

RESPONSABILIDADE CIVIL E CONSENTIMENTO DO LESADO: UM CONTRIBUTO DA EXPERIÊNCIA PORTUGUESA À ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA¹

Felipe Teixeira Neto²

Resumo: O presente artigo propõe-se a analisar a relevância do consentimento do lesado em tema de responsabilidade civil, em especial seu papel na exclusão da ilicitude da conduta. Para tanto, buscando substrato na experiência portuguesa, onde o instituto encontra-se já bastante desenvolvido, apresentar-se-á a dogmática da causa de justificação em exame no seu regime geral e nas modalidades a ele alternativas, objetivando traçar uma regulamentação adequada ao ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-Chave: Direito civil. Responsabilidade civil. Ilicitude. Consentimento do lesado. Causas de Justificação.

Abstract: This article proposes to examine the relevance of the victim's consent on the tort law, in particular its role in the rejection of the unlawful conduct. For both, seeking substrate in portuguese experience, where the institute is already well developed, it will presents the dogmatic of defence in a general and alternative modalities, to propose an appropriate regulation to brazilian law.

¹ O presente artigo foi originalmente publicado nos Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – PPGDir/UFRGS, Porto Alegre (Brasil), n. VII e VIII, v. VI, pp. 32-48, mai. 2007 (ISSN 1678-5029).

² Doutorando em Direito Privado Comparado pela Universidade de Salerno (Itália). Doutorando e Mestre em Direito Civil pela Universidade de Lisboa (Portugal). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (Brasil).

Keywords: Civil Law. Tort law. Unlawful. Consent of the victim. Defences.

INTRODUÇÃO



responsabilidade civil vem sendo amplamente reconhecida como uma das temáticas que, a par dos diversos reveses sofridos ao longo da história do direito, nomeadamente no que toca às funções que lhe foram atribuídas, despertou e continua a despertando intensa atenção dos juristas. Isso porque o incremento da complexidade social tem demandado o alargamento cada vez maior dos seus campos de atuação, sendo a sua aplicação chamada a solver impasses de ordens variadas, fruto de uma ampliação das demandas sociais.

Dáí porque, a fim de que bem desenvolva o seu mister, necessita ter seus pressupostos bastante bem delineados. Ou seja, é necessário que seus aplicadores tenham adequada compreensão dos elementos que serão imprescindíveis à imposição do dever de indenizar decorrente do juízo de imputação civil. Neste campo é que conceitos como dano, ilicitude, culpa e risco devem ser assimilados, sob pena de ineficaz manejo da responsabilidade civil e inadequada resposta às demandas que lhe são postas.

Adquire importância, de igual modo, a demarcação das hipóteses em que, mesmo à vista de situações de aparente surgimento do dever de indenizar, concorrerão causas que, por comprometerem a higidez de um dos seus pressupostos, implicarão na não-formação do juízo de imputação de responsabilidade.

Neste contexto é que se insere o presente estudo, o qual se propõe a analisar a relevância do consentimento do lesado em tema de responsabilidade civil. Em outras palavras, verificar os reflexos que o consentimento do titular dos interesses

protegidos pela ordem jurídica pode ter na estatuição do dever de indenizar, nomeadamente no que toca aos seus contornos e limites.

Para tanto, o objeto da pesquisa centrar-se-á em um exame de direito comparado entre o tratamento que a matéria recebe nas ordens jurídicas portuguesa e brasileira, as quais, a par da inegável comunhão de princípios e regras que a história conjunta de ambos os países permitiu, apresentam, quanto ao tema, diversidades um tanto quanto relevantes dada a ausência completa de regulação nesta, em contraponto ao notoriamente reconhecido exemplar regulamento existente naquela.

Dáí porque, a partir da experiência portuguesa no trato da matéria, objetivar-se-á identificar a dogmática do instituto em exame, nos seus regimes geral e especial, propondo, a seguir, a verificação da sua compatibilidade com a ordem jurídica brasileira.

Do ponto de vista legislativo, será realizado um contraponto entre as regras jurídicas vigentes em Portugal e no Brasil, mesmo que, algumas delas, de cunho geral, verificando, inclusive, a necessidade de reforma neste aspecto. Sem prejuízo, as referências à doutrina procurarão ser as mais fartas possíveis, dentro das limitações que um estudo deste porte encerra. Procurar-se-á, de igual modo, quando oportuno, lançar mão de recurso à doutrina penal sobre o tema, até mesmo em razão da sua maior fartura e sistematização, empregando-se esforços na transposição dos seus resultados a uma utilização no âmbito do direito civil.

1 CONSENTIMENTO DO LESADO E EXCLUSÃO DA ILICITUDE

1.1 O CONSENTIMENTO DO LESADO COMO CAUSA JUSTIFICADORA DO FATO DANOSO

A figura do consentimento do lesado vem associada ao brocado latino *in volenti non fit iniuria*. Segundo este, a invasão da esfera jurídica alheia pelo autor da ação supostamente danosa, desde que por ele consentida, seria lícita, afastando pressuposto indispensável do dever de indenizar, qual seja, a ilicitude.

Pela índole do direito civil, as pessoas são livres para abdicar da tutela que a lei lhes confere, desde que os interesses envolvidos revistam-se de disponibilidade, sendo, pois, o consentimento do lesado em relação à violação de interesses que lhe é impingida pelo agir de outrem uma “manifestação de liberdade subjacente à tutela privada”³. Daí a justificativa para a inclusão da figura em apreço no rol das excludentes de ilicitude relacionadas ao exercício e à tutela dos direitos, como o faz o Código Civil português.

Em desdobramento a esta indução feita acerca do consentimento do lesado⁴, várias foram as construções buscando justificar o fundamento para que tal aquiescência⁵ bastasse à exclu-

³ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. Parte Geral. Coimbra: Almedina, 2007, t. IV, reimp., p. 455.

⁴ Existe divergência na doutrina acerca da melhor expressão para denominar o consentimento em estudo. Há quem sustente que a expressão “consentimento do ofendido” – e, pelas mesmas razões, a aqui empregada “consentimento do lesado” – não seria adequada, já que o sujeito passivo da ação não é ofendido e tampouco lesado, pois contra ele não existe ofensa ou lesão propriamente ditas. Em razão disso, sustenta-se a preferibilidade da expressão “consentimento do interessado” ou, em tradução da expressão italiana *consenso dell'avente diritto*, “consentimento do titular do direito”. Neste sentido, MAGALHÃES, Délio. *Causas de Exclusão do Crime*. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 107-109. O uso alargado da expressão que dá título à presente investigação, contudo, sem se desconsiderar as ponderações teóricas a respeito, autoriza o seu emprego, até como meio de uniformidade da temática, já que corriqueiramente empregada no direito positivo de vários países.

⁵ Na verdade, conforme SANTOS, Maurício Macêdo dos; SÊGA, Viviane Amaral. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=988>>. Acesso em: 12 abr. 2008, p. 4, a expressão “aquiescência” exprime manifestação que pode ser externalizada por meio de consentimento ou por meio de acordo, sendo gênero do qual os referidos são espécies. Neste estudo, porém, considerando que a doutrina que trata do tema em exame assim também o faz, bem como tendo em vista que o acordo não é objeto da

são da ilicitude⁶.

A doutrina costuma identificar a sua gênese, no pensamento moderno, na denominada Teoria do Negócio Jurídico, de Ernst Zitelmann, a qual “concebía el consentimiento como um negocio jurídico privado, mediante el cual se otorgaba um derecho de intervención revocable”⁷. Dita teoria foi objeto de intensa crítica, pois, segundo seus opositores, o consentimento não cria ao lesante a faculdade de ingerir na esfera jurídica do lesado, não havendo que se falar no nascimento de direito subjetivo para este⁸.

Na sequência, já com um viés mais ligado à doutrina criminal, mas com fundamento igualmente útil ao direito civil, merece destaque a Teoria do Desinteresse do Estado, defendida, na Alemanha, por Edmundo Mezger e, na Itália, por Vincenzo Manzini e Giuseppe Maggiore. Segundo a referida, o que justifica a possibilidade de o consentimento do lesado excluir a ilicitude da conduta é o abandono consciente do interesse por parte de quem legitimamente tem a faculdade de dispor em relação ao bem jurídico⁹.

De seguida, como um desdobramento da anterior, guardando relação mais com a ideia de disponibilidade do que de interesse, merece registro a Teoria da Ação Jurídica, defendida

investigação, será empregado o termo “aquiescência” como referência apenas ao consentimento do lesado.

⁶ Para uma evolução do pensamento jurídico acerca da relevância do consentimento do lesado em matéria de exclusão da ilicitude, desde a sua gênese romana até a Escola Sociológica do Direito, passando pelas Escolas do Direito Natural e Histórica do Direito e pelo pensamento de Hegel, oportuno conferi-se o magistério de JESCHECK, Hams-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. 5ed. Trad. espanhola de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002, p. 404 e ss.

⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. espanhola de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, t. I. p. 533.

⁸ MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. espanhola de Jose Arturo Rodriguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1946, p. 398.

⁹ MEZGER, Edmund. *Tratado...*, cit., p. 397.

por Berling, mas também presente na obra de Mezger¹⁰, segundo a qual o consentimento representaria uma renúncia do titular à proteção que lhe é conferida pelo ordenamento jurídico, do que decorre a justificação da conduta que dera causa à lesão¹¹.

Esta teoria parece ser a justificativa hoje mais aceita pela doutrina civilista para a excludente em estudo¹², como se pode verificar a partir da exposição dos autores contemporâneos, até mesmo em decorrência da sua associação a direitos disponíveis, como adiante se verá, sem prejuízo de desdobramentos diversos que lhe possam ser dados.

Daí que, segundo Adriano de Cupis¹³, não haveria justificativa para a manutenção da tutela conferida ao particular pelo direito nos casos em que este consentisse com a lesão, porque dito consentimento torná-lo-ia partícipe da causa do dano. Ou seja, faria com que a sua vontade, somada a do autor do fato danoso, fosse a responsável pela lesão – nas palavras do autor, o lesado apropriar-se-ia da causa do dano –, concorrendo, desta feita, para o resultado, o que, por isso, propiciaria a exclusão da ilicitude¹⁴.

Fernando Pessoa Jorge¹⁵ critica a proposição antes referida. Para tanto, menciona que a aquiescência do ofendido não lhe faz partícipe da causa do dano, não obstante concorde que ela seja a causa da ausência de justificativa para a tutela pelo direito. Segundo o autor, o fundamento da justificação “está, sim, na eliminação do condicionalismo que, não havendo tal

¹⁰ MEZGER, Edmund. *Tratado...*, cit., p. 398.

¹¹ SANTOS, Maurício Macêdo dos; SÊGA, Viviane Amaral. *O consentimento do ofendido...* cit., p. 3.

¹² É a doutrina predominantemente aceita, da mesma forma, em matéria penal. Neste sentido, JESCHECK, Hams-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado...* cit., p. 404.

¹³ DE CUPIS, Adriano. *Il Danno – Teoria general della responsabilità civile*. 3ed. Milano: Giuffrè, 1979, p. 270.

¹⁴ Na doutrina jurídica de língua portuguesa esta posição é sustentada por SERRA, Adriano Vaz. *Causas justificativas do fato danoso*. Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, n. 85, p. 104.

¹⁵ JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 1995, reimp., p. 270.

consentimento, tornaria o dano injusto. A vontade do lesado não é causa do prejuízo, e isso explica que possa haver obrigação de indenizar, não obstante a licitude da ofensa consentida”.

No mesmo norte, José Carlos Brandão Proença¹⁶, para quem “ao consentir na lesão danosa é o próprio lesado que valoriza juridicamente a sua vontade dispositiva, dotando-a de um sentido legitimador da lesão efectiva de interesses seus”, o que resta, em razão disso, por excluir a ilicitude do fato causador do dano, já que ausente a contrariedade ao direito necessária ao juízo de imputação civil.

Com efeito, é de concluir que, no âmbito da responsabilidade civil, a razão está com os dois últimos autores citados, na medida em que, não obstante a renúncia [*rectius*, disponibilidade] da proteção concedida pelo direito seja o fundamento convergente para a excludente em apreço, não há como se dizer que o consentimento do ofendido foi, realmente, causa do dano, foi condição imprescindível, ao menos faticamente, à sua realização, sendo requisito que guarda relação com o pressuposto da ilicitude e não da causalidade. O consentimento é, isso sim, além de representar disposição da proteção concedida, um ato legitimador da ingerência na esfera jurídica do seu titular, o que lhe exclui a pecha de contrariedade ao direito.

Tal debate em torno do fundamento jurídico da hipótese de exclusão em apreço, contudo, sem prejuízo da impropriedade semântica que a imputação da causa ao próprio lesado possa trazer, confundindo-a com pressuposto diverso da responsabilidade civil¹⁷, não parece ser de alcance vital à aplicação prática do instituto, não obstante contribua para a sua confusão com outros de efeito prático semelhante. Isso porque é consenso na doutrina que o que legitima a conduta lesiva e, desta feita, ex-

¹⁶ PROENÇA, José Carlos Brandão. *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 611.

¹⁷ DE CUPIS, Adriano. *Il Danno*, cit., p. 270.

clui a sua ilicitude indiciária, é a renúncia do próprio interessado à proteção jurídica que lhe fora concedida pelo ordenamento jurídico¹⁸.

Em outras palavras,

[...] o direito protege a esfera jurídica dos particulares através da ilicitude, que resulta da interferência em bens ou interesses alheios. Todavia, se há autorização do respectivo titular, essa lesão torna-se lícita. Desaparece, portanto, o motivo da indemnização ou reparação em que se traduz a responsabilidade civil¹⁹.

É premissa para tanto compreender que a responsabilidade civil, de um modo geral, é disposta à proteção de bens integrantes do patrimônio jurídico do titular. Por isso, tratando-se de bens, de regra, disponíveis, é permitido ao destinatário possa dela abrir mão, daí decorrendo o caráter de exclusão da ilicitude que se atribuirá ao consentimento do lesado.

