenamento jurídico brasileiro, se trata da ideia de que nas duas hipóteses de exclusão, seja antijuridicidade ou da tipicidade, não encontram amparo legal para sua ocorrência, se tornando assim, uma cláusula supralegal. A razão do consentimento do ofendido não encontra amparo legal no ordenamento pátrio, se deve principalmente as modificações materiais da exclusão, pois, algumas causas de justificação modernas, não fazem parte do bojo legal de ordenamento pátrio.

O elemento ilicitude ou antijuridicidade é o segundo substrato do crime entendida como a relação de contrariedade entre o fato típico e o ordenamento jurídico como um todo, inexistindo qualquer exceção, determinando, fomentando ou permitindo a conduta típica. Em resumo, será ilícita uma conduta típica não justificada.

A dificuldade existente para seu melhor entendimento se deve à falta de previsão legal, situação recorrente nas causas supraleais de exclusão da antijuridicidade ou da

tipicidade. No entanto as análises levantadas direcionam melhor a concluir o que de fato é o consentimento do ofendido.

Se faz necessário definir até que ponto o consentimento poderá ser aplicado, pois o ordenamento jurídico pátrio delimita os bens jurídicos aos quais pode-se dispor a livre vontade do indivíduo, sendo assim, restam os debates em relação se essa autonomia deveria ser integral e com isso resolver infindáveis debates sobre o assunto.

Entretanto, não existe um posicionamento pacificado de como deveriam funcionar os limites de algumas justificantes antijurídicas sem o condão de excluir a culpabilidade. Deve-se analisar os bens jurídicos mais relevantes e, se por uma questão de coletividade, não seria de benefício a livre disposição de qualquer bem jurídico que se possui.

No que atine à preponderância de interesses, podem ser distinguidos os bens jurídicos individuais; os bens jurídicos sociais; e os bens jurídicos híbridos (os que são ora individuais, ora sociais, a depender da gravidade da lesão). Bens de caráter nitidamente individual, como a honra, são totalmente renunciáveis. Já bens jurídicos de natureza eminentemente social, como a vida, são parcialmente renunciáveis. Por derivação, os bens híbridos, como a integridade física, podem revelar-se preponderantemente individuais ou sociais a depender das circunstâncias do fato.

É imprescindível observar que nenhum bem jurídico é totalmente irrenunciável, na medida em que sua disponibilidade depende sempre da gravidade da lesão e dos demais elementos envolvidos no contexto fático. Até mesmo a vida, bem jurídico de maior relevância ao Direito Penal, é passível de disposição em casos raros, tais como o suicídio assistido e a eutanásia, por entender a sociedade que, em tais conjunturas, a manutenção da vida é mais danosa do que o seu término. Entender de forma diversa, rotulando determinados bens com absolutamente indisponíveis ou irrenunciáveis, significa extinguir de início a discussão sobre a sua disponibilidade, o que acarreta situações de injustiça manifesta, principalmente considerando que os valores sociais estão em constante mudança, a exigir certa flexibilidade do Direito Penal.

Diante do que foi visto, propõe-se uma melhor adequação e regulamentação dos requisitos que definem o consentimento do ofendido para que não ocorram diferentes interpretações da lei pelos supremos tribunais.

Apesar do ordenamento jurídico brasileiro não ter tratado expressamente do tema, o consentimento da vítima é capaz de produzir determinados efeitos na esfera jurídica.

A começar com a possibilidade, pacífica na doutrina, de o consentimento do ofendido excluir a tipicidade, desde que o dissentimento seja elementar da figura típica, e presente os requisitos para se ter um consentimento válido.

Nota-se que não há consenso na doutrina brasileira sobre a possibilidade de o consentimento do ofendido atuar como causa supralegal de exclusão da ilicitude. A partir do entendimento de que a tipicidade é material e a ilicitude formal não se verifica lugar para causas supraleais de exclusão da ilicitude.

