

A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA APLICADA AO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO: UMA ABORDAGEM DA TEORIA GERAL DO DELITO

Urraca Miramurí de Figueirêdo Mendes

Acadêmica do 9º período do curso de Direito
da UFRN/CERES - Campus de Caicó

RESUMO

Este trabalho visa apresentar ao leitor as principais teorias que envolvem o chamado consentimento do ofendido. Tais estudos possuem grande importância na aplicação da contemporânea ciência penal, servindo-se de parâmetros ofertados pela doutrina para que o aplicador da norma penal possa analisar, de forma mais detida, a influência que possui a vontade do titular do direito em dele dispor, o que pode ocasionar, em última análise, o afastamento total da incidência do poder punitivo do Estado sobre determinado fato concreto, tendo em vista que a lesão foi desconsiderada apenas pela vontade de disposição do ofendido, sendo considerada verdadeira forma de exclusão da ilicitude de uma conduta.

Palavras-chave: Bem jurídico. Disponibilidade. Consentimento.

1 INTRODUÇÃO

Desde os tempos mais primitivos das antigas civilizações da humanidade, questiona-se acerca da maneira como as penas deveriam ser aplicadas e sobre os parâmetros os quais poderiam ser seguidos para consolidar uma efetiva aplicação das leis penais vigentes em cada época. Com o desenvolvimento dos estudos doutrinários sobre as condutas humanas dignas de serem reprimidas pelo Estado organizado, surgem, no século XX, teorias que assumiram papéis importantes na determinação a respeito do grau de culpa, da ilicitude do fato, assim como se a prática, a princípio delituosa, merecia ser punida com o mesmo rigor que outras, visto que a ofensividade constatada em uma ser diferente das outras. É esse o fio condutor pelo qual este trabalho se pautará, em uma reflexão acerca desses atuais conceitos de aplicação da norma penal.

2 O BEM JURÍDICO

O Direito Penal escalona uma série de abstrações que são valorizadas pela sociedade como algo que mereça maior proteção, com o intuito de favorecer uma convivência mais saudável, segura e civilizada.

É com esse escopo que surge a importância de se estimar juridicamente esses objetos eleitos, a fim de prestigiá-los com a proteção do ramos mais severo do ordenamento jurídico, infringindo sanções a quem, de algum modo, vier a lesionar ou causar potenciais danos a esses referidos institutos.

É nessa esteira que caminha a observação dos denominados bens jurídicos. Eles nada mais são do que valores que a sociedade, ao longo da história, decidiu que fossem acobertados pelo ordenamento positivo punitivo, com o fito de que pudessem ser resguardados dos resquícios que pudessem vir a dizimar todo esforço de se viver em harmonia entre os grupos.

Como bem explica André Luís Callegari, ao mencionar Carbonell Mateu, o bem jurídico se trata de um valor assumido socialmente, suscetível de ataque e destruição, podendo ser lesionado ou posto em perigo gravemente e, assim, necessitando de tutela penal (2007, p.146).

O bem jurídico, como corolário que rege a aplicação das normas penais, deve ser protegido por guardiões que encontrem fundamento nos princípios adotados pelo ordenamento jurídico, em especial aqueles que se encontram consagrados na Constituição Federal.



2.1 Princípios constitucionais

Na proteção conferida aos bens jurídicos encontram-se convergidos os três princípios constitucionais que formam a base do direito penal moderno: princípio da ofensividade e da proporcionalidade.

O primeiro princípio é a valoração inicial que a sociedade faz a respeito de condutas que sejam lesivas ao convívio entre as pessoas. Algumas são de tal gravidade e relevância que merecem um tratamento diferenciado, sujeitando-se às reprimendas organizadas pelas políticas criminais.

