

CESAR ANTONIO BOND DUARTE FILHO

**O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO
NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL**

**Monografia apresentado como requisito
à obtenção de título, pelo acadêmico
Cesar Antonio Bond Duarte Filho, do
curso de Direito da Universidade
Federal do Paraná.**

Professor: Luiz Chemin Guimarães

**CURITIBA
SETEMBRO 2004**

TERMO DE APROVAÇÃO


CESAR ANTONIO BOND DUARTE FILHO


O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO

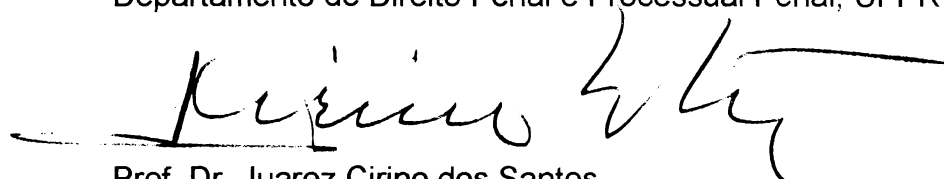
NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:


Orientador:


Prof. Dr. Luiz Chemim Guimarães
Departamento de Direito Penal e Processual Penal, UFPR


Prof. Dr. Rolf Koerner Junior
Departamento de Direito Penal e Processual Penal, UFPR


Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos
Departamento de Direito Penal e Processual Penal, UFPR

Curitiba, 05 de outubro de 2004

O ofendido


Dedico este trabalho a minha mãe, Mari e ao meu pai,
Cesar.

A minha mãe pelos seus ensinamentos de perseverança
e ao meu pai por seu constante otimismo.

Agradeço,

a Michelle pela paciência e compreensão diante das infindáveis horas tomadas por este estudo,

a Juliana, Claudia, Renata, João e todos os meus outros amigos que sempre me ajudaram nos estudos e nas pesquisas.

ao professor orientador Luiz Chemin Guimarães, a quem reconhecidamente cumpre o ministério da formação, pela orientação, pela compreensão e pela magnificência com que utiliza e compartilha seus saberes jurídicos.

SUMÁRIO

RESUMO	v
1 INTRODUÇÃO.....	1
2 O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO : UMA VISÃO GERAL	2
3 AS TEORIAS ACERCA DO CONSENTIMENTO.....	5
3.1 A TEORIA DE FEUERBACH.....	5
3.2 A TEORIA DO NEGÓCIO JURÍDICO.....	5
3.3 TEORIA DA AÇÃO JURÍDICA E OS CRITÉRIOS DE MEZGER E WELZEL.....	9
3.4 TEORIA DOS VALORES	10
4 LEGISLAÇÃO COMPARADA	10
5 LEGISLAÇÃO E DOUTRINA BRASILEIRA.....	12
5.1 O CONSENTIMENTO COMO EXCLUDENTE DE TIPICIDADE OU DE ANTI JURIDICIDADE	13
6 ASPECTOS E REQUISITOS DE VALIDADE DO CONSENSO	14
6.1 ANTERIORIDADE DO CONSENTIMENTO	14
6.2 OS BENS JURIDICAMENTE DISPONÍVEIS E INDISPONÍVEIS	16
6.3 CAPACIDADE PARA CONSENTIR	21
6.4 INEFICÁCIA E O ART 15 DO CÓDIGO CIVIL.....	23
6.5 CONSENTIMENTO PRESUMIDO.....	24
7 A FIGURA DO CONSENTIMENTO NA PRÁTICA ESPORTIVA	26
7.1 INTRODUÇÃO	26
7.2 TEORIAS JUSTIFICANTES NEGATIVAS	27
7.3 A QUESTÃO DOS ESPORTES RADICAIS	29
7.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	31
8 CONCLUSÃO.....	34
9 BIBLIOGRAFIA.....	36

RESUMO

A figura do consentimento do ofendido será analisada em seus vários aspectos, inicialmente far-se-á uma análise das teorias acerca do consentimento. Depois será examinado como é tratada essa questão no Brasil e em outros ordenamentos jurídicos, discorrendo sobre os aspectos e requisitos de validade do consenso. E ao final será feita uma análise sobre a figura do consentimento nos esportes, e também nos esportes radicais.

1. INTRODUÇÃO

O zagueiro A da seleção olímpica de futebol, numa jogada agressiva com B, quebrou o seu pé. O skatista C, ao tentar uma manobra arriscada, caiu e quebrou a coluna vertebral. O boxeador D nocauteou seu adversário e após a luta constatou-se que as lesões ocasionaram um coágulo em seu cérebro deixando-o incapacitado. O surfista F, ao descer uma onda gigantesca no Hawaii, escorregou e foi jogado pela mesma contra os corais, resultando em fratura exposta da sua perna.