Se a ilicitude está constituída na contrariedade ao direito que decorre da violação de normas de comportamento predispostas, o assentimento do titular dos interesses por elas protegidos basta a eliminar o caráter devido do comportamento²⁰. Daí que quando a ação danosa for previamente consentida, estará ausente a antijuridicidade que decorreria da violação desse dever de abstenção diante da esfera juridicamente prote-

¹⁸ A propósito, CORDEIRO, António Mezenes. *Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*. Lisboa: Lex, 1997, p. 457, segundo quem “o consentimento do lesado encontra a sua justificação básica na liberdade pressuposta pelos direitos subjectivos”. E, de igual modo, DE CUPIS, Adriano. *Il Danno*, cit., p. 270, após fazer referência à apropriação da causa pelo lesado, posição antes criticada, refere que o consentimento do ofendido implica em renúncia à proteção jurídica do interesse em causa. Com igual ponto de vista, dentre outros, FARIA, Jorge Ribeiro de. *Direito das Obrigações*. Coimbra: Almedina, 1991, t. I, p. 449 e LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*. Coimbra: Almedina, 2000, v. I. p. 312. Daí porque ser possível afirmar que, em verdade, o pensamento civilista contemporâneo, mesmo que com desdobramentos diversos, aparentemente converge para o acolhimento da antes referida Teoria da Ação Jurídica.

¹⁹ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 7ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 501.

²⁰ JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio...*, cit., p. 161.

gida do lesado.

Desta feita, objetivando delinear a figura em estudo, acompanhando a lição de João de Matos Antunes Varela²¹, poder-se-ia dizer que o consentimento do lesado “consiste na aquiescência do titular do direito à prática do acto que, sem ela, constituiria uma violação desse direito ou uma ofensa da norma tuteladora do respectivo interesse”. Representa, pois, o consentimento, a disposição da proteção jurídica estatal a interesse privado, excluindo, desta feita, a contrariedade ao direito que decorreria da lesão a este causada.

1.2 CONSENTIMENTO DO LESADO E FIGURAS AFINS: DIFERENCIAÇÃO NECESSÁRIA

Urge, contudo, a fim de bem delimitar a temática em causa, diferenciar a figura do consentimento do ofendido de outras que lhe sejam próximas – ou, melhor, com as quais, não raro, seja confundida²² –, dando abrangência precisa à investigação.

A primeira delas é a cláusula de exclusão de responsabilidade, segundo a qual, no âmbito de uma relação obrigacional preexistente²³, uma das partes, desde logo, pode estabelecer a

²¹ VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*. 9ed. Coimbra: Almedina, 1998, vol. I. p. 552.

²² Segundo JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio...*, cit., p. 274, a confusão entre o consentimento do lesado e diversas outras figuras de relevância jurídica deve-se ao fato de, não obstante, em muitos dos casos, dizerem respeito a pressupostos distintos da responsabilidade civil e, até, em outros, guardarem relação apenas com a indenização, em última análise, terminarem, todas elas, por acarretar o mesmo “resultado prático da irresponsabilidade do agente”.

²³ Não há consenso na doutrina acerca da aplicabilidade da exclusão da ilicitude pelo consentimento do lesado aos casos de responsabilidade obrigacional. Enquanto CORDEIRO, António Menezes. *Tratado...*, cit., t. IV, 2007, p. 456, sustenta que o instituto aplica-se somente aos casos de responsabilidade aquiliana, há, mesmo que em hipóteses mais restritas, o seu cabimento em casos de responsabilidade contratual. A respeito, PRATA, Ana. *Cláusulas de Exclusão e Limitação da Responsabilidade Contratual*. Coimbra: Almedina, 1985, p.153. A primeira posição parece ser a mais adequada, sendo notória a vinculação da excludente em apreço às hipóteses de

inexistência do dever de indenizar de outra em razão de danos eventualmente ocorridos. Ou, como prefere José Carlos Brandão Proença²⁴, por meio de cláusula preestabelecida promove-se “a renúncia antecipada do lesado a fazer valer o seu direito secundário de indemnização”.

Conforme aponta Adriano Vaz Serra²⁵, a doutrina francesa, quando aborda o consentimento do lesado, incorre nesta confusão entre os institutos, pois põe o problema do assentimento do ofendido como se tratando de cláusula de irresponsabilidade, “de modo que o consentimento da vítima teria o efeito de afastar as presunções de culpa do autor do dano, mas teria a responsabilidade deste no caso de culpa provada”.

O tratamento das figuras em debate por meio de fundamento idêntico, todavia, não parece ser a solução mais acertada. Isso porque ambas, não obstante acarretem a mesma consequência econômica, qual seja, a ausência da obrigação de reparar o dano, apresentam pressupostos muito distintos.

Tanto que, consoante adverte Adriano de Cupis²⁶, a diferença entre o consentimento do lesado e a cláusula de irresponsabilidade é profunda, pois enquanto esta exclui apenas a consequência jurídica do dano, tendo, por conseguinte, mera eficácia dispositiva do direito ao ressarcimento, aquele implica em eficácia dispositiva de direito primário (*diritto primario*), sendo decorrência reflexa a disposição do direito ao ressarcimento.

Pelo que se pode perceber, os efeitos jurídicos dos insti-

responsabilidade aquiliana, porquanto relacionada à disposição da proteção estatal conferida a determinados bens jurídicos do interessado, que podem ser objeto de lesão por terceiro não vinculado por relação obrigacional preexistente. A adoção deste pensamento já bastaria para bem diferenciar as figuras, sendo o consentimento do lesado restrito às hipóteses de responsabilidade aquiliana e a cláusula de irresponsabilidade aos casos de responsabilidade negocial. Diante, contudo, da existência de diferenças outras e da ausência de consenso acerca da restrição da incidência da causa de justificação em pauta aos casos de responsabilidade contratual, realizar-se-á o seu exame mais acurado.

²⁴ PROENÇA, José Carlos Brandão. *A conduta do lesado...*, cit., p. 611.

²⁵ SERRA, Adriano Vaz. *Causas justificativas...*, cit., 104.

²⁶ DE CUPIS, Adriano. *Il Danno...*, cit., p. 270.

tutos em apreço são, efetivamente, deveras distintos, não obstante, do ponto de vista fático, a consequência seja a mesma. Enquanto no consentimento do lesado exclui-se a ilicitude do fato em decorrência da disposição da própria proteção conferida pelo direito àquele interesse juridicamente protegido, sendo a ausência de dever de indenizar uma decorrência reflexa disso, na cláusula de exclusão da responsabilidade o fato causador do dano não deixa de ser ilícito, sendo que apenas o lesado não pode postular a devida reparação.

Até porque os desdobramentos possíveis a partir da ausência do dever de indenizar serão diversos em decorrência da ausência, em apenas uma das duas figuras, da ilicitude (no caso, no consentimento do lesado). Isto é, como na cláusula de exclusão de responsabilidade a conduta danosa não deixa de ser ilícita, sendo tão-só afastada, para o ordenamento jurídico, a relevância do dano²⁷, não obstante o lesado faleça de pretensão indenizatória, tal poderá, *v.g.*, com base no mesmo inadimplemento contratual causador da lesão, postular a resolução da avença ou a sua execução específica²⁸.

Ainda, no direito português²⁹, por força da regra do artigo 809 do Código Civil³⁰, a qual inquina de nulidade as cláusulas

²⁷ SERRA, Adriano Vaz. *op. cit.*, loc. cit.

²⁸ MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra, 1985, p. 132.

²⁹ Aqui se deixa de fazer registros acerca do direito brasileiro, porquanto inexistem disposições restritivas da incidência das cláusulas de responsabilidade, tal qual ocorre no direito luso, salvo, por evidente, nos casos de violação de normas de ordem pública, nomeadamente em matéria de direito do consumidor. Neste sentido dispõe o artigo 25, *caput*, da Lei n. 8.078/90 – Código de Proteção e Defesa do Consumidor, segundo o qual “[é] vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas Seções anteriores”, o qual deve ser interpretado em conjunto com o artigo 51, inciso I, do mesmo Código, que declara nula de pleno direito as cláusulas que “impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem em renúncia ou disposição de direitos”. Tal induz no sentido da impossibilidade de renúncia prévia à indenização por parte do consumidor.

³⁰ Segundo o dispositivo mencionado, “é nula a cláusula pela qual o credor renuncia

contratuais que impliquem em renúncia antecipada aos direitos que porventura venham a nascer em decorrência da mora ou do incumprimento, verifica-se uma significativa restrição ao âmbito de disponibilidade dos efeitos da responsabilidade civil negocial³¹. Tal não ocorre em matéria de consentimento do lesado, no qual basta que sejam observados os requisitos estatuídos para a sua ocorrência, que adiante serão tratados, fazendo com que, em relação à dita hipótese de justificação, a margem de disposição do titular da proteção jurídica apresente-se mais ampla quando comparada com a cláusula de exclusão de responsabilidade³².

Na sequência, poder-se-ia falar de outras duas figuras de resultado bastante próximo àquele decorrente do consentimento do lesado e da cláusula de irresponsabilidade, quais sejam, a remissão e a renúncia ao direito de indenização. Nestas, da mesma forma, a diferença diz respeito à existência do direito primário, a qual só resta afastada pela exclusão da ilicitude que se verifica na primeira figura, consoante já mencionado³³. As-

antecipadamente a qualquer dos direitos que lhe são facultados nas divisões anteriores nos casos de não cumprimento ou mora do devedor, salvo o disposto no n. 2 do artigo 800”.

³¹ Com mesmo escopo, limitando a incidência das cláusulas de irresponsabilidade, o artigo 1.229 do Código Civil italiano, segundo o qual será considerada nula a avença que exclua ou limite responsabilidade em caso de eventual dano decorrente de dolo, culpa grave ou violação de norma de ordem pública

³² JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio...*, cit., p. 276 e SERRA, Adriano Vaz. *Causas justificativas...*, cit., p.104.

³³ No plano criminal, como exemplo da confusão entre os institutos da renúncia e do consentimento justificante, registre-se que o Código Penal brasileiro de 1890, em seu artigo 26, alínea “c”, estabelecia que “[n]ão dirimem nem excluem a intenção criminosa: [...] c) o consentimento do ofendido, menos nos casos em que a lei só a ele permite a ação criminal”. Aqui, em verdade, tratava-se de consagração legislativa do consentimento enquanto renúncia ao direito de queixa e não enquanto excludente de ilicitude. Ou seja, na hipótese então prevista na legislação brasileira criminal, restava afastada apenas persecução penal, em paralelo com o que aconteceria na responsabilidade civil se afastada apenas a indenização, ao passo em que caso o consentimento fosse real causa de justificação, restaria excluído o próprio crime – ou, mais uma vez em paralelo com o juízo de imputação cível, o próprio ato ilícito. O dispositivo foi, por isso, bastante criticado pela doutrina, já que promoveu a posi-

sim, pode-se afirmar que enquanto na remissão e na renúncia ao direito à indenização a obrigação de reparar o dano nasce e se extingue em decorrência de um ato de disposição do seu titular – ato que, aqui, contrariamente ao que sucede com a cláusula de exclusão de responsabilidade, não necessita ser prévio ao dano –, na aquiescência do ofendido ela sequer chega a existir, uma vez que ausente o pressuposto da ilicitude³⁴.

Mais uma figura que merece especial atenção quando se fala em consentimento do lesado, pela frequente confusão entre ambas, é a culpa exclusiva ou concorrente da vítima. Até porque, como se pôde ver antes, uma das justificativas para a exclusão da ilicitude em decorrência da anuência do ofendido em relação à conduta danosa fora, justamente, a de que, ao consentir com a lesão, tornava-se partícipe da causa do dano³⁵, renunciando, assim, à tutela estatal; nesta hipótese, em última análise, acaba-se por incluir a causa justificadora em estudo dentre aquelas relacionadas à culpa do ofendido, posição hoje não mais aceita pela doutrina hodierna³⁶.

A confluência entre os dois institutos pode ser encontrada de forma bastante presente em alguns pandectistas, refletindo-se, da mesma forma, em parte das doutrinas francesa e italiana³⁷ e no tratamento que a jurisprudência inglesa dava a casos desta natureza³⁸, ao que não ficou alheio o pensamento jurídico português. Dito tratamento indiferenciado, seguindo nesta linha de direito comparado, chegou até mesmo a ser verificado no

tivação equivocada de uma confusão sem justificativa entre exclusão da persecução penal e exclusão do crime MAGALHÃES, Délio. *Causas de Exclusão...*, cit., p. 114.

³⁴ JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio...*, cit., p.274.

³⁵ DE CUPIS, Adriano. *Il Danno...*cit., p. 270.

³⁶ VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações...*, cit., p.533.

³⁷ Segundo PROENÇA, José Carlos Brandão. *A conduta do lesado...*, cit., p. 612, dentre os pandectistas que seguiram esta linha pode-se citar a obra de Demelius. Já nas doutrinas francesa e italiana, respectivamente, o autor alude às obras de Desxhizeaux, Esmein e Le Tourneau e Chironi e Pacchioni como exemplos desta confluência entre consentimento e culpa.

³⁸ PRATA, Ana. *Cláusulas de Exclusão...*, cit., p. 156.

plano legislativo, dispondo, *v.g.*, o Código das Obrigações suíço, em seu artigo 44, n. 1, que o consentimento impuro seria forma de manifestação de culpa própria³⁹.

A evolução do pensamento civilista, todavia, permitiu verificar a inadequação deste posicionamento. Para tanto, tendo em conta os pressupostos antes já traçados acerca do que representa o consentimento do lesado, a simples verificação dos contornos dados pela doutrina acerca da figura da culpa exclusiva ou concorrente da vítima basta a bem diferenciar os institutos.

A culpa do lesado encontra a sua solução preponderante no campo de análise da causalidade do dano, já que “só deve ser ponderada na media em que o seu comportamento seja concausa do dano, ou seja, é necessário que o dano seja causado pelo agente ou pelo lesado”⁴⁰. Desta feita, verificar-se-á quando restar demonstrado que uma determinada conduta praticada pelo ofendido foi a causadora do dano ou para ele concorreu, paralelamente àquela impetrada pelo ofensor. O mesmo se verifica na doutrina brasileira, para a qual, “com a culpa exclusiva da vítima, desaparece a relação de causa e efeito entre o dano e seu causador”⁴¹.

Dáí porque se afirmar a atecnia do tratamento uniforme de ambas as figuras, já que relacionadas a pressupostos diversos. Como dito, enquanto a culpa da vítima guarda relação com a causalidade (plano fático da aferição dos pressupostos do dever de indenizar), o consentimento do lesado insere-se na esfera do plano jurídico dos mesmos pressupostos, pois relativo à ilicitude⁴².

³⁹ PROENÇA, José Carlos Brandão. *A conduta do lesado...* cit., p. 613.

⁴⁰ LOURENÇO, Paula Meira. *A função punitiva da responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 262.

⁴¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*. 6ed. São Paulo: Atlas, 2006, v. IV, p. 44.

⁴² CORDEIRO, António Mezenes *Da responsabilidade Civil...*, cit., p. 423.