Callegari, ao citar novamente Carbonell Mateu (2007, p.146), informa que o princípio da ofensividade, também chamado de lesividade, tem como máxima o antigo brocardo *nullum crimen sine injuria*, ou seja, não existe delito sem que haja lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico. Dessa forma, este princípio condiciona a existência da norma penal à agressão ou periclitamento do bem jurídico, da mesma forma que restringe a aplicação da norma a uma também prévia instituição do bem a ser protegido e valorizado. Com isso, o próprio princípio da ofensividade, além de fornecer parâmetros para a proteção do bem jurídico, é, como assevera Luiz Flávio Gomes, “um critério limitador da intervenção penal” (in SCHMITT, 2007, p.36).

O princípio da legalidade é aquele que assegura a vigência e eficácia do ordenamento, proporcionando segurança jurídica a todas as relações desenvolvidas no âmbito da regulamentação exercida pelas normas. Conforme preceitua o art. 5º, inc. II da Constituição Federal de 1988, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa *senão em virtude de lei*” (grifos nossos). Tal determinação constitucional não está expressa de maneira tão inequívoca por acaso. Com o intuito de evitar que abusos fossem cometidos por autoridades, especialmente no exercício do *ius puniendi* do Estado, o texto constitucional atribui ao direito penal uma condição não só de ser um conjunto de normas punitivas, mas também de seara garantidora dos direitos e garantias individuais. Tudo isso se pauta na exigência expressa que o Estado Democrático de Direito faz de que sejam respeitados e protegidos os direitos humanos, cujas garantias estão asseguradas graças à função que o princípio da legalidade exerce na construção de um ordenamento jurídico mais justo e seguro.

O último princípio é o que ganha maior relevância no âmbito da ciência penal contemporânea. A proporcionalidade tem sido entendida como um fator que deve ser levado em conta no momento em que a punição estatal é aplicada ao infrator da norma penal, balanceando-se o dano causado



à sociedade com a infração à norma e a pena a ser aplicada. Esta oscila entre a lesão ou ameaça ao bem jurídico e o tratamento que deve ser dado a essa situação. Assim, por exemplo, no tipo relativo ao art. 121 do Código Penal pátrio, para cada tipo de lesão existe uma pena diferente, levando-se em conta a proporção do dano causado ao bem jurídico. Observando-se melhor, em todas as hipóteses o bem jurídico protegido é o mesmo (vida), mas para cada caso existe uma punição diferenciada, haja vista a lesão maior ou menor que fora causada ao bem. Em outras palavras, conforme Callegari, “a exigência da proporcionalidade deve ser determinada mediante um juízo de ponderação entre a ‘carga coativa’ da pena e o fim perseguido pela cominação penal” (2007, p.141).

2.1.1 A Implicação dos princípios na aplicação da norma penal

Esses três princípios remetem o aplicador da norma penal a uma reflexão acerca do dano ou ameaça causados ao bem jurídico, a sanção que deverá ser aplicada ao infrator, bem como o modo de interpretar teleologicamente os efeitos dessas medidas, a fim de se buscar o real impacto que a aplicação das sanções penais podem causar na prevenção do delito.

Callegari menciona os ensinamentos de Claus Roxin e Mir Puig, os quais resumem de forma magistral a importância dos princípios da ofensividade, legalidade e proporcionalidade. Para esses respeitados autores, uma conduta só pode ser tipificada pelo Direito Penal quando se torne totalmente incompatível com a convivência pacífica, livre e segura, além de a importância do bem jurídico merecedor de tutela jurídico-penal dever estar em consonância com a gravidade das consequências estabelecidas pelo ordenamento penal (2007, p.140). Assim, a função desempenhada por essas prerrogativas do direito existe de forma quase condensada, pois todos exercem, de forma inseparável, os parâmetros utilizados pelo aplicador da norma penal aos casos concretos.

2.2 Aspectos sobre a disponibilidade do bem jurídico por seu titular

O bem jurídico, eleito pela sociedade para ser protegido pelo direito, pode, em alguns casos, ter a sua tutela renunciada pelo titular do direito, por este entender que essa renúncia seja a forma mais conveniente para si, ou para tentar evitar até um dano maior, além do causado inicialmente ao objeto



tutelado.