Como ficam essas lesões frente ao direito? Estarão os praticantes desses esportes cometendo ações delituosas? Quais são os limites de livre disposição dos bens juridicamente tutelados pelo Estado que particular poderá dispor? E até onde vai o interesse do Estado em punir o cidadão?

A importância da análise do consentimento do ofendido, cuja origem remonta ao império romano, mostra-se cada vez mais atual, na medida em que o Direito Penal apresenta-se como manifestação do Estado Democrático de Direito, e o indivíduo passa a merecer, no seio da sociedade, o destaque que lhe é merecido.

Ao analisar a “questão do consentimento do titular do bem como causa de exclusão do ilícito, não pisamos em terreno pacífico, nem quanto a sua natureza e fundamentos, nem quanto ao seu alcance e nem mesmo quanto à própria realidade do problema, que é sumariamente negada por alguns”¹.

Serão analisados nessa obra os requisitos de validade do consentimento, bem como as teorias que buscam dar fundamentação a esse instituto. Várias questões serão abordadas e algumas delas estão longe de serem ponto pacífico na doutrina, como: quem tem capacidade para consentir lesão ao seu bem jurídico tutelado pela norma penal? Como essa questão é tratada por outros países? E aqui, no Brasil? Quais são bens jurídicos tutelados pela norma penal que o titular do direito pode validamente

¹ BRUNO, Anibal. **Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 17.

dispor? Quais os limites dessa liberdade de disposição? Em que momento deve ser dado o consentimento? Existe situação onde o consentimento pode ser presumido? Como se justificam as lesões corporais nas práticas desportivas? Como fica a questão nos esportes radicais?

2. O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO: UMA VISÃO GERAL

A palavra consentimento deriva do verbo consentir, que vem do latim “*consentire*”. Conforme o dicionário Aurélio, esse verbo exprime a ação de dar consenso ou aprovação, permitir, admitir, tolerar, concordar, aprovar. São ações que possuem o potencial de provocar conseqüências jurídicas, tanto nas relações entre particulares como com o Estado.

No direito Civil, uma das bases para as relações contratuais é o consenso das partes, sem o qual o ato não tem validade jurídica.

No direito Penal, mais especificamente quanto às normas penais incriminadoras, vige o princípio da reserva legal: “*nullun crimen, nulla poena sine praevia lege*”. Segundo Damásio de Jesus, essa proibição não se estende às normas penais não incriminadoras (permissivas e supletivas). Assim, a lacuna de previsão legislativa referente às normas não incriminadoras, pode ser preenchida, conforme a redação do art. 4º da LICC que autoriza o magistrado, na omissão da lei, decidir o caso conforme a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Se omissa a lei extrapenal reguladora de caso parecido ao concreto, o juiz poderá utilizar-se da analogia, absolvendo o sujeito com fundamento na integração da lei².

Dessa maneira, a figura do consentimento do ofendido ou do interessado, como preferem alguns autores, pode ser inserida nas causas supralegais de exclusão de tipicidade do nosso Código Penal. Como será explanado posteriormente, a figura do

² JESUS, Damásio Evangelista. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 315.

consentimento não está expresso no código penal de 1940, pois a comissão revisora do projeto Alcântara Machado julgou-a como artigo supérfluo. Porém, como assiná-la as lições de Silva Franco, a ausência de uma norma explícita de fora do rol legal (como por exemplo, o consentimento do titular do direito, o direito de correção dos mestres, fundada no direito consuetudinário, o estado de necessidade do Direito Civil, o direito de informação, etc) não exclui a possibilidade do reconhecimento de causas excludentes de ilicitude fora do rol legal³. Essa opinião coaduna com a de Francisco de Assis Toledo, o qual afirma que apesar do silêncio do Código de 1940 e da reforma penal brasileira, não deverá o operador jurídico interpretar como exaustiva a lista das causas legais de justificações. Como o legislador não pode prever todas as mutações das condições materiais e dos valores ético-sociais, é necessário que se aceite a criação de novas causas de justificação que ainda não se encontrem inclusas no rol legal, para que se faça a correta e justa aplicação da lei penal⁴.

A origem histórica do consentimento como causa de justificação parece encontrar-se no velho provérbio jurídico “*volenti non fit injuria*”, que se conecta com a passagem do Digesto “*nulla injuria est, quae in volentem fiat*”. Esse princípio jurídico, o qual continua tendo validade na atualidade, significava no Direito romano que o consentimento possuía força justificante em todas as hipóteses de “injúria”⁵, pois cada cidadão podia dispor livremente da sua própria esfera vital. Para a doutrina do Direito Natural, que enxerga a essência do delito na lesão dos direitos subjetivos, o importante é estabelecer até que ponto o ordenamento jurídico poderia conceder ao lesionado a

³ FRANCO, Alberto Silva. et al. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 252.

⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 171.