Apresentadas as diferenciações até aqui postas⁴³, o que visou bem delimitar o âmbito de incidência da figura jurídica objeto da presente investigação, cumpre tratar acerca da sua regulação e operatividade no ordenamento português e a sua possibilidade de transposição à ordem jurídica brasileira.

2. O REGIME GERAL DE JUSTIFICAÇÃO PELO CONSENTIMENTO

O consentimento do lesado como causa de exclusão da ilicitude, em Portugal, encontrou tratamento no Código Civil de 1966, em seu artigo 340, o qual estatui que “o ato lesivo dos direitos de outrem é lícito, desde que este tenha consentido na lesão”. A matéria, da mesma forma, mereceu regramento, no âmbito criminal, pelo Código Penal de 1982 que, em seus artigos 38 e 39⁴⁴, previu de forma expressa a figura do consentimento do ofendido, inclusive na sua modalidade presumida, como hipótese de justificação do fato típico.

Ao contrário, no ordenamento brasileiro, a mesma causa de justificação não mereceu atenção legislativa expressa, seja

⁴³ Por questões de estrutura da exposição e visando uma melhor sistematização da pesquisa, a figura hoje já apontada pela doutrina sob o nome de “assunção de riscos”, a par das discussões acerca da sua autonomia em relação ao regime do consentimento do lesado, ao invés de ser tratada neste item relativo às figuras afins, será abordada no item 4.1, junto com o consentimento tácito.

⁴⁴ Artigo 38. (Consentimento) 1. Além dos casos especialmente previstos na lei, o consentimento exclui a ilicitude do fato quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofender os bons costumes. 2. O consentimento pode ser expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido, e pode ser livremente revogado até a execução do facto. 3. O consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 14 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta. 4. Se o consentimento não for conhecido do agente, este é punível com a pena aplicável à tentativa. Artigo 39. (Consentimento presumido) 1. Ao consentimento efectivo é equiparado o consentimento presumido. 2. Há consentimento presumido quando a situação em que o agente actua permitir razoavelmente supor que o titular do interesse juridicamente protegido teria eficazmente consentido no facto, se conhecesse as circunstâncias e que este é praticado.

no revogado Código Bevilacqua, seja no hoje vigente Código de 2002. O mesmo ocorre em material penal, sustentando parte da doutrina⁴⁵, inclusive, que esta omissão legislativa seria intencional diante do caráter “evidentemente supérfluo” de um dispositivo a respeito.

Não obstante esta opção, fundada em suposta desnecessidade de regulamentação do tema, nada tem impedido a doutrina brasileira⁴⁶ de aceitar o consentimento do lesado como causa supralegal de justificação do ato danoso. Para tanto, o fundamento seria o mesmo que a fez constar no Código Civil português: objetivando o direito a tutela de uma gama significativa de interesses privados do sujeito, a disponibilidade sobre eles permite seja excluída a ilicitude de ato lesivo direcionado contra os referidos, desde que precedido de aquiescência do titular.

Por evidente, a ausência de regulamentação positiva no direito brasileiro restou por acarretar, a par do reconhecimento da sua existência e aplicação, certa desestrutura da matéria que, mesmo tendo inegável importância, não apresenta tratamento autônomo e sistematizado, seja na doutrina, seja na jurisprudência. Assim, do ponto de vista metodológico, a presente investigação, ao apresentar o tema em ambos os ordenamentos, buscará destacar a experiência portuguesa no trato do assunto e, na sequência, a compatibilidade da sua transposição ao ordenamento brasileiro, aferindo-se, ao cabo, a atual necessidade ou não de eventual regulamentação legislativa a respeito.

Como antes referido, o Código Civil português, na sua parte geral, no capítulo destinado às disposições gerais do

⁴⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 128.

⁴⁶ Neste sentido, GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 9ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 419, AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 3ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 535; STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 7ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 223, dentre outros. Na doutrina penal, exemplificativamente, merecem registro os ensinamentos de FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. A nova parte geral. 4ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 192, e TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilicitude penal...* cit., p. 128.

exercício e tutela dos direitos, apresenta diversas hipóteses de exclusão da ilicitude, dentre elas o consentimento do lesado, asseverando ser lícito o ato nesta condição cometido⁴⁷. É, pois, consagração expressa do princípio *in volenti non fit iniuria*, legitimando a possibilidade de o titular da proteção jurídica dela dispor, renunciando-a através do seu consentimento em relação ao ato lesivo.

O primeiro questionamento que se põe, assim, está relacionado à forma como ele se expressa. Segundo Karl Larenz⁴⁸, não se trata, aqui, de um consentimento no sentido do § 183 do BGB⁴⁹, nem da aceitação de um negócio jurídico⁵⁰, mas da autorização para a realização de ações positivas que restam por repercutir na esfera jurídica do autorizante, o que lhe dá contornos de declaração de vontade análoga às negociais.

⁴⁷ CORDEIRO, António Mezenes. *Da responsabilidade Civil...*, cit., p. 455, ao tratar da sua inserção na parte geral do Código, no capítulo dedicado à tutela privada, define o consentimento do lesado como “uma manifestação de liberdade subjacente à tutela privada”, mencionado, ainda, tratar-se de regra típica de responsabilidade civil, pelo que “a sua solene inclusão na parte geral do Código faculta mais um dos impressionantes equívocos imputáveis à classificação germânica pura”.

⁴⁸ LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Trad. espanhola de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959, t. II. p. 590

⁴⁹ Segundo o referido dispositivo do Código Civil alemão, consoante MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Trad. espanhola de Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, 1995, t. II, p. 870, “1. Se a eficácia de um negócio jurídico unilateral, que se tenha celebrado frente a outro, depende do consentimento de um terceiro, a concessão como a denegação do consentimento, pode declarar-se tanto frente a uma como frente a outra parte. 2. O consentimento não requer a forma estabelecida para o negócio jurídico. 3. Se um negócio jurídico unilateral, cuja eficácia depende do assentimento de um terceiro, celebra-se com o consentimento do terceiro, aplicam-se respectivamente as disposições do parágrafo 111, números 2 e 3”

⁵⁰ A referência de Karl Larenz à impossibilidade de simples aceitação de um negócio jurídico deve-se, por certo, à negação do pensamento defendido por Ernst Zitelmann, autor da já referida Teoria do Negócio Jurídico, para quem a justificação da conduta praticada com base no consentimento do lesado representava uma concessão negocial para que o autor do dano realizasse a conduta típica. Sobre o tema, inclusive com seus desdobramentos em matéria de teoria do crime, ver MEZGER, Edmundo. *Tratado...*, cit., p. 398 e ss. Em língua portuguesa, MAGALHÃES, Délio. *Causas de Exclusão...*, cit., p. 108-110.

Exatamente por isso é que o pensamento dominante tem o definido como um ato unilateral, não obstante encerre inegável natureza negocial, já que o seu titular poderá estabelecer os limites e o alcance desta autorização⁵¹; nas palavras de Ludwig Enneccerus⁵², pois, “é um negócio jurídico unilateral”⁵³.

Assim é que o consentimento que aqui interessa exprimido por meio de autorização, ato pelo qual o titular da proteção jurídica permite que terceiro intrometa-se na sua esfera particular⁵⁴. Terá, em razão disso, natureza integrativa, na medida em que não cria direitos por si só ao destinatário do consentimento; se assim não fosse, em havendo predomínio de uma natureza constitutiva, não haveria que se falar em autonomia da figura jurídica em questão, pois representaria mero exercício de um direito por parte do lesante, nascido a partir da autorização concedida pelo lesado⁵⁵.

Da mesma forma, tendo natureza negocial, para que possa excluir a ilicitude, exigir-se-á daquele que consente legitimidade, capacidade de gozo e capacidade de exercício para exprimi-lo válida e eficazmente⁵⁶, além de vontade corretamente formulada e exteriorizada⁵⁷, o que poderá ser feito por qualquer meio⁵⁸, salvo quando a lei exija algum em especial⁵⁹.

⁵¹ CORDEIRO, António Mezenes. *Da responsabilidade Civil...*, cit., p. 456.

⁵² ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de Obligaciones*. Atual. por Heinrich Lehmann. Trad. espanhola da 35ed. alemã por Blas Pérez Gonzalez e José Alger. Barcelona: Bosch, 1935, vol. II, p. 638.

⁵³ Conforme PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. Atual. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. 4ed. Coimbra: Coimbra, 2005.p. 385, entende-se por negócio jurídico unilateral aquele em que há uma única vontade negocial manifestada ou, pelo menos, se forem várias, serão paralelas, formadoras de um grupo único; por regra, afetam apenas a pessoa que os pratica ou, como no caso da autorização, afetam outra pessoa, mas com a finalidade de atribuir-lhe uma faculdade ou uma posição preferencial.

⁵⁴ JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio...*, cit., p. 270.

⁵⁵ JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio...*, cit., p. 270.

⁵⁶ CORDEIRO, António Mezenes. *Da responsabilidade Civil...*, cit., p. 456; BRIZ, Jaime Santos. *Derecho de Daños*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1962, p. 84.

⁵⁷ JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio...*, cit., p. 271.

⁵⁸ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal*. Parte Geral. A lei

Quanto à capacidade para consentir, independentemente da antes destacada inegável natureza negocial do ato, não coincidirá obrigatoriamente com aquela exigida para a generalidade das manifestações negociais. Para tanto, a este respeito, tem-se destacado que, em algumas hipóteses, bastará à incidência da causa de exclusão em exame a mera capacidade natural, desde que relacionada a disposições patrimoniais de pequena importância⁶⁰.

No que toca à vontade, fazem-se necessárias algumas referências, as quais, a par do interesse geral no presente momento, adquirirão contornos ainda mais significativos quando do tratamento acerca do consentimento tácito. Isso porque, para que o sujeito possa consentir em uma lesão a interesse protegido seu, deve ter plena ciência do que isso efetivamente representará, das suas reais consequências e efeitos, a fim de formar sua vontade de forma livre e desembaraçada. Em outras pala-

penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982. 3ed. Lisboa: Verbo, 1988, t. I, p. 176.

⁵⁹ Assim já reconheceu a jurisprudência portuguesa ao assentar que “[o] consentimento do lesado não exclui a ilicitude de um acto, como a transmissão do direito de propriedade sobre imóveis, que careça de escritura pública, quando falte a forma legal exigível” (PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. Recurso n. 9350409. Rel. Des. Antero Ribeiro. Julgado em: 11 out. 1993. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 14 abr. 2008).

⁶⁰ Esta é a posição defendida, dentre outros, por BELEZA, Teresa Pizarro. *Direito Penal*. Lisboa: AAFDL, 1980, vol. 2, p. 51; de igual modo, FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Lições...*, cit., p. 177. A dispensa da capacidade negocial, como antes destacado, não é irrestrita. A este respeito, observa JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio...*, cit. p. 271, que o limite para tanto será a regra do artigo 127, n. 1, alínea “b”, do Código Civil português, segundo o qual “[o]s negócios jurídicos próprios da vida corrente do menor que, estando ao alcance da sua capacidade natural, só impliquem despesas, ou disposições de bens, de pequena importância”. Daí que, segundo o autor, será relevante o consentimento justificador do menor – que não possui capacidade negocial – quando permite que terceiro utilize um brinquedo seu ou coma um alimento que lhe pertença, sendo irrelevante, na mesma linha, o consentimento dessa mesma criança para que outrem, v.g., utilize ou destrua um prédio que lhe pertence. Mesmo a minguia de igual regulação no Código Civil brasileiro, esta posição pode ser de igual modo aplicada naquele país por força da incidência da doutrina dos atos existenciais, alicerçada em fundamento idêntico ao que serviu de base ao artigo 127, n. 1, alínea “b” do congêneres português.

vras, o consentimento haverá de ser seriamente emitido e com pleno conhecimento da situação de fato⁶¹.

Os deveres de informação adquirem, aqui, portanto, significativa relevância, já que o conhecimento acerca dos elementos que envolvem o ato a ser praticado precisam ser plenamente compreendidos por aquele que manifestará seu consentimento; só após ser cientificado a respeito poderá ponderar os fatores envolvidos, os eventuais riscos, os custos e benefícios que lhe advirão do agir que seu consentimento pode legitimar. Em assim não sendo, poder-se-á verificar a incidência das diversas modalidades dos vícios da vontade, dentre eles o erro, o engano ou a coação⁶².

Após prestado, o consentimento é, de regra, revogável⁶³, salvo se houver manifestação expressa no sentido de que assim não seria possível ou – e principalmente – se a irrevogabilidade derivar da finalidade com que foi dado, em especial quando relativo a atos de disposição patrimonial e isso tenha sido feito no interesse do agente que age acobertado pela excludente⁶⁴. Assim, por exemplo, em anuindo o proprietário que se utilize bem seu, pode voltar atrás em relação a este consentimento até o momento em que realizado o ato lesivo, não podendo, após isso, já se tendo verificado a ação danosa sob o manto da excludente de ilicitude, pretender revogar o consentimento dado⁶⁵ e obter indenização por danos eventualmente sofridos⁶⁶.

⁶¹ BRIZ, Jaime Santos. *Derecho de Daños...* cit., p. 84.

⁶² FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Lições...*, cit., p. 176.

⁶³ Sobre a revogabilidade do consentimento, assinala ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, cit., p. 535, em ponderação perfeitamente transponível à responsabilidade civil, que esta não pode ser uma mudança de vontade meramente interna, exigindo manifestação exterior neste sentido.

⁶⁴ ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de Obligaciones*, cit., p. 387.

⁶⁵ Esta, aliás, no que toca ao tratamento criminal dispensado à matéria, é a expressa disposição do artigo 38, n. 2, parte final, do Código Penal português.

⁶⁶ Situação semelhante foi enfrentada pela jurisprudência portuguesa cujo precedente restou assim sumariado: “Autorizada pelos proprietários do quintal a ocupação de com vista ao depósito dos materiais necessários à obra edificada por outrem, a circunstância de o mesmo não poder ser cultivado e não produzir aquilo para que era

A disciplina relativa à forma como o consentimento expressa-se até aqui esboçada, por decorrer das regras gerais dos sistemas jurídicos e não de regulamentação específica, mostra-se compatível com os ordenamentos jurídicos português e brasileiro, os quais, nestas questões, restam por partilhar a maneira como a matéria pode ser vista.