Pierangeli trata desse tema de forma bastante esmiuçada ao esboçar as características que envolvem a disponibilidade do bem jurídico. Conforme define o autor, a renúncia ao direito à tutela jurídica é o abandono, por parte do titular o bem jurídico disponível, da proteção realizada pela norma penal, o que nem sempre significa a renúncia ao bem protegido (2001, p.114). Dessa forma, renunciar à tutela do bem não é necessariamente renunciar ao próprio bem, quando este for disponível.

Dentro desse contexto, faz-se necessário entender o que seja um bem jurídico disponível. Tradicionalmente, tem-se feito a distinção entre os bens disponíveis e indisponíveis, ao levar em consideração a natureza patrimonial que eles viessem a ter. Tal conceituação tem sua lógica e pode ser apreciada na maioria dos casos. Pierangeli, fugindo do campo das especulações, propõe uma definição mais científica para esses conceitos. Segundo ele, a distinção entre os bens disponíveis e indisponíveis se faz em face da utilidade social do bem, pois quando este não se reveste de uma imediata utilidade social, o Estado reconhece ao particular a exclusividade do uso e gozo, tornando o bem disponível; o contrário ocorre quando a utilidade social se manifesta de imediato, fazendo do bem indisponível (2001, p.119).

2.2.1 A validade do consentimento do titular do direito

Depois dessa breve explanação, também é importante avaliar a validade do consentimento do titular do bem jurídico disponível mediante balanceamento de interesses entre a norma penal e o dano causado, os bons costumes e a ordem pública.

De acordo com o balanceamento de interesses entre a lei, pena e a lesão causada ao bem, em algumas oportunidades é melhor renunciar à tutela jurisdicional a invocar a sua proteção, na tentativa de se evitar a devassa da vida do titular do direito lesado em virtude do exercício da punição estatal. Esses fatos podem ocorrer quando se tratar dos crimes de ação penal pública condicionada e privada subsidiária da pública, conforme bem lembra Pierangeli (2001, p.120). Assim, a renúncia à tutela do Estado funciona como causa da própria extinção da punibilidade estatal. Ora, se o próprio titular do direito lesado não quer que o autor seja punido, em se tratando de direitos disponíveis, não cabe mais ao Estado punir o infrator. Desta feita, vê-se aqui a validade do consentimento do ofendido, que atua de forma cabal no que se



refere à punibilidade, exercício privativo do Estado.

Nos bons costumes refletem-se as normas adotadas por determinada sociedade para que a convivência se dê de maneira harmônica e correta, de acordo com aquilo que é considerado como condutas aceitáveis dentro do contexto da organização social vigente.

O consentimento, dessa forma, não será válido se contrariar essas normas cogentes no seio social. Seria pedir para realizar uma grande convulsão social se tal renúncia à tutela jurisdicional viesse a ser aceita. Pierangeli, ao colacionar o entendimento de Stratenwert, Jescheck, Luiz Alberto Machado e também da jurisprudência italiana, afirma, incontestemente, que “o consentimento dado, quando contrário aos bons costumes, não exclui a antijuridicidade” (2001, p.123). Esclarecida citação informa que, mesmo que o titular deseje renunciar à tutela ou ao próprio bem jurídico, isto não será possível, pois haverá a incidência do interesse social sobre o particular, ao se preservar os bons costumes locais. Apesar disso, nada impede que o consentimento seja analisado caso a caso, usando-se de proporcionalidade, ao se verificar a maior ou menor lesividade causada aos bons costumes.