Admite-se então o consentimento do ofendido como sendo causa supralegal de exclusão da ilicitude.

A ilicitude é uma das essências do crime, pois integra o seu conceito. A partir do momento que é ilícita a conduta, pois vai contra o Direito, o consentimento do ofendido exclui a ilicitude da conduta, desde que presente o não consentimento na medida em que não pode integrar o tipo como, por exemplo, no estupro o dissentimento, ou o não consentimento, da vítima para a prática sexual integra o tipo, logo, nesse caso, o seu consentimento exclui a tipicidade e não a ilicitude da conduta.

Outros quesitos importantes para que o consentimento do ofendido exclua a ilicitude da conduta relacionam o fato do ofendido precisar ser capaz de consentir, precisar ser livre e consciente, o bem renunciado deve ser disponível e próprio e o dissentimento precisa ser expresso e anterior ou concomitante à prática do fato.

Nesta questão uma das problemáticas mais discutidas refere-se ao consentimento do ofendido menor de 14 anos no delito de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP). Uma primeira análise do bem jurídico dignidade sexual permite concluir que a mesma comporta não apenas o direito à integridade ou intangibilidade sexual, como também à liberdade sexual, componente que ficaria totalmente afastado no caso de vítimas menores de 14 (quatorze) anos.

Não obstante, essa constatação remete diretamente a uma atitude paternalista do Estado, que só poderia se justificar quando constatado que essa proteção se dirige a um menor inocente para os assuntos do sexo, verdadeiramente despreparado e ignorante da transcendência do ato sexual. É certo, porém, que com a evolução dos tempos os adolescentes entre 12 e 14 anos já não possuem a mesma atitude em relação ao sexo que possuíam na década de 40, e que justificava a presunção absoluta da *innocentia consilii* da vítima de estupro.

Verificou-se também que o a partir do momento que a figura típica não compreende o dissentimento do ofendido como elementar, tratando-se de pessoa capaz e disponível, o bem

jurídico na doutrina clássica é entendida como causa de exclusão da antijuridicidade, pois segundo o art. 163 do Código Penal incide que não existe crime de dano quando o titular do bem jurídico consente em que seja danificado, destruído ou deteriorado. O art. 140 do CP ressalta que não há crime quando o titular da honra subjetiva consente em que seja maculada e finalmente, o art. 184 ressalta que não infringe direito do autor (art. 184) quem pratica o fato com o consentimento do titular.

Sendo assim, o consentimento do titular do bem jurídico é causa que exclui a tipicidade, quando o consentimento do sujeito passivo é elementar da figura típica. E funciona como causa supralegal de exclusão da antijuridicidade quando o consentimento não for elementar do crime, e desde que o consentimento seja ofertado por pessoa capaz (pelos titulares do bem jurídico), seja atual, recaia sobre bem disponível, e que o agente respeite os limites do consentido e que tenha ciência (elemento subjetivo) da existência do consentimento.

Diante do que foi visto, propõe-se uma melhor adequação e regulamentação dos requisitos que definem o consentimento do ofendido para que não ocorram diferentes interpretações da lei pelos supremos tribunais.

REFERÊNCIAS

BARATTA, A. **Criminologica crítica e crítica do direito penal**. 3. ed. Tradução Juarezza Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan (Instituto Cartioca de Criminologia), 2002.

BARBOSA, A. L. O Direito Penal e a culpabilidade como medida da pena: a inexibibilidade da conduta diversa além do pragmatismo penal. **Olhares Plurais – Revista Eletrônica Multidisciplinar**, v. 2, n. 3, 2010.

BARROS, F. A. M. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1999.

BATISTA, N. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BECHARA, A. E. L. S. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, **Diário Oficial da União**. Brasília (DF), 5/10/1988.

_____. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro: 31/12/1940 e retificado em 3/1/1941.

_____. Decreto-lei nº 3.689, de 37 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro: 13/10/1941 e retificado em 24/10/1941.