Ainda, merecem referência as hipóteses em que a lei considera o titular do direito obrigado a consentir ou dispensa este consentimento para fins de justificação do ato, como ocorre, v.g., respectivamente, nos casos de passagem ou utilização de determinado prédio para fins de manutenção no edifício vizinho (artigo 1349, n. 1, do Código Civil português e artigo 1313, inciso I, do Código Civil brasileiro) ou nas hipóteses de exposição ou reprodução de imagem de pessoa pública, ressalvadas as limitações legais⁶⁷. Nestes casos, em verdade, a exclusão da ilicitude decorre diretamente da lei, seja quando determina o consentimento⁶⁸, seja quando o dispensa, não se encontrando relevância jurídica fundamental na aquiescência do lesado para fins de justificação do ato.

Ao cabo, também no que toca à manifestação do consentimento, é digno de nota o momento em que ela se dá, verificando-se a sua relevância para fins de exclusão da ilicitude.

A doutrina majoritária⁶⁹ costuma assinalar que, para fins de justificação do ato danoso, o consentimento do ofendido

apto não geraria o direito de indemnização dos primeiros, em virtude de operar a causa de justificação do ilícito consentimento do lesado a que se reporta o artigo 340º, n. 1, do Código Civil” (PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso de Revista n. 04B2751. Rel. Cons. Salvador da Costa. Julgado em: 23 set. 2004. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 17 fev. 2008).

⁶⁷ JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio...*, cit., p. 271.

⁶⁸ FARIA, Jorge Ribeiro de. *Direito das Obrigações*, cit., p. 450, nomina estas hipóteses como “consentimento coactivamente prestado”.

⁶⁹ Neste sentido posicionam-se COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*, cit., p. 501; VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*, cit., p. 552; SERRA, Adriano Vaz Serra. *Causas justificativas do fato danoso...*, cit., p. 107; DE CUPIS, Adriano. *Il Danno*, cit., p. 270; BRIZ, Jaime Santos. *Derecho de Daños*, cit., p. 85; ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, cit., p. 525, dentre outros.

deve ser prestado em momento anterior à sua prática. Em assim não sendo, a operar-se a aquiescência posteriormente à lesão, teria o simples efeito de renúncia à pretensão indenizatória, relacionada tão-só ao direito secundário (*diritto secundario*) decorrente do ilícito.

Em suma, seja em Portugal, seja no Brasil, se a concórdância do ofendido afasta o dever de abstenção de atuação na esfera jurídica alheia, a permitir a conduta do lesante, apenas o consentimento anterior a esta poderá ser excludente de ilicitude, fazendo com que, após praticada, tendo-se já revestido de contrariedade ao direito, possa o titular da pretensão ressarcitória apenas abrir mão do seu exercício; até porque, como de regra, as causas justificativas devem-se verificar antes do fato e não após.

Fernando Pessoa Jorge⁷⁰ manifesta posição divergente, questionando a impossibilidade de se considerar o consentimento posterior mera renúncia à indenização. Para tanto, sustenta que a conduta ilícita deve ser vista como um todo, não sendo razoável que o ato continue sendo considerado antijurídico – com todos os efeitos que lhe são próprios e não apenas com relação à irresponsabilidade civil do agente –, mesmo após consentimento da vítima, que, por isso, poderia importar na produção de efeitos retroativos⁷¹. Em não se aceitando a retroatividade para fins de exclusão da ilicitude, sustenta, ainda, posição intermediária segundo a qual o consentimento deveria implicar renúncia não apenas da indenização, “mas de todos os direitos que adviessem do caráter ilícito da lesão”⁷².

A preocupação apresentada mostra-se compreensível, porquanto se o ofendido, em momento posterior, termina por

⁷⁰ JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio...*, cit., p. 273 e ss.

⁷¹ Consoante assinala JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio...*, cit, p. 273, “a retroatividade só é, evidentemente, possível num plano ideal, no sentido de que a lei reconhece os efeitos de certo acto como se este tivesse determinada qualidade que historicamente não teve”.

⁷² JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio...*, p. 274.

ratificar o ato empreendido pelo lesante, não se mostraria adequado que se mantivessem todos os efeitos da ilicitude, exceto o dever de indenizar em relação ao qual a aquiescência seria considerada renúncia.

Permitir, todavia, a retroatividade dos efeitos do consentimento contraria a lógica e a melhor técnica, porquanto, nesta hipótese, quando o consentimento é dado, do ponto de vista jurídico, a conduta já se revestira de ilicitude, uma vez que a incidência da norma tuteladora é imediata (satisfaz, desde logo, o suporte fático hipotético)⁷³. Assim, aceitar a tese da retroatividade implicaria, como já dito, contrariar pressuposto elementar de direito segundo o qual as causas justificadoras operam-se sempre antes da prática do ato a que dizem respeito, porquanto, se verificadas depois, a ilicitude já está presente.

A solução tecnicamente mais correta, diante da natureza das figuras envolvidas, parece ser aquela que exige que o consentimento seja anterior ao ato, pois, se posterior, pelas razões já apresentadas, terá efeitos de mera renúncia da indenização. Nada impede, contudo, até mesmo por se mostrar mais equânime, a adoção da via alternativa antes apontada na doutrina de Fernando Pessoa Jorge: se é certo que a aquiescência posterior não pode ser tida como simples renúncia, não podendo, da mesma forma, retrotrair seus efeitos para fins de justificar o ato danoso, porque este já nasceu ilícito, é razoável que se entenda que implicará, assim, renúncia não só ao dever de indenizar, mas a todos os reflexos que o ato porventura venha a produzir no mundo jurídico, desde que estejam sob a disponibilidade do agente.

3. OS LIMITES DA JUSTIFICAÇÃO PELO CONSENTIMENTO

⁷³ Tanto que, neste particular, a doutrina costuma subdividir o assentimento em *consentimento*, quando prestado anteriormente ao ato a que se refere, e em *ratificação*, quando posterior. Neste sentido, ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de Obligaciones*, cit., p. 387.

Se é certo que o direito concede disponibilidade ao titular da proteção por ele conferida, fundamento este da justificação pelo consentimento do ofendido, hipóteses verificar-se-ão em que, diante da natureza dos interesses postos em causa, esta aquiescência não bastará a excluir a ilicitude do fato danoso.

Diante disso é que serão impostas uma série de limitações à relevância justificadora da anuência do titular do interesse em relação à conduta a que se refere, o que decorrerá, por assim dizer, da natureza indisponível da tutela conferida a diversos bens jurídicos.

Atento a isso, o Código Civil português, em seu artigo 340, n. 2, dispõe que “o consentimento não exclui, porém, a ilicitude do acto, quando este for contrário a uma proibição legal ou aos bons costumes”. Criou, desta forma, dupla limitação à excludente em estudo, fazendo com que não possa surtir efeitos nas hipóteses antes referidas.

Sem prejuízo de ter tratado a lei portuguesa de duas situações concretas – proibição legal e contrariedade aos bons costumes –, como já dito, a limitação dos efeitos do consentimento do lesado, em última análise, coincide com as hipóteses de indisponibilidade do direito relativa ao seu conteúdo em si⁷⁴, sendo que o teor do preceito legal apenas representa a concretização dessa impossibilidade⁷⁵.

⁷⁴ Em matéria de disponibilidade do direito, cumpre registrar que a limitação diz respeito não só ao seu conteúdo, mas também à sua titularidade, sendo necessário que, para dispor, o lesado seja titular da integralidade do direito, por decorrência lógica do princípio geral de quem ninguém pode dispor daquilo que não tem.

⁷⁵ Esta é a posição defendida, dentre outros, por FARIA, Jorge Ribeiro de. *Direito das Obrigações*, cit., p. 449, segundo o qual “[a] irrenunciabilidade pode derivar tanto de uma proibição legal como dos bons costumes”. No mesmo norte, LARENZ, Karl. *Derecho de Oligaciones*, cit., p. 590. Com sistematização diversa, JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio...*, cit., p. 271, quando trata da primeira hipótese do n. 2 do artigo 340 do Código Civil português (proibição legal), faz associação entre esta e a indisponibilidade do direito, dando a entender que a limitação decorrente da violação dos bons costumes não guardaria com ela – indisponibilidade – relação; ou seja, nestes casos, o titular até poderia ter disponibilidade sobre os interesses protegidos,

E isso se dá até mesmo em razão da própria origem do instituto, porquanto se a lei não confere liberdade (*rectius*: disponibilidade) ao sujeito para abrir mão daquela proteção por ela concedida, não poderá a sua anuência implicar em exclusão da ilicitude nos casos em que esta não exista.

Por essa razão é que, mesmo não havendo previsão expressa sobre a justificação pelo consentimento do lesado no direito brasileiro, a mesma limitação decorrente da indisponibilidade resta por ser-lhe aplicada⁷⁶, pois decorrente dos preceitos gerais do próprio ordenamento jurídico, ou melhor, da própria natureza dos bens jurídicos por ele tutelado.

Daí a pertinência de que a aferição dos limites do consentimento do lesado seja criteriosa e feita com base nas peculiaridades do caso concreto, objetivando bem se perceber as reais hipóteses em que a concordância adquire relevância jurídica em relação ao juízo de ilicitude. Ou seja, perceber não só os casos em que o consentimento verse sobre direitos indisponí-

o que permitiria o consentimento, mas como essa disposição resta por violar os bons costumes, surge a limitação à sua relevância. Este não aparenta ser o melhor entendimento, porquanto seja a proibição legal, seja a limitação pelo respeito aos bons costumes, ambas conduzem, em última análise, a uma indisponibilidade do direito que não precisa decorrer necessariamente da lei, mas do sistema como um todo. Tanto que, nos ordenamentos nos quais não há regulação da matéria, como no brasileiro, seja a indisponibilidade por afronta a proibição legal, seja por afronta aos bons costumes, costumam, de igual modo, ser reconhecidas. Daí que as impressões de CORDEIRO, António Menezes. *Tratado...*, cit., t. IV, p. 456, a respeito do confronto entre a disponibilidade em si ou aquela decorrente da forma como ela se manifesta parecem mais adequadas do ponto de vista da técnica. Segundo o autor, é necessário distinguir a indisponibilidade de um direito dos casos em que, não obstante haja disponibilidade, o consentimento seja ineficaz, pois o ato, em concreto, é que contraria proibição ou os bons costumes. Até porque, como aponta, em ambas as hipóteses, o consentimento manifestado será irrelevante para fins de exclusão da ilicitude.

⁷⁶ Esta é a posição da doutrina brasileira de AMARAL, Francisco. *Direito Civil*, cit., p. 535. O mesmo se verifica na doutrina espanhola, país onde, a exemplo do que ocorre no Brasil, também não tem regulamentação expressa do tema. A respeito, ver BRUTAU, José Puig. *Fundamentos de Derecho Civil*. Enriquecimiento injusto. Responsabilidad extracontractual. Derecho a la intimidad. Barcelona: Bosch, 1983, t. II, vol. III. p. 85; e ESTEVILL, Luis Pascual. *Derecho de Daños*. 2ed. Barcelona: Bosch, 1995, t. I. p. 534.

veis, mas também aqueles em que, não obstante haja disponibilidade, o consentimento seja ineficaz porque, ele próprio, contrarie proibição legal ou os bons costumes⁷⁷.

A par das ponderações de ordem geral até aqui traçadas, merecem exame as hipóteses específicas trazidas pela lei portuguesa, até mesmo para verificar a sua adequação como forma de regulamentação do tema.

No que toca à restrição decorrente de proibição legal, o exemplo que tem sido costumeiramente trazido pela doutrina⁷⁸ diz respeito à irrelevância de alguém consentir com a própria morte, uma vez que a vida é bem jurídico protegido nos ordenamentos jurídicos por meio da criminalização da conduta do homicídio⁷⁹.

Aqui, desde logo se pode perceber que o direito penal adquire função relevante na delimitação do território da disponibilidade do titular da proteção jurídica, havendo de distinguirem-se os casos em que o consentimento não afasta a incriminação daqueles em que resta por obstar a incidência da norma penal, seja porque pode funcionar como causa de justificação na esfera criminal, seja porque o não consentimento pode ser elemento do tipo⁸⁰.

⁷⁷ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal*, cit., p. 177.

⁷⁸ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*, cit., p. 312.

⁷⁹ Não obstante a intensa frequência com que dito exemplo é empregado para demonstrar hipótese de contrariedade à proibição legal, não se pode deixar de fazer referência a interessantes considerações acerca da (in)disponibilidade do bem jurídico vida feitas pela doutrina criminal. Neste particular, observa BELEZA, Teresa Pizarro. *Direito Penal*, cit., p. 516, que o fato de o legislador não criminalizar o suicídio (obviamente que quando falhado ou tentado) é um indicativo de que a indisponibilidade da vida humana é relativa. De igual modo, ainda segundo a autora, a punição diferenciada entre as condutas de homicídio e de auxílio ao suicídio bem demonstram que mesmo não tendo condão de excluir a ilicitude da conduta do agente, o consentimento do ofendido, na segunda hipótese, não é de todo irrelevante para o direito penal. Em sentido contrário, FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal*, cit., p. 175, sustenta a indisponibilidade absoluta do bem jurídico vida.

⁸⁰ JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio...*, cit., p. 272; ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, cit., p. 528; BELEZA, Teresa Pizarro. *Direito Penal*, cit., p. 513.

Na primeira hipótese, resta afastada a incidência da exclusão da ilicitude em comento, pois o consentimento é irrelevante quanto à incriminação, não podendo obstar a proibição legal que dela decorre; na segunda, quando por ele próprio já for excludente na ceara penal ou quando o tipo exija a existência de dissenso, a concordância do ofendido com o ato danoso poderá produzir a sua justificação na esfera cível.

Ainda sobre a restrição decorrente da lei, já saindo do campo de atuação do direito penal, é de ser observado que “[a]s hipóteses de proibição legal são bastante mais extensas do que poderia parecer, numa visão superficial”⁸¹, nelas se incluindo não só aquelas relativas aos direitos de personalidade e aos direitos de família, de um modo geral indisponíveis, mas também outras pontuais verificadas em matéria de direitos obrigacionais e reais⁸².

Quanto à restrição decorrente dos bons costumes, o exame da relevância do consentimento apresenta-se mais controvertido, justamente em razão da dificuldade de precisar os contornos do conceito jurídico indeterminado em questão⁸³.

A partir da sua evolução, desde a noção romana de *mores* até a inserção no direito codificado contemporâneo⁸⁴, amplos e

⁸¹ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado...*, cit., t. IV, p. 456.

⁸² Neste particular, CORDEIRO, António Menezes. *Tratado...*, cit., t. IV, p. 456, cita, por exemplo, os artigos 809, 836, n. 1, e 942, n. 1, todos do Código Civil português.