Por fim, a ordem pública é aquela que submete com mais poder as disponibilidades de bens jurídicos ao interesse público. Pierangeli define a ordem pública como sendo “o complexo de princípios gerais, fundamentais e inderrogáveis estabelecidos pelo ordenamento jurídico estatal, que não podem ser submetidos à disposição do particular” (2001, p.128). Ora, seria absurdo conceder permissão ao titular do direito para que ele disponha de um bem e isso venha a contrariar a ordem pública. Significaria uma afronta à própria sociedade, visto que é a serviço do interesse público que a ordem é estabelecida. De toda forma, o prudente arbítrio da autoridade judiciária deverá dirimir conflitos gerados entre a disponibilidade do bem jurídico e a sua contrariedade à ordem pública, estabelecendo limites à validade de tal consentimento.

3 O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO NA TEORIA DO DELITO

Embora não esteja expressamente positivada no ordenamento penal, a doutrina e a jurisprudência entendem que o consentimento do ofendido funciona como causa supralegal de extinção da antijuridicidade. Tal fato reside no caráter de que aquele que consente aceita a lesão ou ameaça a direito de que é titular e, conseqüentemente, os riscos gerados por esse



aceite, o que afasta o dever do Estado de tutelar a situação, em se tratando de direitos disponíveis.

Como anteriormente exposto, o consentimento do ofendido não terá validade alguma se contrariar a ordem pública, os bons costumes ou em se tratando de direitos indisponíveis, visto que a importância destes últimos reflete todo um interesse social em preservá-los, não podendo a vontade do particular se sobrepor a ele.

Cezar Roberto Bitencourt, lembrando lições de Lélío Calhau, leciona que a valoração do consentimento depende da seriedade deste, da capacidade jurídica e mental da vítima para emitir um consentimento válido, da finalidade do ato para o qual consente e de outros fatores, e não terá aquela força se forem verificadas razões de ordem pública contra o seu reconhecimento (2008, p.307).

Ao complementar essa conceituação, Bitencourt, embasado nos ensinamentos de Assis Toledo, aponta os requisitos necessários para que o consentimento do ofendido seja válido. Primeiro, a manifestação do ofendido deve ser livre, sem coação, fraude ou outro vício de vontade; segundo, o ofendido, no momento de consentir, deve possuir capacidade para fazê-lo, isto é, compreender o sentido e as consequências de sua aquiescência; terceiro, o bem jurídico deve ser disponível e o fato típico se limite e se identifique com o consentimento do ofendido (2008, p.307).

Diante deste exposto, depreende-se que a finalidade do controle realizado pelo direito sobre o consentimento do ofendido é feito com o objetivo de avaliar se ele foi demonstrado com consciência e liberdade, com o fito de o titular ter plena noção do ato ao qual se submeterá, bem como das consequências oriundas de sua escolha.

Uma pessoa, por exemplo, ao consentir que aceita ficar presa em sua casa, afasta a antijuridicidade do tipo de cárcere privado, livrando o agente da punição do Estado. Da mesma forma ocorre com aquele que permite que alguém invada sua casa ou que o tatuador lhe faça um desenho no corpo.

Em se tratando de lesões corporais, Rogério Greco faz uma curiosa observação acerca do consentimento do ofendido nesses casos. O autor considera que, se a lesão corporal for de natureza grave ou gravíssima, o consentimento não será válido, mas, com relação às lesões leves, o consentimento pode ser aceito (2007, v.2, p.301). Assim, nas primeiras características mencionadas, a ação será pública e incondicionada, sendo o consentimento da vítima totalmente ineficaz para que se afaste a antijuridicidade do fato, por o bem jurídico em questão (integridade física) ter sido de tal modo lesado que não se admitiria que o Estado deixasse de tutelá-lo nesses casos.