_____. Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília (DF): 13/7/1984.

_____. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília (DF): 13/2/1998 e retificado em 17/2/1998.

_____. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília (DF), 11/1/2002.

BRASIL. Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. **Diário Oficial da União**. Brasília (DF), 10/8/2009.

BRUNO, A. **Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BUSATO, P. C. **Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BUSATO, P. C.; HUAPAYA, S. M. **Introdução ao Direito Penal**: fundamentos para um sistema penal democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CALLEGARI, A. L.; WELMUTH, M. A. D. O papel do medo no e do Direito Penal. **Revista dos Tribunais**. n. 888. P. 440-459, out. 2009.

CANFÃO, O. A. Requisitos e limites de validade do consentimento. Revista Eletrônica Unifacs, 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2689>>. Acesso em 15 jan. 2016.

COELHO, T. **Implicações jurídico-penais da anuência da vítima na eutanásia criminalizada**. Disponível em: <<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/1025>>. Acesso em 15 jan. 2016.

CONDE, F. M. **Teoria Geral do Delito**. Tradução de Juarez Tavares e Luis Regis Prado, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2005.

CONDE, F. M.; ARÁN, M. G. **Derecho penal**: parte general. 7. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2007.

COUTO, D. B. O estupro de vulnerável no atual Código Penal Brasileiro. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/50132/o-estupro-de-vulneravel-no-atual-codigo-penal-brasileiro>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

DELMANTO JÚNIOR, R. Do iluminismo ao Direito Penal do inimigo. **Revista dos Tribunais**. RT, v. 97, n. 869, p. 453-464, mar. 2008

DIAS, J. F. **Direito Penal**. 2. ed. Portugal: Coimbra Editora, 2007.

FARIA, R. S. F. O funcionalismo de Jakobs e o bem jurídico-penal. OAB/SC. 31/8/2010. Disponível em: <<http://www.oab-sc.org.br/artigos/funcionalismo-jakobs-e-bem-juridico-penal/52>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

FERREIRA, L. T. H. **Lolita e a Corte**: o debate sobre a autonomia sexual da vítima de estupro com presunção de violência no Supremo Tribunal Federal. 2014. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília.

FRAGOSO, H. C. **Lições de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GALVÃO, F. **Direito Penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GALVÃO, F.; GRECO, R. **Estrutura jurídica do crime**. Belo Horizonte: Editora Mandamentos. 1999.

GAUER, R. M. C. et al. **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. 351 p

GRECO, R. **Curso de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

HASSEMER, W. **Direito Penal libertário**. Tradução Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HEFENDEHL, R. **De largo aliento: el concepto de bien jurídico**. Madrid: Marcial Pons, 2007

JAKOBS, G. **Tratado de Direito Penal**: teoria do injusto penal e culpabilidade. Tradução Gercélia Batista de Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

JESCHECK, H. **Tratado de Derecho Penal**. Traducción del José Luis Manzanares Samaniego. 4. edicion. Granada: Comares. 1993.

JESUS, D. E. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.

LISZT, F. V. **Tratado de derecho penal**. Madrid: Reus, 1998. 1.582p.

LOWENKRON, L. (Menor)idade e consentimento sexual em uma decisão do STF. **Revista de Antropologia (USP)**, São Paulo, v. 50, n. 2, p. 713-745, dez. 2007.

_____. Niña o muchacha? Menoría y consentimiento sexual. **Desidades**. N. 10 . año 4 . mar. 2016.

LUCA, H. M. O consentimento do ofendido à luz da teoria da imputação objetiva. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 100, p. 739-815, jan./dez. 2005.

MARQUES, M. R. A teoria do crime. 2009. Disponível em: <<http://fdc.br/Artigos/..%5C%5CArquivos%5CArtigos%5C19%5CATEoriaCrime.pdf>>. Acesso em 5 jan. 2016.