⁸³ A par da sua dificuldade, a doutrina é praticamente unânime em apontar a existência desta limitação pelos bons costumes, não obstante poucos tratem acerca dos melhores critérios para operacionalizar a sua aplicação. Neste sentido, ENNECCE-RUS, Ludwig. *Derecho de Obligaciones*, cit., p. 638; BRUTAU, José Puig. *Fundamentos...*, cit., p. 85; DÍEZ-PICAZO, Luis. *Derecho de Daños*. Madrid: Civitas, 2000, reimpr., p. 304; BRIZ, Jaime Santos. *Derecho de Daños*, cit., p. 83, dentre outros.

⁸⁴ São várias as referências encontradas aos bons costumes, tanto no Código Civil português quanto no congêneres brasileiro, podendo-se citar, exemplificativamente, naquele, os artigos 271, n. 1, 280, n. 2, 334, 340, n. 2, 465, alínea, “a”, 967, 1.422, n. 2, alínea “b”, 2.186, 2.230 e 2.245, e, neste, os artigos 12, 122, 187, 1.336, inciso IV, e 1.638, inciso III. A frequência mais evidente na lei civil portuguesa em comparação à brasileira provavelmente deva-se aos quase quarenta anos que separam a

variados foram os contornos dados à expressão “bons costumes”⁸⁵. Na atualidade, contudo, estas dimensões tem-se reduzido, podendo destacar, nomeadamente no campo das regras de comportamento sexual e familiar, um reconhecimento pelo direito civil da sua normatividade, a par de não a referir de modo expresso⁸⁶. A estes dois campos destacados – comportamento sexual e familiar – podem ser associadas, de igual sorte, as regras deontológicas afetas a dadas profissões⁸⁷, onde também poderá ser verificada uma certa normatividade atribuída aos bons costumes.

Daí que, com frequência, será possível encontrar na doutrina a delimitação do conteúdo do conceito em questão através de referência a “concepções ético-jurídicas dominantes na coletividade”⁸⁸, sendo, pois, conceito situado historicamente⁸⁹. Por

promulgação de ambos os Códigos, bem evidenciando a redução do campo operativo do conceito juridicamente indeterminado em questão ao longo dos tempos. O seu objetivo, entretanto, na maioria dos casos, guarda relação com a limitação da autonomia privada. Sobre o tema, CORDEIRO, António Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil*. 3reimp. Coimbra: Almedina, 2007, p. 1211

⁸⁵ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. 3ed. Coimbra: Almedina, 2007, Parte Geral, t. I, reimp., p. 699

⁸⁶ Neste particular, conforme observa CORDEIRO, António Menezes. *Tratado...*, cit., t. I, p. 709, “[o] Direito Civil reconhece regras a que empresta um conteúdo jurídico, mas que, por razões de circumspecta tradição, nunca refere de modo expresso. Estão nessas condições as regras de comportamento sexual e familiar e que, no fundamental, têm o seguinte conteúdo: não são admissíveis negócios jurídicos – excluídos os atos próprios do Direito da família e que a lei tipifica – que tenham por objecto prestações que envolvem relações familiares ou condutas sexuais”.

⁸⁷ Consoante leciona MONTEIRO, Jorge Sinde. *Estudos sobre a responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1983. p. 464, “os bons costumes não devem ser vistos apenas pelo prisma de uma ética individual, antes de abranger o setor de uma ética de ordenação (‘princípios de boa ordenação de uma sociedade’), em que se integram os deveres fundamentais das diversas profissões”.

⁸⁸ LIMA, Fernando Andrade Pires de; VARELA, João de Matos Antunes. *Código Civil Anotado*. 3ed. Coimbra: Coimbra, 1982, vol. I. p. 397.

⁸⁹ Discorrendo sobre o princípio da boa-fé, mas em digressão que se mostra, da mesma forma, pertinente no que toca aos bons costumes, MARTINS-COSTA, Judith. *Ação indenizatória – Dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo (parecer)*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 92, n. 812, jun. 2003, p. 79, esclarece que “o caráter situado do conhecimento e da compreensão, próprio dos

isso, será suscetível a influência direta do que a sociedade vive, das experiências que são verificadas no seu corpo social, apontando para valores inegavelmente consensuais e alargados, até mesmo como exigência de uma sociedade pluralista⁹⁰ e de um Estado Democrático de Direito.

Assim é que sua relação com os comportamentos humanos, nomeadamente como fonte de limitação da autonomia privada e, bem assim, de ilicitude, justifica-se no fato de que inobstante o ato consentido surja como um ato pessoal, tem relações necessárias com a coletividade⁹¹.

Por tudo isso, ter-se-á que a limitação do consentimento pelos bons costumes traz, no seu âmbito, um intuito de proteção de um interesse de mais amplo espectro, baseado no senso comum coletivo vigente no corpo social, sendo que a sua própria essência conformará os limites da autonomia que o direito confere no marco da própria esfera do interesse autorizante⁹².

O grande problema surge justamente aí, porquanto, para concretizar o conceito em debate, na busca da proteção destes ditos valores *difusos*, não raro lança-se mão de preceitos de ordem moral⁹³, o que se constitui em celeuma de difícil solução

fenômenos culturais, recobre a ciência jurídica, na medida em que essa constitui o resultado de um processo extraordinariamente laborioso e complexo de integração entre fatos e valores. Daí que toda a ciência jurídica ‘si constituye contestualmente’. E se é constituída contextualmente, é porque ‘la estructura del Vorverständnis coglie la storicità e la localizzazione come dimensione intrinseche al conoscere’”.

⁹⁰ FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato e Deveres de Proteção*. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 843.

⁹¹ Daí que, segundo parcela da doutrina, o que se objetivaria com a limitação pelos bons costumes é não permitir que uma ação individual possa afetar toda a sociedade ou, em outras palavras, especificamente no que toca à excludente de ilicitude em exame, impedir a legitimação de danos fundados na “*inmoralidad*” sob o fundamento de que não se pode aceitar que o consentimento da vítima possa excluir a ilicitude de fatos que “*contravienen las más elementares normas de la convivencia social y son esa clase de prejuicios a los que el Derecho niega la posibilidad de que el mero consentimiento de la víctima o del que los padece les exonere de su antijuricidad*” ESTEVILL, Luis Pascual. *Derecho de Daños*, cit., p. 534.

⁹² ESTEVILL, Luis Pascual. *Derecho de Daños*, cit., p. 534.

⁹³ Isto é o que se observa, v.g., nas lições de FERREIRA, Manuel Cavaleiro de.

tendo em conta que, em sociedades plurais como as hoje em dia verificadas, não é possível pretender-se consenso no que toca aos princípios relacionados à moral privada susceptíveis de garantir a segurança jurídica⁹⁴. Nisso reside a dificuldade de delimitação deste senso coletivo global que marcaria os contornos do conceito de bons costumes.

Tendo em conta estes marcos teóricos, o exemplo mais frequentemente encontrado na literatura jurídica⁹⁵ envolvendo a relação entre consentimento do lesado e bons costumes diz respeito à impossibilidade de a aquiescência do ofendido justificar práticas sado-masoquistas causadoras de lesões. Não há, contudo, consenso a respeito, existindo parcela da doutrina⁹⁶ que sustenta, nestas hipóteses, de modo contrário ao antes referido, a possibilidade de o consentimento justificar o ato lesivo, o que bem adianta a controvérsia existente acerca do tema.

É notório que na área relacionada a práticas sexuais, a progressividade da aceitação coletiva [ou seria melhor dizer da *indiferença* coletiva] das mais variadas tendências deve ser levada em conta, sendo certo que, para a delimitação do conceito de bons costumes, não há como se lançar mão de contornos muito rígidos acerca dos usos aceitáveis em sociedade. Daí porque propor Claus Roxin⁹⁷ que qualquer limitação por afronta aos bons costumes somente tenha lugar quando se possa depreender do próprio ordenamento jurídico uma clara reprovação legislativa em relação a determinada conduta, a qual, ainda, para tanto, deverá implicar em menoscabo de bens jurídicos que não estão submetidos à disposição plena do seu titular.

Diante disso, é notório constatar-se que o âmbito de apli-

Lições..., cit., p. 176, em especial quando o autor faz menção à “reprovação pela moral ou pela opinião comum (o sentimento geral sobre a moralidade [...])”. O mesmo também pode ser verificado nas obras de LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*, cit., p. 591, e ESTEVILL, Luis Pascual. *Derecho de Daños*, cit., p. 534.

⁹⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, cit., p. 530.

⁹⁵ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*, cit., p.312.

⁹⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, cit., p. 530.

⁹⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, cit., p. 530.

cação dos bons costumes como cláusula de limitação da relevância do consentimento do lesado está a se restringir cada vez mais, o que se deve, por certo, às crescentes pluralidades social e cultural hoje vivenciadas, as quais vêm a dificultar, em especial nos temas afetos a relações familiares e práticas sexuais, a demarcação do que é contrário ou não ao senso coletivo comum que lhe dá conteúdo.

Daí porque a forma mais adequada de regulação do tema talvez empregue referência apenas aos princípios de ordem pública, dentre eles o da dignidade da pessoa humana, tendência esta acolhida pelo próprio artigo 81, n. 1, do Código Civil português quando trata da limitação voluntária dos direitos de personalidade, exemplo que bem pode ser seguido pelo legislador brasileiro⁹⁸.

4 FORMAS ALTERNATIVAS AO CONSENTIMENTO EXPRESSO

Além do consentimento expresso, regra geral na hipótese de exclusão da ilicitude em apreço, podem-se verificar duas formas alternativas de aquiescência, a saber: o consentimento tácito e o consentimento presumido. Aquele é extraível do próprio sistema, porquanto, em teoria geral do direito civil, as declarações de vontade, em regra, podem-se dar de forma expressa ou tácita; este, não obstante a ausência de regulação legislativa na ordem jurídica brasileira, em Portugal, vem tratado no n. 3 do artigo 340 do Código Civil, segundo o qual “tem-se por consentida a lesão, quando esta se deu no interesse do lesado e

⁹⁸ Esta é a posição defendida por PINTO, Paulo Mota. *Direitos de Personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro*. Revista da AJURIS, Porto Alegre, v. 31, n.º 96, dez. 2004, p. 428, o qual menciona as dificuldades que advêm do manuseio do conceito de bons costumes “em face da complexidade e da pluralidade de mundivivências das sociedades contemporâneas”, referindo uma preferência pelo limite da ordem pública, não obstante em algumas hipóteses restem por induzir consequências iguais.

de acordo com a sua vontade presumível”.

4.1 CONSENTIMENTO TÁCITO E A IMPORTÂNCIA DA ASSUNÇÃO DOS RISCOS

A figura do consentimento tácito como causa excludente da ilicitude surge sistematizada na doutrina de forma intimamente ligada às atividades que, por natureza, envolvam risco, com os quais anui o agente ao delas participar, mesmo que não o faça por meio de declaração expressa⁹⁹. Daí porque o exemplo doutrinal mais frequente da sua ocorrência¹⁰⁰ guarde relação com os danos advindos da prática de esportes perigosos, tais como o boxe, as artes marciais, o rãguebi e, até mesmo, o futebol, as quais estariam justificadas pela excludente em exame¹⁰¹.

Nestes casos, segundo a construção desenvolvida, a aderência do agente à prática destas atividade, sabendo dos riscos que elas envolvem, autorizaria o ordenamento jurídico a considerá-la como consentimento tácito relativamente a eventuais danos que pudesse vir a sofrer, excluindo-se, pois, a sua ilicitude.

⁹⁹ FARIA, Jorge Ribeiro de. *Direito das Obrigações*, cit., p. 450, faz referência a “comportamentos sociais típicos” para designar o ato do sujeito consubstanciado na vontade de participar de determinada atividade, mesmo que perigosa, donde se pode extrair seu consentimento tácito em relação aos danos eventualmente verificados.

¹⁰⁰ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*, cit., p. 312; MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das Obrigações – Apontamentos*. 2ed. Lisboa: AAFDL, 2004, p. 108; VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*, cit., p. 554.

¹⁰¹ Da mesma forma, na doutrina de MEDICUS, Dieter. *Tratado...* cit., p. 733, é possível encontrar exemplo de consentimento tácito na hipótese daquele que aceita carona de condutor manifestamente desabilitado a conduzir. Na jurisprudência brasileira é possível identificar caso envolvendo paciente que aceita submeter-se a tratamento experimental com determinado medicamento e, em decorrência, termina por sofrer alguma seqüela em razão disso. Neste sentido: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70020090346. 9ª Câmara Cível. Rel. Des. Odone Sanguiné. Julgado em: 26 set. 2007. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 18 dez. 2007.

de¹⁰².

E esta possibilidade decorre do fato de que, como ensina José de Oliveira Ascensão¹⁰³, “as manifestações negociais podem fazer-se por meros comportamentos”, os quais podem ser considerados como declarações em sentido amplo. Por isso é que, ainda segundo o autor, para a identificação deste fenómeno, ao invés da expressão declaração tácita, seria preferível a denominação “comportamento concludente”¹⁰⁴.

O direito positivo, não raro, lança mão da expressão “declaração tácita”, como o faz, v.g., o artigo 217 do Código Civil português¹⁰⁵, pelo que, por decorrência, a denominação consentimento tácito acaba sendo empregada, podendo, por lógica, ser associado às hipóteses em que se deduza dos fatos que, com toda a probabilidade, o revelem¹⁰⁶.

¹⁰²Consoante assinala LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*, cit., p. 312, o consentimento tácito será, por isso, aquele que “resulte de um comportamento concludente do lesado”, o qual “envolve uma aceitação tácita e recíproca dos riscos de acidente”.

¹⁰³ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil - Teoria Geral*. 2ed. Coimbra: Coimbra: 2003, vol. II. p. 48.

¹⁰⁴Esta também é a posição de LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*, cit., p. 312. Não há, contudo, consenso em doutrina, havendo quem sustente a diferença entre comportamento concludente e declaração tácita. Assim, PINTO Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 25 e ss.

¹⁰⁵ O Código Civil brasileiro, não obstante deixe de empregar em seu texto a locução “declaração tácita”, traz diversos dispositivos que com ela guardam relação. São exemplos disso os seus artigos 191, 474, 659, 774 e 1.805, o primeiro deles, inclusive, fazendo referência à renúncia tácita da prescrição, definindo-a como aquela que “se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição”; traz, assim, aceção bastante próxima daquela encontrada para designar declaração tácita no Código Civil português, comungando, ambos, pois, de mesmo conteúdo.