Rogério Greco, novamente ao tratar do assunto, aponta que o consentimento do ofendido exerce duas funções: afastar a tipicidade e excluir a ilicitude do fato (2007, v.1, p.376). Essas duas finalidades estão de todo modo entrelaçadas, pois nem tudo o que é típico é ilícito, mas tudo o que é ilícito é típico. Dessa maneira, por exemplo, as causas legais de exclusão da antijuridicidade estão tipificadas, mesmo que a lesão causada tenha sido idêntica àquela presente nos tipos lícitos não escusáveis. O grande diferencial está na ilicitude da conduta. Assim, o consentimento do ofendido atua sobre esse liame entre o que é lícito e típico e do que pode ser afastada a ilicitude. Ao se extinguir a ilicitude pelo consentimento, o fato vem a se tornar atípico e, por conseguinte, nenhum delito veio a ser cometido. À guisa de ilustração, ao se retomar o caso da tatuagem, aquele que deseja realizar um desenho permanente em seu corpo tem plena noção de que, se tal ato for praticado, lhe imprimirá algumas lesões. Como o desejo da vítima é de, com aquela lesão, produzir uma gravura no seu corpo, tal desígnio não afetará a mais ninguém senão a ele próprio, visto que a sociedade contemporânea já incorporou essa prática aos seus costumes, não havendo que se falar em contrariedade do consentimento aos bons costumes.

Para complementar esse exposição, Fernando Capez enumera uma série de funções que o consentimento do ofendido exerce na seara penal. Ele atua como uma irrelevante penal, causa da exclusão da tipicidade, causa de exclusão da ilicitude, causa de diminuição da pena e causa de extinção da punibilidade (2007, p.296).

Sobre isso, ainda na esteira da doutrina de Capez, faz-se interessante diferenciar o consentimento do ofendido do acordo. No primeiro, a manifestação da vontade gera a atipicidade do fato e no segundo ela atua como causa da exclusão da ilicitude (2007, p.298). Logo, em nome do princípio da legalidade, o que não é típico não pode ser punido e só pode ser punido o que ilicitamente for típico, ao passo que tudo o que é ilícito e típico é contrário ao ordenamento jurídico, só podendo deixar de ser sancionado se o titular do bem jurídico disponível assim o aceitar, desde que isso não contrarie a ordem pública nem os bons costumes.

4 O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO E A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

No Direito Penal da atualidade, a teoria da imputação objetiva



tem ganhado grande destaque, pois surge como meio de responsabilizar, de forma mais direta e aceitável, o autor do fato juridicamente considerado em si mesmo. Evita-se, assim, a chamada regressão *ad infinitum*, como meio de fazer tornar a ação punitiva do braço penal do Estado mais eficaz e justa, afastando o domínio da teoria da ação, vigente no Código Penal pátrio.

Bitencourt, lastreado por Juarez Tavares, quando ensina, *v.g.*, que a teoria da imputação objetiva não é uma teoria para atribuir, senão para restringir, a incidência da proibição de determinação típica sobre determinado sujeito. Ocorre, outrossim, é que as concepções que buscam fundamentá-la falham no exame do injusto (2008, p.252).

Conforme Rogério Greco informa, ao citar Fernando Galvão e Maurach, a imputação objetiva é a atribuição normativa da produção de determinado resultado a um indivíduo, de forma a viabilizar sua responsabilização, de modo que a causalidade seja somente uma condição à qual deve se agregar a relevância jurídica da relação causal entre o sujeito atuante e o resultado (2007, p.237 e 238).

A teoria da imputação objetiva tem sua origem na doutrina alemã, como criação de Claus Roxin, desenvolvendo seu raciocínio sobre as hipóteses de crimes de resultado. Para seu autor, só incidiria a teoria se o resultado tiver sido causado pelo risco criado com a conduta do autor do fato.

4.1 Os vieses informativos da teoria da imputação objetiva

Rogério Greco relata que os estudos de Roxin revelaram que existem quatro vertentes das quais flui a teoria da imputação objetiva: diminuição do risco, criação de um risco juridicamente relevante, aumento do risco permitido e a esfera de proteção da norma como critério de imputação (2007, v.1, p.238).