MASI, C. V. **As modernas teorias do delito e suas receptividades no Direito Penal Brasileiro**: desafios da Dogmática acerca dos rumos da Ciência Penal. nov. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.40567&seo=1>>. Acesso em 15 jan. 2016.

MOLINA ARRUBLA, C. M.. El consentimiento dei sujeto pasivo de la infracción a la ley penal. **Revista de la Facultad de Derecho y Ciências Políticas da Universidad Pontificia Bolivariana**, Medellin, n. 75, p. 11-38, out./dez. 1986.

MORAES, A. **Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

PASCHOAL, J. C. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

PRADO, L. R. **Curso de Direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

QUEIROZ, P. S. **Direito Penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROXIN, C. **Estudos de Direito Penal**. Trad.: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.3-5

SANTOS, J. **Direito penal**. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

SANTOS, K. M. **O consentimento do ofendido como causa supralegal de exclusão da ilicitude**. Jus Brasil. 2012. Disponível em: <<http://kananda12musik.jusbrasil.com.br/artigos/>>

[178776186/o-consentimento-do-ofendido-como-causa-supralegal-de-exclusao-da-ilicitude>](#). Acesso em 15 jan. 2016.

SANTOS, J. C. Direito penal: parte geral. Florianópolis, Conceito, 2013

SANTOS, J. E. L. **A discriminação racial pela internet e o direito penal**: o preconceito sobre a ótica criminal e a legitimidade da incriminação. Curitiba: Juruá, 2014.

SCARMANHÃ, Bruna de Oliveira da Silva Guesso; FURLANETO NETO, Mário; SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. Invasão de dispositivo informático: aporte com a legislação espanhola. **Revista Em Tempo**, Marília, v. 13, 2014, p. 231-251.

SCHÜNEMANN, B. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los penales y de su interpretación. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). **La teoría del bien jurídico**: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A. Madrid, 2007. p. 197-266.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo, Malheiros, 2005.

SMANIO, G. P. **O bem jurídico e a Constituição Federal**. [s.l.;s.n.], 2016.

STARLING, S. C. S. **O consentimento do ofendido na teoria do delito**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

STF., SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Primeira Turma, HC 97052/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 16/08/2011, p. DJe 14/09/2011.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma, HC 111.159/BA, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 24/09/2013, p. DJe 08/10/2013

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. S3 – Terceira Seção, EREsp 1.152.864/SC, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 26/02/2014, p. DJe 01/04/2014.

STRATENWERTH, GÜNTER. La Criminalización en los Delitos contra Bienes Jurídicos Colectivos. **La Teoría del Bien Jurídico -¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de abalorios dogmático?** Hefendehl (Org). Madrid: Marcial Pons, 2007.

TEODORO, R. **Da presunção absoluta de violência nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor praticados contra vítima menor de 14 anos**: tutela da dignidade sexual de crianças e adolescentes e a interpretação dos Tribunais Superiores sobre o art. 224, a, c/c arts. 213 e/ou 214 do CP com redação anterior à Lei 12.015/09. [s.l.;s.n.], 2015.

TJCE. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ. APL 00034966020128060103 CE 0003496-60.2012.8.06.0103. 1ª C. Crim. Rel. Desembargador Mário Parente Teófilo Neto. J. 19/02/2016

TOLEDO, F. A. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

WAITES, M. **The age of consent**: young people, sexuality and citizenship. New York: Palgrave Macmillan, 2005

WELZEL, H. **Derecho penal alemán**. Tradução J. Bustos Ramirez/S. Yanez Perez. Santiago: Castellana, 1993.

WITTIG, P. Teoría del bien jurídico, harm principle y delimitación de âmbitos de responsabilidade. Barcelona: Macial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A. Madrid, 2007. p. 341-347.

ZAFFARONI, E. R. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral; São Paulo: RT, 2004. 856p.