¹⁰⁶ Neste particular, a jurisprudência portuguesa já reconheceu que, para fins de exclusão da ilicitude, pode o consentimento ser “expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido”, sendo que “nada permite concluir que tal expressão não possa configurar-se através de uma anuência tácita inequívoca, como é princípio geral de direito”. (PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Recurso n. 0000592. Rel. Des. Sousa Nogueira. Julgado em: 23 abr. 1996. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 17 fev. 2008). Tanto que já foi reconhecido, mesmo que para efeitos criminais, a

Aqui, é oportuno que se distinga manifestação tácita de silêncio, já que, ao contrário daquela, neste não há qualquer externalização de vontade¹⁰⁷; vale, contudo, como declaração negocial quando este valor decorra da lei, dos usos ou da vontade das partes, nos exatos termos dos artigos 218 e 111 dos Códigos Civis português e brasileiro.

Assim, em razão de tais pressupostos teóricos, é lícito afirmar que haverá, tanto no ordenamento português como no brasileiro, nestes casos, quando o comportamento do agente induza a exteriorização da sua aquiescência, efetivas formação e manifestação de vontade e não presunção acerca do consentimento¹⁰⁸. A diferença reside no fato de que a exteriorização dessa concordância não se dá de forma expressa, mas tácita, razão pela qual, segundo sustenta parte da doutrina¹⁰⁹, deverá ser interpretada restritivamente, incluindo apenas os danos estritamente presumíveis, situados dentro da margem de normalidade daquela atividade¹¹⁰.

justificação das lesões decorrentes de prática esportiva (futebol), uma vez que tacitamente consentida por aquele que dela participa. Cfr. PORTUGAL. Tribunal da Relação de Coimbra. Recurso n. 39/00. Rel. Des. João Trindade. Julgado em: 16 mar. 2000. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 12 ago. 2008. Da mesma forma, a jurisprudência brasileira, ao reconhecer o consentimento tácito dos pais justificador das lesões sofridas pelo filho que iniciou atividade como jogador de futebol nas categorias de base de determinado clube e, no seu desempenho, veio a romper os ligamentos do joelho direito em campo, afastando, portanto, o dever de indenizar. E isso porque “na prática desportiva do futebol, por sua própria natureza, o atleta é suscetível de sofrer chutes, golpes e choques de parte de atletas do clube adversário que, muitas vezes, resultam em lesões, inclusive graves” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70011788148. 9ª Câmara Cível. Rel. Des. Odone Sanguiné. Julgado em: 24 ago. 2005. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 18 dez. 2007).

¹⁰⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil*, cit., p. 51.

¹⁰⁸ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*, cit., p. 502.

¹⁰⁹ BRIZ, Jaime Santos. *Derecho de Daños*, cit., p. 84.

¹¹⁰ Nesta linha, entendendo que o consentimento tácito legitima apenas os danos normalmente decorrentes de dada atividade, asseverou o Supremo Tribunal de Justiça português que “em termos de vida real, é absurdo dizer-se que consentiu na lesão a pessoa que, ao ir comprar leite, é mordida por um cão ‘pastor alemão’, que guardava o gado do dono” (PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso de

Daí porque, no que toca às práticas esportivas que envolvam risco, é requisito à justificação que as lesões não decorram de conduta dolosa de quem as pratica, bem como que, na sua produção, não concorram condutas contrárias às regras do jogo¹¹¹. O fundamento desta posição, o qual se mostra acertado, é que, nestas hipóteses, a lesão extrapolaria os limites do consentimento decorrente da assunção dos riscos da atividade, porquanto estranhas à sua prática normal, não sendo dado ao participante, quando da aderência ao esporte, concordar que outros poderiam obrar com dolo na lesão ou que os seus regulamentos fossem desrespeitados.

Além disso, é forçoso concluir que os contornos do consentimento tácito deverão ser marcados pelo grau de conhecimento que o lesado tem dos riscos. Isto é, como já dito em momento anterior, a fim de que possa validamente formar e manifestar vontade, tal qual ocorre em relação ao consentimento expresso, mas, aqui, com maior relevo, o lesado deve ter acesso a todas as circunstâncias que envolvem uma determinada prática que, em tese, venha a ser exposto, recebendo as oportunas informações a respeito, a fim de que dela decida participar com liberdade¹¹².

Revista n. 085716. Rel. Cons. Cardona Ferreira. Julgado em: 20 jan. 1994. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 17 fev. 2008), afastando, com isso, a justificação das lesões sofridas pela vítima. Tal é assim porque, como destacado no próprio precedente, não era razoável ao ofendido pressupor que, ao dirigir-se àquele local, poderia ser mordido pelos cães que guardava o rebanho, tendo, com isso, assumido o risco em relação à ocorrência destas lesões.

¹¹¹ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*, cit., p. 502.

¹¹² Sobre a relevância dos deveres de informação, notadamente quando o consentimento envolva a assunção de riscos, oportuno referir decisão do Supremo Tribunal Administrativo português, o qual assentou que “os médicos dos estabelecimentos públicos de saúde têm o dever de prestar aos pacientes informações adequadas sobre a sua situação, as alternativas possíveis ao tratamento e a evolução provável do seu estado, em ordem a permitir-lhes uma opção esclarecida entre receber ou recusar os cuidados de saúde propostos” (PORTUGAL. Supremo Tribunal Administrativo. Recurso Jurisdicional n. 042434. Rel. Cons. Vítor Gomes. Julgado em: 09 mar. 2000. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 15 fev. 2008). A dificuldade, contudo, reside na amplitude do termo “informações adequadas”, dada a extrema

Até porque a ausência ou insuficiência de informação podem inquinar o ato de vício de consentimento, pois a sua formação fundar-se-ia em premissa equivocada. Por essa razão, serão aplicáveis a respeito as disposições acerca do erro na formação volitiva que, assim como a ignorância, conduz à uma falsa representação da realidade¹¹³, permitindo a manifestação de um consentimento verdadeiramente não desejado, já que correspondente a situação fática diversa daquela em que se daria¹¹⁴.

Sobre esta temática, é oportuno que se refira o caso das ações indenizatórias manejadas por fumantes que restaram com a saúde comprometida pelo consumo de tabaco. Abstraindo-se qualquer ponderação acerca da irrenunciabilidade dos direitos de personalidade – no caso, vida e saúde –, o que poderia, de antemão, afastar a incidência da causa de justificação em estudo, o ponto central da contenda envolvendo companhias fumageiras e usuários reside, justamente, no fato de saber se aquelas se desincumbiram do seu dever de informar estes acerca dos riscos do consumo do tabaco, possibilitando, assim, uma real

tecnicidade que envolve a ciência médica, bem assim todas aquelas que, da mesma forma, não obstante encerrem riscos, pressuponham conhecimentos específicos para a compreensão da informação. Exatamente por isso é que, na mesma linha da decisão antes referida, mas com conteúdo um tanto quanto mais restritivo, entendeu a jurisprudência brasileira que “informar o paciente do tratamento não quer dizer explicar todos os detalhes particulares que estão implicitamente conexos ou vinculados com o tratamento realizado segundo as *lex artis* ou que são inerentes à sua execução” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70009865544. 9ª Câmara Cível. Rel. Des. Luís Augusto Coelho Braga. Julgado em: 31 ago. 2005. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 18 dez. 2007), mas somente aqueles que forem necessários e suficientes à sua leiga compreensão dos acontecimentos.

¹¹³ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil*, cit., p. 135.

¹¹⁴ Ainda segundo ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil*, cit., p. 136, há que se diferenciar o erro na formação da vontade do erro na sua declaração. Enquanto naquele o erro foi responsável por uma formação volitiva equivocada, neste, o agente exprime defeituosamente sua intenção, ou seja, “[a] intenção, aí, formou-se bem. O vício está apenas na externalização”. Não obstante serem diversas, estarão sujeitas a regime análogo, tornando o consentimento dado irrelevante para fins de exclusão da ilicitude.

assunção tácita dos riscos, o que implicaria em exclusão da ilicitude.

Isso porque, para fins de justificar os danos advindos do fumo, alegam as empresas produtoras que os malefícios advindos do cigarro são de conhecimento geral, não havendo, pois, dever de informar acerca daquilo cujo conhecimento é amplo e irrestrito. A este argumento são contrapostos aqueles manejados pelos consumidores no sentido de que, nas décadas de 40 e 50 do século XX, quando os hoje demandantes iniciaram o hábito de fumar, não só não se divulgaram informações acerca dos riscos do consumo, como, ainda, a partir de intensa publicidade, construiu-se uma *glamourização* em torno do ato de fumar, fazendo com que os consumidores, após já dependentes do produto, quando, já na década de 80 daquele século iniciaram as campanhas governamentais de esclarecimento e informação, não mais conseguissem abandonar o vício.

No Brasil¹¹⁵, os Tribunais, não obstante a avaliação tenha de ser feita caso a caso, têm reconhecido, em algumas hipóteses, a responsabilidade das indústrias fumageiras sob a alegação de que não haveria como se falar em consentimento válido – excludente da ilicitude – quando as fornecedoras deixaram de informar os consumidores sobre os riscos do cigarro, ainda mais porque já naquela época dispunham dessas informações e se omitiram em repassá-las, não sendo elas, naquele período, de conhecimento amplo e geral, como se pretendeu fazer crer.

Assim, resta assente que, com efeito, para fins de que o consentimento seja validamente prestado pelo agente ao aderir a determinada atividade que envolva riscos, necessário que tenha as informações a respeito destes, podendo bem avaliar a

¹¹⁵ Não se tem notícia de demanda semelhante em Portugal. A respeito da evolução da jurisprudência em outros países, nomeadamente na França, nos Estados Unidos e na Alemanha, ver obra específica de autoria de MARQUES, Cláudia Lima. *Violação do dever de boa-fé de informar corretamente, atos negociais omissos afetando o direito/liberdade de escolha*. (parecer). Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 97, n. 835, mai. 2005, p. 75 e ss.

conveniência e oportunidade de praticá-la e, diante disso, arcar com estes riscos.

Em resumo, é usual exigir-se, para fins de justificação da conduta pela aquiescência tácita do ofendido, que os danos dela decorrentes estejam previstos dentro da normalidade daquela atividade determinada, não se admitindo que se aleguem riscos imprevisíveis ou que estavam fora da margem de suposição do autor do consentimento, com base nas informações de que ele dispunha a respeito.

Como se pôde até aqui delinear, a excludente do consentimento tácito vem, em grande parte, associada à assunção dos riscos de determinada prática, o que justificou, desta forma, a pretensão de dar-lhe autonomia jurídica. Esta tendência tem sido verificada, especialmente, em parte das doutrinas anglo-americana (*assumption of risk*), francesa (*acceptatio des risques*) e alemã (*Handeln auf eigene Gefahr*)¹¹⁶, não obstante, inclusive nestes sistemas jurídicos, mesmo a par de uma relativa autonomia da figura da “assunção do risco”, continue a se verificar a sua confluência com o princípio *volenti non fit iniuria* justificador da exclusão da ilicitude pelo consentimento tácito¹¹⁷.

Ocorre que esta pretensa autonomia, criadora de uma figura “nebulosa e heterogênea”¹¹⁸, tem chamado a atenção para pontos que, ao que parece, passaram despercebidos da construção original formulada pela doutrina clássica, não obstante fossem identificáveis na tradição romana que os justificou. Isso

¹¹⁶ PROENÇA, José Carlos Brandão. *A conduta do lesado...*, cit., p. 616.

¹¹⁷ PROENÇA, José Carlos Brandão. *A conduta do lesado...*, cit., p. 616, destaca, inclusive, que a orientação dominante na doutrina estrangeira, após certa contenda, tem apontado para a recusa de uma posição autônoma da figura da assunção dos riscos. Ainda, consoante destaca o mesmo autor, p. 620, no cenário jurídico português, o qual, em conjunto com o ordenamento brasileiro, é o objeto precípua deste estudo, “[o] escasso tratamento que a nossa doutrina dedicou (e dedica) à ‘assunção do risco’ não fornece subsídios bastantes para que se possa descortinar uma tomada de posição sobre a *vexata quaestio* da autonomia da figura”.

¹¹⁸ PROENÇA, José Carlos Brandão. *A conduta do lesado...*, cit., p. 615.

porque, em especial no que toca às práticas desportivas e aos riscos a elas associados, corriqueiramente relacionados com o consentimento tácito do lesado, não obstante se verifique a suposta “atribuição de um poder de lesão”¹¹⁹, pode-se constatar uma concomitante crença do sujeito de que esta não se verificará. Por isso é que, para muitos, pareceria irreal falar em consentimento tácito justificador de danos que, em verdade, o sujeito acredita que não se iriam concretizar¹²⁰.

Segundo Manuel Carneiro da Frada¹²¹, a solução para a controvérsia está na adoção da teoria da direção da vontade¹²², largamente aceita pelo Direito Penal, nos termos da qual “a declaração não releva, pode até nem existir, importando, isso sim, a direção da vontade de quem consente. Com isso, o consentimento do lesado amplia-se na direção de outras figuras”, restando por abarcá-las, dentre elas a assunção de riscos.

Desta feita, pelo que parece, ao se expor ao risco inerente a determinada atividade, o lesado direciona sua vontade e assente na eventual ocorrência de danos a ela intrínsecos, os quais restam justificados por este comportamento, que deve ser interpretado como consentimento tácito¹²³, permanecendo as hipóteses em apreço abrangidas pela figura ora estudada, sem justificativa, ao menos a partir da construção teórica hoje existente a respeito, para a construção de uma figura autônoma.

Do esboço apresentado é possível extrair que a falta de regulamentação legislativa do tema no ordenamento brasileiro não representa entrave para que a figura seja reconhecida e aplicada, tal qual ocorre na realidade jurídica portuguesa, mesmo que com contornos oscilantes. Não obstante não se pos-

¹¹⁹ PROENÇA, José Carlos Brandão. *A conduta do lesado...*, cit., p. 614.

¹²⁰ FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato e Deveres de Proteção*, cit., p. 77.

¹²¹ FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato e Deveres de Proteção*, cit., p. 77.

¹²² Para aprofundamentos sobre a teoria da direção da vontade e a sua operatividade em tema de exclusão da ilicitude pelo consentimento ver os ensinamentos de ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, cit., p. 534.

¹²³ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*, cit., p. 502.

sa encontrar a mesma preocupação doutrinária com que o tema vem sendo tratado em Portugal, o fato de reconhecer-se, no Brasil, o consentimento do lesado como causa suprallegal de justificação aliado à possibilidade genérica prevista no sistema de que as manifestações negociais possam ser expressas ou tácitas¹²⁴ aponta para uma uniformidade no tratamento das questões no âmbito comparativo proposto.