Na diminuição do risco, é admissível que um bem jurídico de menor potencial lesivo seja atingido a fim de salvaguardar outro bem jurídico de maior importância, servindo aquele de escudo para este, com o intuito de diminuir a lesão, o risco que o bem jurídico mais importante venha a sofrer em caso de violação ou ameaça a ele. É aqui que se enxerga o famoso caso da pessoa que, para livrar outra de um atropelamento no meio da faixa de pedestres, a empurra para fora da pista, provocando-lhe a quebra do braço. O agente que, para salvar a vida de outrem, lhe causa uma lesão, não deve ser responsabilizado, tendo-se em mira que a sua atitude visou diminuir o risco que fora gerado contra o bem principal, sendo a conduta secundária um mero



efeito periférico e necessário para a proteção do bem maior.

Na criação de um risco juridicamente relevante, a conduta do agente deve, de modo especial, causar um dano ao menos potencial ao bem jurídico. Se a ação praticada contra um bem não lhe enseja maiores preocupações por parte da tutela estatal, não há por que lhe aplicar a mesma sanção cobrada em maiores lesões ao mesmo bem jurídico. Atente-se também para o fato de que toda a ação executória para lesar o bem deve estar sobre o inteiro domínio do agente, não o responsabilizando se sobrevierem causas das quais ele não tinha inteiro controle ou ao menos previsibilidade de que tal consequência fosse ocorrer, não havendo o domínio do resultado final pela vontade do agente em querer lesionar ou prever lesão ao bem jurídico.

No que tange ao risco permitido, a sociedade elegeu condutas sem as quais o progresso nem a evolução seriam possíveis, em virtude da danosidade que certas ações poderiam ocasionar. Aqui se faz uma valoração teleológica dos fatos, em que a relação custo-benefício da aceitação de determinados riscos pudessem ter impacto direto no desenvolvimento social. O agente que atuar dentro desses riscos estará sob o manto da aceitação social para aquele contexto, não podendo ser responsabilizado por atuar dentro dos parâmetros determinados. A punição somente ocorrerá se o agente extrapolar aquilo que fora estabelecido como limite para a aceitação de determinado risco, o que irá, irremediavelmente, contrariar o que fora estabelecido pela ordem social e consolidado pela ordem jurídica. Em sede de exemplificação, a sociedade tolera que haja um tráfego de veículos automotores em suas cidades, com o intuito de proporcionar maior desenvolvimento e celeridade às atividades socioeconômicas pertinentes ao local. No momento em que os veículos empreenderem velocidade excessiva àquela permitida para a via na qual estão circulando, estarão aumentando o risco legalmente permitido e, por este excesso, deverão ser responsabilizados seus condutores. Nesse caso, numa via cuja velocidade permitida é de 80 km/h, não poderá ser responsabilizado quem trafega até esse limite, mas apenas quem ultrapassá-lo.

4.2 O sentido da proteção exercida pela norma penal

Na esfera de proteção da norma está a finalidade de se tipificar uma conduta legalmente inaceitável. A partir desse balanceamento, faz-se uma ponderação entre a proporção da lesão ocasionada ao bem jurídico e o motivo pelo qual se quer proteger o bem lesionado. Destarte, a finalidade



da norma está estampada na proteção maior do bem jurídico, afastando condutas que possam atingi-lo ou perturbá-lo. Entende-se, deste modo, que só haverá sanção ao agente se este, com sua conduta, atacar a finalidade da norma, que é proteger determinado objeto jurídico. Como leciona Rogério Greco, em remissão a Fernando Galvão, a relevância jurídica que autoriza a imputação objetiva ainda deve ser apurada pelo sentido protetivo de cada tipo incriminador, havendo somente a responsabilização quando a conduta afronta a finalidade protetiva da norma (2007, vol.1, p.240).

4.3 A teoria da imputação objetiva na visão de Jakobs

Rogério Greco, ao albergar as lições preparadas por Günter Jakobs, leciona que este autor desenvolveu quatro instituições jurídico-penais sobre as quais a teoria da imputação objetiva se fundamenta: risco permitido, princípio da confiança, proibição de regresso, competência ou capacidade da vítima (2007, vol.1, p.241).

Pelo risco permitido, como já exposto, criam-se situações nas quais condutas que normalmente seriam perigosas aos bens jurídicos são aceitas, a fim de que a sociedade obtenha progresso e desenvolvimento. Esses contatos sociais, embora potencialmente ameaçadores, são estimados e valorados pela sociedade e pelo ordenamento jurídico como toleráveis, pois sem eles seriam quase impossível se manter o padrão de convívio necessário entre os membros da sociedade, em determinado contexto cultural e econômico.

Sobre o princípio da confiança, expressa-se aqui certa solidariedade social, pois cada pessoa tem a cega confiança de que o seu próximo não lhe causará mal algum. Desta feita, tal prerrogativa é necessária para a harmonia entre as relações sociais, pois se tal estrutura não fosse adotada, toda a convivência se tornaria um caos e seria impossível estar em sociedade, à medida que ninguém cumprisse seu dever legal e social de não ocasionar propositamente danos a terceiros.

Na proibição do regresso é analisado o papel que cada pessoa exerce na sociedade. O exercício regular desse papel, embora possa proporcionar a execução de um delito, não deve ser levado em conta para a responsabilização penal, pois o agente não agiu com *animus* de contribuir para a execução de um fato ilegal. Dessa maneira, por exemplo, se um ladrão for surpreendido por um policial no momento em que furta a bolsa de uma idosa e sai desesperado pelas ruas, as pessoas que não tem nada a ver como fato e transitam pelas



calçadas, sem desconfiar de nada, não podem ser responsabilizadas caso o policial venha a esbarrar em uma delas e o delinquente consiga, por isso, uma chance de escapar.

Por último, a competência ou capacidade da vítima são as hipóteses em que recai a imputação objetiva de maneira mais interessante. Jakobs entende que a primeira se refere ao consentimento do ofendido e a segunda às ações do risco próprio. O consentimento pode afastar a tipicidade e excluir a ilicitude do fato (GRECO, 2007, vol.1, p.246). O consentimento, como aclarado ao longo deste trabalho, tem esse condão de *liberar* o agente de sua responsabilidade penal, já que o titular do bem jurídico lesionado não se importa com o que venha a acontecer com ele, consentindo na lesão, logicamente se isso não contrariar a ordem pública, os bons costumes e não se tratar de bens indisponíveis. Na segunda hipótese, do risco próprio, está a assunção do dano que venha a ocorrer em virtude de projetos dos quais o titular participe. A doutrina reitera com muita veemência o exemplo do jovem que deseja ter aula de paraquedismo. Ele tem ciência de que irá colocar sua vida em risco, mas mesmo assim *assume o risco* da atividade da qual participará. Obviamente isso não exclui a responsabilidade dos instrutores em caso de acidente, mas, *a priori*, a culpa inicial pelo dano ao bem jurídico é do próprio titular, que aceitou procurar ou colocar-se em tal situação.

5 EUTANÁSIA: UM CASO ESPECIAL DE CONSENTIMENTO DO OFENDIDO

Sobre a eutanásia, cabe primeiramente defini-la juridicamente como um tipo presente no art. 121, § 1º do Código Penal Brasileiro, o qual, pelas circunstâncias presentes, a doutrina convencionou denominar de homicídio privilegiado. Ao contrário do que se comumente se pensa, é um crime comum, não sendo privativo do médico ou qualquer outro profissional de saúde.