4.2 PRESUNÇÃO DE CONSENTIMENTO: A ATUAÇÃO EM INTERESSE ALHEIO

A mesma uniformidade aparente verificada nos ordenamentos português e brasileiro no que toca ao tratamento do consentimento tácito, porém, parece não poder ser afirmada em matéria de consentimento presumido¹²⁵. Isso porque a inexistência de regra codificada no Brasil, ao contrário do que ocorre no Código Civil português, induz, não raro, a um tratamento jurídico díspar acerca de questões faticamente idênticas, o que se pode imputar, por certo, a essa ausência de regulação, o que bem demonstra não ser ela tão supérflua como sustentado por parte da doutrina brasileira¹²⁶.

Como já antes referido, o artigo 340, n. 3, do Código Vaz

¹²⁴ Isso é o que se infere do artigo 107 do Código Civil de 2002, segundo o qual “[a] validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”.

¹²⁵ Segundo MAGALHÃES, Délio. *Causas de Exclusão...*, cit., p. 112, o consentimento presumido foi primeiro tratado por Ernst Zitelmann; na sequência, dedicou-lhe estudo monográfico Arndt, intitulado *Die mutmassliche Einwilligung als Rechtfertigungsgrund Strafr.*, sendo, entretanto que, segundo aquele autor, apenas com Edmund Mezger foi melhor desenvolvido, quando, então, restou associado à “gestão de negócios sem encargo”. Em sentido contrário, SERRA, Adriano Vaz. *Causas justificativas...*, cit., p. 108, identifica já na obra *Auschluss der Widerrechtlichkeit*, de Ernest Zitelmann, publicada em *Archiv f. d. c. Praxis*, n. 99, p. 104 e ss, a até hoje aceita associação entre o consentimento presumido e a “gestão útil de negócios”. A propósito, com extensa indicação bibliografia em língua alemã sobre o tema, ver as lições de JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado...*, cit., p. 413.

¹²⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilicitude penal...*, cit., p. 128.

Serra estatui que “[t]em-se por consentida a lesão, quando esta se deu no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível”. Ou seja, constitui uma ficção de consentimento¹²⁷ que a lei extrai do fato de a intervenção na seara alheia ter-se dado no interesse do próprio titular, ao contrário do que ocorre no consentimento tácito, em que a anuência prévia do ofendido existe, mas se exterioriza por meios outros que não uma declaração expressa. Por esta razão, tem sido tratado pela doutrina como uma causa de justificação *sui generis*¹²⁸.

Daí porque estar a figura frequentemente associada aos casos em que o titular dos interesses em causa não se encontra em condições de prestar seu consentimento, sem prejuízo de as circunstâncias concretas autorizarem presumir que, caso fosse transposta dita impossibilidade, o lesado, por certo, anuiria com a intervenção na sua seara juridicamente protegida.

Os exemplos mais comuns verificam-se, além dos casos de cirurgias de urgência realizadas sem a prévia aquiescência do paciente, os quais adiante melhor serão tratados, na hipótese daquele que arromba a porta da residência de um vizinho que se encontra em viagem para conter vazamento de água o qual, por certo, destruiria a residência antes do seu retorno (os danos causados na porta restam justificados pelo consentimento presumido do proprietário) ou do agente que abre correspondência de um amigo para fins de adotar providências imprescindíveis ao seu interesse, dada a sua impossibilidade momentânea de assim o proceder¹²⁹. Ainda, é frequente falar-se na hipótese do ato de correção praticado em relação a menor que se encontra sob os cuidados de pessoa distinta daquela que detém o poder parental¹³⁰, bem como no caso de quem ofende corporalmente o náufrago que se encontra em estado de desespero para, com

¹²⁷ MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das Obrigações*, cit., p. 108.

¹²⁸ JESCHECK, Hams-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado...*, cit., p. 413.

¹²⁹ MEZGER, Edmund. *Tratado...*, cit., p. 414.

¹³⁰ BRIZ, Jaime Santos. *Derecho de Daños*, cit., p. 84.

isso, poder salvá-lo da morte por afogamento¹³¹.

Diante disso, é possível afirmar, consoante o faz Edmund Mezger¹³², que a antijuridicidade desaparece a partir do consentimento presumido, o qual pressupõe “um juízo de probabilidade objetivo do juiz que expressa que o suposto lesado, se possuísse um completo conhecimento da situação de fato, teria, do seu ponto de vista pessoal, consentido na ação”.

O fundamento desta figura, em decorrência destas condições fáticas, guarda intrínseca relação com a gestão de negócios sem mandato¹³³ ou, pelo menos, com situação a ela análoga¹³⁴, pelo que os requisitos de ambas terão íntima identidade¹³⁵. Surgem, assim, dois pressupostos imprescindíveis a que a ingerência na esfera jurídica alheia, nestas hipóteses, reste justificada¹³⁶: um primeiro - *utiliter coeptum* -, relacionado com a intenção do agente em agir no interesse do titular do interesse em causa, e, um segundo, consubstanciado na atuação consoante sua vontade real ou presumível¹³⁷.

Neste aspecto, deve-se ter cuidado para que a formulação apresentada não induza em confusão entre vontade presumida do titular do interesse em causa e consentimento presumido. Isso porque a vontade do lesado pode ser efetivamente conhecida por parte daquele que atua acobertado pela excludente; tal, contudo, não faz com que se possa dizer que ele possui autorização para agir: a vontade é conhecida, mas o consentimento, em razão dessa vontade, é presumido. Noutros casos, porém,

¹³¹ MEZGER, Edmund. *Tratado...*, cit., p. 414.

¹³² MEZGER, Edmund. *Tratado...*, cit., p. 414.

¹³³ BRIZ, Jaime Santos. *Derecho de Daños*, cit., p. 84; FARIA, Jorge Ribeiro de. *Direito das Obrigações*, cit., p. 450.

¹³⁴ SERRA, Adriano Vaz. *Causas justificativas do fato danoso...*, cit., p. 108.

¹³⁵ VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*, cit., p. 553.

¹³⁶ JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio...*, cit., p. 278.

¹³⁷ Estes requisitos são aqueles estabelecidos pelos artigos 464 e 465, alínea “a”, ambos do Código Civil português. Não discrepa o regime da gestão de negócios contido no artigo 861 do Código Civil brasileiro, de igual forma aplicável na delimitação das hipóteses de consentimento presumido.

poderá a vontade ser presumível e, em decorrência desta presunção, também o consentimento ser implícito. Em suma, o consentimento sempre será presumido – se assim não for, a hipótese será de consentimento real –, sendo que a vontade poderá ser real ou presumida.

O importante é que estas presunções sejam pautadas por critérios objetivos¹³⁸, ou seja, que a partir de um “juízo do homem médio” possa-se valorar o caso concreto e concluir que, naquela situação, seria razoável presumir o consentimento de qualquer pessoa, diante dos interesses postos em causa e da ponderação entre as consequências da atuação e da abstenção.

Se o agente tem, todavia, conhecimento da vontade real do titular do bem jurídico, mesmo que esteja pautada por critério subjetivo, contrária àquela extraível do senso comum, ela – vontade real – prevalecerá. Isso é o que ocorre no caso de, na premência de lesão a determinado bem jurídico de pequeno valor, o agente, sabedor da grande estima e afeição que lhe nutre o *dominus*, sacrifica bem jurídico patrimonialmente mais valioso deste, salvaguardando o primeiro. Talvez, a partir de uma ponderação objetiva, diante da desproporção entre o valor econômico dos bens, pudesse crer que o consentimento não existiria; diante, porém, do fato de conhecer a vontade real do proprietário, a presunção do consentimento resta autorizada.

A questão relacionada ao conhecimento da vontade real do agente e as consequências da sua contrariedade ao consentimento pautado por padrões objetivos apresentará alguma controvérsia quanto versar sobre bens indisponíveis¹³⁹. Será im-

¹³⁸ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*, cit., p. 501.

¹³⁹ Exemplo frequente acerca do tema aponta para o caso daquele que agride alguém que se afoga com o fim exclusivo de salvar-lhe a vida e, depois, descobre que se tratava de um suicida; assim, mesmo que *a posteriori* venha-se a saber que a vontade do titular da proteção jurídica apontava em sentido contrário à atuação do agente, este permanecerá acobertado pela excludente em decorrência da natureza indisponível da vida. Nestas hipóteses, conforme MAGALHÃES, Délio. *Causas de Exclusão...*, cit., p. 114, “o consentimento presumido prevalecerá até contra a vontade expressamente declarada”, isso em função da indisponibilidade, pelo lesado, do

prescindível, desta feita, levar novamente em conta as ponderações já apresentadas quando se tratou da indisponibilidade dos interesses postos em causa, o que, por oportuno, adiante se fará.

Contudo, e daí a importância de que, desde logo, adentre-se no tema, as situações práticas relacionadas ao consentimento presumido justificador verificam-se, com maior frequência, nas hipóteses de intervenções médicas de urgência, nas quais a vítima, não obstante careça de pronto atendimento interventivo, não se encontra em condições de anuir com tal procedimento¹⁴⁰.

Nestes casos, no ordenamento jurídico português, por força da regra explícita do artigo 340, n. 3, do Código Civil, o consentimento do lesado é presumido em decorrência da intervenção na sua esfera juridicamente protegida vir em seu benefício ou interesse, no caso, na manutenção da sua vida e saúde, justificando-se eventuais lesões que para tal fim maior sejam necessárias.

A situação é passível de maior controvérsia na ordem jurídica brasileira, em decorrência, como já asseverado, da ausência de regramento expresso. Tal, contudo, não impede que situações desta natureza sejam verificadas no mundo dos fatos e, desta feita, exijam respostas efetivas do sistema.

Daí decorrerá a necessidade de um maior esforço do intérprete na tentativa de excluir a ilicitude do comportamento inicialmente contrário ao direito, justificando-o em razão da necessidade premente da intervenção e da impossibilidade da prévia anuência do interessado, quanto mais porque seu consentimento é presumível a partir de uma vontade também presumida sua (manter a própria vida).

Ocorre que a mencionada ausência de regulamentação do tema em preceito autônomo do Código Civil, tal qual existente

interesse jurídico em causa.

¹⁴⁰ LARENZ, Karl. *Derecho de Oligaciones...* cit., p. 591.

no congêneres português, tem conduzido a uma série de soluções díspares para casos idênticos, contribuindo para uma atecnia acerca da melhor solução jurídica para as hipóteses de intervenções médicas não expressamente consentidas.

A posição mais usualmente encontrada parece ser aquela que associa a intervenção urgente à ocorrência de um estado de necessidade justificador. Para parte da doutrina, seja civil¹⁴¹, seja penal¹⁴², no que segue acompanhada por parcela da jurisprudência¹⁴³, nestes casos, “[f]undamenta-se o estado de necessidade porque a conduta do médico visa afastar perigo atual ou iminente a bem jurídico alheio (vida do paciente), cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”¹⁴⁴.

A compreensão e o exame da viabilidade de tal solução jurídica pressupõem o conhecimento de como a matéria relacionada ao estado de necessidade vem tratada na ordem jurídica brasileira. O artigo 188, inciso II, do Código Civil, sem fazer referência expressa à excludente do estado de necessidade, refere que não constituem atos ilícitos “a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente”¹⁴⁵.

¹⁴¹ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 2ed. Rio de Janeiro: Forense, 1950, p. 280.

¹⁴² PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Parte especial. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, vol. 2, p. 276.

¹⁴³ Neste sentido, “Apelação cível. Responsabilidade civil. [...] Intervenção cirúrgica de urgência. Ablação do rim direito do autor. Solução emergencial, adotada no decorrer do ato cirúrgico, com o fito de preservar a vida do demandante, sob risco iminente. Consentimento prévio do autor e dos seus familiares que não se afigurava necessário, nesse contexto, em face do estado de necessidade e da situação de perigo iminente [...]”. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70005386727. 9ª Câmara Cível. Rel. Juiz Miguel Ângelo da Silva. Julgado em: 23 mar. 2005. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 13 abr. 2008).

¹⁴⁴ PRADO, Luiz Regis. *Curso...*, cit., p. 276.

¹⁴⁵ Na ordem jurídica portuguesa, por força do artigo 339, n. 1, do Código Civil, tem-se que “[é] lícita a ação daquele que destruir ou danificar coisa alheia com o fim de remover perigo actual de um dano manifestamente superior, quer do agente, quer de terceiro”. Não obstante a regra nada diga expressamente a respeito, a doutrina

Ora, pelo que se vê, o dispositivo de regência faz menção expressa à necessidade de que os interesses sacrificados sejam alheios – leia-se, aqui, alheio ao sujeito que age e alheio ao sujeito que se beneficia do agir –, de modo que, na mesma linha do que vem sendo sustentado pela doutrina portuguesa, não é da melhor técnica interpretativa fazer coincidir na mesma pessoa a titularidade do bem jurídico atingido pelo ato acobertado pelo estado de necessidade com a titularidade dos interesses salvaguardados pelo agir tornado lícito pela excludente¹⁴⁶.

Diante dessas ponderações, mostra-se inadequada a justificação dos atos cirúrgicos de urgência realizados sem o prévio consentimento do paciente com base no estado de necessidade, pois, para tanto, será necessário fazer coincidir na mesma pes-

tem entendido que “[o] estado de necessidade só se coloca se o sacrifício de bens patrimoniais for realizado no âmbito de uma esfera jurídica distinta daquela ameaçada por um perigo manifestamente superior”, o que excluiria a possibilidade de coincidência entre a titularidade dos bens atingidos e daqueles que venham a ser sacrificados, tal qual ocorre nos casos de cirurgias de emergência desprovidas de consentimento prévio. LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*, cit., p. 276. Isto se extrai da conjugação das expressões “coisa alheia” e “quer do agente, quer de terceiro”, o que autoriza a interpretar que aquela não pode dizer respeito a estes. Com base no mesmo raciocínio, VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*, cit., p. 550, sustenta que “[s]e, para salvar interesse alheio, o agente sacrifica um interesse próprio [...], não é o estado de necessidade, mas a gestão de negócios ou a responsabilidade civil, que lhe facultará a possibilidade de indemnização dos danos que sofrer”. Daí porque se conclui que a “coisa alheia” sacrificada não possa pertencer àquele que age acobertado pela excludente ou àquele que se beneficia da atuação justificada.