A eutanásia pode ocorrer de maneira passiva ou ativa, podendo ser praticada por omissão ou ação ou até mesmo constituir um crime comissivo-omissivo, neste último caso incluídas as denominadas ortotanásia ou paraeutanasia. De toda forma, é importante frisar que a eutanásia só ocorre em pacientes ainda vivos, da forma cientificamente comprovada, o que se dá atualmente pela morte cerebral. Nesses casos, é impróprio falar em eutanásia de um paciente que já tenha tido sua morte cerebral declarada, ainda que outros órgãos vitais de seu corpo possam se encontrar em plena atividade (graças ao trabalho executado por máquinas e medicamentos).



Néri Tadeu Câmara Souza, ao tratar do assunto, diz que o consentimento do paciente ou de seus representantes legais não retira o caráter criminoso e antijurídico da eutanásia, visto que a vida é bem indisponível, tendo a sua inviolabilidade sido constitucionalmente protegida na Carta Magna do país (2006, p.110).

Jakobs também trata do tema de forma bastante peculiar ao analisar que o homicídio a pedido (é nesses termos que a doutrina alemã compreende a eutanásia) nada mais é do que a organização de um trabalho alheio para servir à vontade daquele que consente em sua morte. Ou seja, para o autor, não é o consenciente quem abre mão do seu bem jurídico, tampouco ele delega a outrem a decisão de morrer: ele próprio, com sua vontade livre e anterior ao conhecimento de terceiro sobre ela, é quem se serve de outra pessoa para colocar em prática seus fins esdrúxulos (2003, p.20).

Esse mesmo autor refere-se ao que ele denomina de “teoria do duplo efeito”, que seria uma relação custo-benefício entre o tempo de vida a ser sacrificado e a razoável qualidade do resto de vida a ser preservado. Nesse contexto, ele apresenta a eutanásia indireta, em que a morte do indivíduo é apenas consequência acessória e não o objetivo principal daquele que executa os atos mortíferos (2003, p.35). Dessa maneira, exclui-se a condição de garantidor exercida pelo médico, pois ele não é obrigado a alargar a agonia sem atender à qualidade do resto de vida restante ao paciente (2003, p.38).

6 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, pôde-se verificar quão tamanha é a importância da análise desses aspectos sobre a aplicação da pena, bem como sobre a valoração da conduta, o que inevitavelmente incide sobre o grau de culpabilidade do agente e até na decisão do Estado se deve ou não punir o agente que cometeu o fato, em vista de ter a própria vítima liberado a punição que deveria incidir sobre o infrator.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, volume 1: parte geral.** 12 ed.atual. São Paulo: Saraiva, 2008.



CALLEGARI, André Luís [et al]; STREK, Lenio Luiz (org.). **Direito penal em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, v.1: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 11 ed rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO, Érika Mendes; PRADO, Luiz Regis. **Teorias da imputação objetiva do resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, v.1**. 8 ed. Niterói: Impetus, 2007.

_____. **Curso de Direito Penal: parte especial, v.2**: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa. 4 ed. Niterói: Impetus, 2007.

JAKOBS, Günther. **Suicídio, eutanásia e direito penal**. Barueri: Manole, 2003.

PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido na teoria do delito**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SCHMITT, Ricardo Augusto (org.). **Princípios Penais Constitucionais – Direito e Processo Penal à luz da Constituição Federal**. Salvador: JusPodivm, 2007.

SOUZA, Néri Tadeu Câmara. **Responsabilidade civil e penal do médico**. Campinas: LZN, 2006.



THE THEORY OF THE OBJECTIVE RESPONSIBILITY USED ON THE OFFENDED CONSENT: A BROACH ABOUT THE GENERAL THEORY OF CRIME

ABSTRACT

This job wants to present for the reader the principal theories that treat the named offended consent. This studies have a big importance in the contemporaneous criminal science, using of standards offered by the doctrine that the criminal law worker can analyse, with more care, the influency of the wish of the right's lord to dispose of it, bringing about, in last analysis, the total remove of the State punishment power incidented in determined concrete fact, because the lesion was disconsidered just by the wish to dispose of the offended, understood with a exclusion form of ilegal act.

Keywords: Juridical interest. Availabled. Consent.