¹⁴⁶ Ao que se tem conhecimento, a doutrina civilista brasileira silencia totalmente acerca destas hipóteses, nada referindo sobre a necessidade de que os interesses sacrificados sejam alheios ao agente e ao beneficiário do estado de necessidade. Talvez tal se possa inferir das lições de CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 42, em especial quando afirma, sobre o estado de necessidade, que “[q]uando o direito de alguém está em conflito com o direito de outrem, a lei permite que o conflito seja resolvido pelo desaparecimento ou cessação transitória do direito menos valioso do ponto de vista ético e humano”. Assim, ter-se-ia que a figura em exame pressupõe conflito de interesses de titularidades diversas, tal qual sustentado por parte da doutrina portuguesa. LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*, cit., p. 276.

soa a condição de lesado, de titular do bem atingido e de titular dos interesses salvaguardados pela ação justificada, o que não se mostra adequado.

Ainda no que toca ao tratamento dado pelo direito brasileiro ao caso das cirurgias não expressamente consentidas, a questão, do ponto de vista da dogmática jurídica, fica ainda mais controversa quando se atenta à regra contida no artigo 46 do Código de Ética Médica (Resolução n. 1.246/88, do Conselho Federal de Medicina), segundo a qual é vedado ao médico “efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévio do paciente ou de seu responsável legal, salvo em iminente risco de vida”¹⁴⁷. Isso porque, ao não fazer referência a qualquer das figuras especiais de exclusão da ilicitude, não obstante esteja a tratar do consentimento presumido, dá a entender que o profissional da saúde, nestas hipóteses, age no cumprimento de dever legal de zelar pela vida do paciente, o que, inclusive, negaria relevância jurídica à aquiescência do lesado¹⁴⁸.

Também não parece ser esta a melhor interpretação, porquanto ao tratar a questão dentro da disciplina da excludente geral do exercício regular de direito ou do cumprimento de

¹⁴⁷ Não é diversa a regra do artigo 146, parágrafo 2º, inciso I, do Código Penal brasileiro, o qual, quando trata do crime de constrangimento ilegal, exclui o seu âmbito de incidência a hipótese de “intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida”.

¹⁴⁸ Esta posição já foi acolhida por parte da jurisprudência brasileira ao assentar que “o profissional da saúde tem o dever de, havendo iminente perigo de vida, empreender todas as diligências necessárias ao tratamento da paciente, independentemente de consentimento dela ou de seus familiares”, consentimento este que, no caso, em decorrência de convicções religiosas, apontava em sentido contrário à intervenção médica a ser realizada. O Tribunal, em razão disso, entendeu que falecia interesse processual ao nosocômio em buscar autorização judicial para agir em sentido contrário à convicção religiosa do paciente, pois, nesta hipótese, mesmo à vista do dissenso, estaria o médico agindo em cumprimento a dever legal. Neste sentido: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70020868162. 5ª Câmara Cível. Rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack. Julgado em: 22 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 18 dez. 2007.

dever, deixa-se-lhe de impor os limites verificados quando tratada no âmbito do consentimento presumido do lesado – que a atuação ocorra no interesse do titular do bem jurídico em causa e de acordo com a sua vontade real ou presumível –, os quais decorrem da aplicação analógica do regime da gestão de negócios. A margem de atuação resta por apresentar-se demasiado lata, desconsiderando os interesses daquele a quem a ordem jurídica concedeu a disponibilidade – mesmo que parcial ou restrita – sobre os interesses protegidos, uma vez que, em prevalecendo esta interpretação, o objetivo primordial do agir não será a satisfação do interesse alheio, como na gestão de negócios, mas o cumprimento do dever daquele que age.

A única conveniência desta interpretação – justificação pelo cumprimento de dever – reside nas hipóteses em que aquele que age tem conhecimento da vontade expressa do titular do interesse, a qual aponta para o dissenso quanto ao ato médico necessário, não obstante, à luz de preceitos objetivos, a melhor opção apontasse para a atuação consentida.

Esta hipótese coincide com os já referidos casos em que o paciente encontra-se em situação de urgência, carecendo de pronta intervenção; ocorre que, não obstante não se possa manifestar de modo expresso, sua vontade é conhecida e indica no sentido da não-realização do procedimento – seja cirúrgico, seja de transfusão de sangue – com frequência por razões religiosas.

A solução, aqui, todavia, não reside no regramento que trata do consentimento presumido, o qual, como dito, deve ceder diante da vontade real do sujeito, mesmo quando pautada por critérios subjetivos, não obstante eventual vontade presumível a partir de preceito objetivo indicasse em sentido contrário. A controvérsia assentar-se-á na disponibilidade dos direitos envolvidos, nomeadamente à vista do princípio da dignidade da pessoa humana e do seu objetivo último de proteger o sujeito dele próprio, não sendo necessário que, para fins de negar rele-

vância à vontade do lesado, tenha-se de recorrer à figura de justificação do exercício de dever.

Em sendo considerado disponível o direito, a vontade real prevalece, não havendo consentimento justificador; em prevalecendo, contudo, a tese da indisponibilidade, que, aliás, parece ser majoritária na jurisprudência¹⁴⁹, mesmo não sendo acompanhada pela doutrina¹⁵⁰, a ação será lícita, tudo se resolvendo dentro da figura do consentimento do lesado, sem necessidade de recurso a outros institutos.

Diante do panorama apresentado, é notória a carência de regulamentação, na ordem jurídica brasileira, da figura do consentimento do lesado como causa excludente da ilicitude, notadamente na hipótese em que este consentimento não pode ser previamente colhido e a atuação se dá em benefício do próprio interessado (presumido), a exemplo do que fez o artigo 340 do Código Civil português, possibilitando, em decorrência disso, a sistematização da matéria e a solução harmônica das hipóteses que exijam a intervenção do direito a fim de serem resolvidas.

CONCLUSÃO

Encerrada a exposição, algumas ponderações merecem ser feitas no que toca ao tema proposto, em especial a partir da

¹⁴⁹ Exemplificativamente: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível n. 20001556/RS. 3ª Turma. Rel. Juíza Vânia Hack de Almeida. Julgado em: 24 out. 2006. Disponível em: <<http://www.justicafederal.gov.br>>. Acesso em: 04 mar. 2008. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 132720-4/9. 5ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Boris Kauffmann. Julgado em: 26 jun. 2003. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 08 abr. 2008; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70020868162. 5ª Câmara Cível. Rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack. Julgado em: 22 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 08 abr. 2008, dentre tantos outros.

¹⁵⁰ Sobre o tema, ver, dentre outras, obra específica de BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito de recusa de pacientes submetidos a tratamento terapêutico às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas*. Revista dos Tribunais, São Paulo, a. 90, n. 787, pp. 493-507, mai. 2001, especialmente p. 495 e ss.

análise apresentada sobre a forma como se apresenta a relevância do consentimento do lesado em tema de responsabilidade civil nas ordens jurídicas em exame.

É notória a superioridade da regulação legislativa existente em Portugal em tema de responsabilidade civil. A legislação brasileira, mesmo sendo recente, apresenta uma série de falhas, designadamente no que toca ao conceito de ilicitude e às suas causas de exclusão (artigos 186 e 188 do Código Civil), exigindo atenção do interprete a fim de bem aplicá-las, sendo o exemplo português de grande ajuda.

O mesmo ocorre no que pertine à regulação do consentimento do lesado, mostrando-se equivocado o então caráter supérfluo que motivou deixar de introduzi-lo como causa de justificação no Código Penal brasileiro. Assim também no direito civil onde, sem qualquer razão aparente, o tema vem sendo negligenciado, abrindo margem, diante da omissão legislativa verificada, para inúmeras confusões quando da sua aplicação, dada a completa desorientação dos operadores do direito na sua concretização.

De igual modo, o tema não vem merecendo a atenção necessária por parte da doutrina, o que ocorre, mesmo que em menor grau, inclusive em Portugal. Isso porque o consentimento do lesado tem recebido, na maioria das vezes, restrito tratamento, diluído dentro do livro do direito das obrigações, quando do exame das hipóteses de exclusão do dever de indenizar, sem maiores ponderações a respeito, limitando-se, a maior parte dos autores, a fazer-lhe referência, com reprodução daquilo que expressamente consta já na lei civil.

É consenso, contudo, que, quando prestado, excluirá a ilicitude da conduta, afastando o surgimento do dever de indenizar, não como uma renúncia ao direito de crédito, mas como uma disposição do *diritto primario* em si.

As maiores controvérsias, seja em Portugal, seja no Brasil, dizem respeito aos limites da sua relevância, nomeadamen-

te quando digam respeito a direitos indisponíveis, dentre eles os de personalidade, isto em decorrência das controvérsias existentes acerca do alcance desta (in)disponibilidade.

De igual modo, o regime jurídico alternativo ao consentimento expresso, consubstanciado nas formas tácita e presumida, é de aplicação prática bastante importante, sendo oportuno o seu adequado tratamento.

Como referido, a figura do consentimento tácito é de estruturação relativamente fácil a partir das regras gerais da teoria geral do direito civil, em ambas as ordens jurídicas analisadas, o que não pode ser de igual modo dito no que toca ao consentimento presumido; neste aspecto, a regulação portuguesa é exemplar (artigo 340, n. 3, do Código Vaz Serra), sendo exemplo a ser seguido pelo legislador brasileiro, solvendo o impasse hoje existente na doutrina e na jurisprudência deste país acerca da resolução dos casos práticos a ele correspondentes.

Assim é que se mostraria adequada uma revisão do artigo 188 do Código Civil de 2002, no sentido de nele incluir o consentimento do lesado como causa de exclusão da ilicitude, não só na sua modalidade expressa, mas também tácita e presumida, tomando-se, para tanto, como exemplo, o reconhecidamente eficiente modelo do artigo 340 do Código Civil português de 1966.



REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 3ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil - Teoria Geral*. 2ed. Coimbra: Coimbra: 2003, vol. II.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito de recusa de pacientes submetidos a tratamento terapêutico às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas*. Revista dos Tribunais, São Paulo, a. 90, n. 787, pp. 493-507, mai. 2001.
- BELEZA, Teresa Pizarro. *Direito Penal*. Lisboa: AAFDL, 1980, vol. 2.
- BRIZ, Jaime Santos. *Derecho de Daños*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1962.
- BRUTAU, José Puig. *Fundamentos de Derecho Civil*. Enriquecimiento injusto. Responsabilidad extracontractual. Derecho a la intimidad. Barcelona: Bosch, 1983, t. II, vol. III.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6ed. São Paulo: Malheiros, 2006
- CORDEIRO, António Menezes. *Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*. Lisboa: Lex, 1997.
- _____. *Tratado de Direito Civil Português*. 3ed. Coimbra: Almedina, 2007, Parte Geral, t. I, reimp.
- _____. *Tratado de Direito Civil Português*. Coimbra: Almedina, 2007, Parte Geral, t. IV, reimp.
- _____. *Da Boa Fé no Direito Civil*. 3reimp. Coimbra: Almedina, 2007c.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 7ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- DE CUPIS, Adriano. *Il Danno – Teoria general della responsabilità civile*. 3ed. Milano: Giuffrè, 1979.
- DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 2ed. Rio de Janeiro: Forense, 1950.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. *Derecho de Daños*. Madrid: Civitas, 2000, reimp.

- ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de Obligaciones*. Atual. por Heinrich Lehmann. Trad. espanhola da 35ed. alemã por Blas Pérez Gonzalez e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1935, vol. II.
- _____. *Derecho Civil (Parte General)*. Atual. por Hans Carl Nipperdey. Trad. espanhola da 39ed. alemã por Blas Pérez Gonzales e José Alguier. Barcelona: Bosch, 1935, vol. II.
- ESTEVILL, Luis Pascual. *Derecho de Daños*. 2ed. Barcelona: Bosch, 1995, t. I.
- FARIA, Jorge Ribeiro de. *Direito das Obrigações*. Coimbra: Almedina, 1991, t. I.
- FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal*. Parte Geral. A lei penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982. 3ed. Lisboa: Verbo, 1988, t. I.
- FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato e Deveres de Proteção*. Coimbra: Coimbra, 1994.
- _____. *Direito Civil*. Responsabilidade Civil. O método do caso. Coimbra: Almedina, 2006.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. A nova parte geral. 4ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 9ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- JESCHECK, Hams-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. 5ed. Trad. espanhola de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.
- JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 1995, reimp.
- LARENZ, Karl. *Derecho de Oligaciones*. Trad. espanhola de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959, t. II.
- LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*. Coimbra: Almedina, 2000, vol. I.

- LIMA, Fernando Andrade Pires de; VARELA, João de Matos Antunes. *Código Civil Anotado*. 3ed. Coimbra: Coimbra, 1982, vol. I.
- LOURENÇO, Paula Meira. *A função punitiva da responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra, 2006.
- MAGALHÃES, Délio. *Causas de Exclusão do Crime*. São Paulo: Saraiva, 1968.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Violação do dever de boa-fé de informar corretamente, atos negociais omissos afetando o direito/liberdade de escolha*. (parecer). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 97, n. 835, pp. 75-133, mai. 2005.
- MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das Obrigações – Aparentamentos*. 2ed. Lisboa: AAFDL, 2004.
- MARTINS-COSTA, Judith. *Ação indenizatória – Dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo* (parecer). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 92, n. 812, pp. 75-99, jun. 2003.
- MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Trad. espanhola de Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, 1995, vol. I e II.
- MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. espanhola de Jose Arturo Rodriguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1946.
- MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra, 1985.
- MONTEIRO, Jorge Sinde. *Estudos sobre a responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1983.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Parte especial. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, vol. 2.
- PRATA, Ana. *Cláusulas de Exclusão e Limitação da Responsabilidade Contratual*. Coimbra: Almedina, 1985.
- PROENÇA, José Carlos Brandão. *A conduta do lesado como*

- pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*. Coimbra: Almedina, 1997.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. Atual. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. 4ed. Coimbra: Coimbra, 2005.
- PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995.
- _____. *Direitos de Personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro*. Revista da AJURIS, Porto Alegre, v. 31, n.º 96, pp. 407-437, dez. 2004.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. espanhola de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, t. I
- SANTOS, Maurício Macêdo dos; SÊGA, Viviane Amaral. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=988>>. Acesso em: 12 abr. 2008.
- SERRA, Adriano Vaz. *Causas justificativas do fato danoso*. Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, n. 85, pp. 104-109, abr. 1959.
- STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 7ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*. 9ed. Coimbra: Almedina, 1998, vol. I.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Responsabilidade Civil. 6ed. São Paulo: Atlas, 2006, vol. IV.