⁵ Segundo JESCHECK, a “injúria” deve ser entendida como uma lesão dos direitos pessoais, incluindo a integridade física e a vida (p 338). Tradução livre pelo autor.

faculdade de renunciar a proteção penal.⁶

Segundo Jescheck, a aceitação do consenciente pode ter três significados distintos para o Direito Penal. O primeiro corresponde aos delitos que só podem ser cometidos com o consentimento da outra parte, como o rapto consensual (art. 220 CP), formação de quadrilha (art. 288 CP), aborto quando praticado por terceiro (art. 124 CP), nesse grupo o consentimento é parte integrante do tipo⁷. O segundo grupo se refere aos crimes segundo os quais a ação típica na descrição do delito se dirige exclusivamente contra a vontade do sujeito lesado, enquanto que no caso de conformidade com a vontade, não haveria delito, como por exemplo, o crime de furto (art. 155 CP), violação de domicílio (art. 150 CP) e violação de correspondência (art. 151 CP). Se o lesado estiver de acordo, a ação punível transformar-se-á num evento normal entre os cidadãos. Este caso de aceitação é denominado “*concordância*” (“*Einverständnis*”), estando excluída a tipicidade da conduta⁸.

Por fim, há crimes em que a ação típica não se dirige apenas contra a vontade do lesado, visto que o objeto da ação prevista no tipo independente da vontade do interessado possui um significado próprio para a sociedade, como nos crimes de lesão corporal (art. 129) e estupro (art. 213). Neste caso, a ação com o consentimento do ofendido não produzirá um evento normal na vida social, pois poderá acarretar um grande dano ao lesado. Porém, o titular do bem jurídico poderá aceitar essa agressão. A doutrina denomina este caso como o “*consentimento*” (“*Einwilligung*”), estando excluída a antijuridicidade da conduta.⁹

⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich, **Tratado de Derecho Penal: Parte General**. Tradução de: José Luiz Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993. p. 338. Tradução livre pelo autor.

⁷ Ibid., p. 334. Tradução livre pelo autor.

⁸ Ibid., p. 335. Tradução livre pelo autor.

⁹ Id. Tradução livre pelo autor.

3. AS TEORIAS ACERCA DO CONSENTIMENTO

3.1 A TEORIA DE FEUERBACH

A doutrina vem formulando diversas teorias para fundamentar a força justificante do instituto do consentimento do ofendido no direito penal. Feuerbach, no início do século passado, analisou que, se existe a possibilidade da pessoa renunciar seus direitos através de um ato declaratório de sua vontade, o seu consentimento para o fato prejudicado eliminaria o conceito de delito, “*volenti non fit injuria*”. Conforme o pensamento de Feuerbach traduzido por Pierangeli, somente deverá ser analisada a disponibilidade do bem jurídico ao qual a ação consentida está dirigida. E o consentimento não produzirá efeito jurídico se o ofendido for incapaz de dispor do bem ou houver qualquer tipo de diminuição da sua esfera de liberdade de vontade¹⁰. Portanto, conforme a teoria de Feuerbach, “a validade do consentimento depende da natureza do direito e da capacidade de disposição do bem jurídico, cuja solução fica adstrita aos princípios do direito privado vigentes”¹¹.

Na análise de Pierangeli sobre essa teoria, o consentimento, por ser uma permissão, constitui uma faculdade de cumprir a ação através de outra maneira proibida, gerando uma inaceitável amplitude do efeito jurídico do direito de disposição. Dessa maneira, torna juridicamente lícita uma conduta de ofensa ao direito, situação esta que gera motivo de muita crítica a respeito da teoria citada.¹²

3.2 A TEORIA DO NEGÓCIO JURÍDICO

¹⁰ PIERANGELI, José Henrique. **O Consentimento do Ofendido**: na teoria do delito.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 73.

¹¹ Ibid., p. 73-74.

¹² Ibid., p. 74.

A teoria do negócio jurídico, formulada originariamente por Zitelmann, funciona de todas as formas como um negócio jurídico privado dando, portanto, uma natureza negocial ao consentimento. De acordo com o pensamento de Zitelmann, ao admitir a natureza de negócio jurídico no consentimento, pode-se explicar a sua eficácia como causa de exclusão da antijuridicidade, mesmo quando a lei não dispuser sobre o tema. “Pois os princípios reguladores dos negócios jurídicos existem em si mesmos no direito privado, onde a pessoa possui o poder de determinar os próprios fundamentos jurídicos, lógico, dentro de certos limites. Esses princípios de direito positivo explicariam a eficácia do consentimento como negócio jurídico”¹³. De acordo com essa teoria, na Alemanha, uma ação consentida, mesmo que antijurídica e que não afronte os preceitos do direito privado, perderá sua característica de antijuridicidade em face das disposições da gestão de negócios do Código Civil alemão (§ 677 e ss.)¹⁴.

O penalista brasileiro afirma que o direito não é apenas uma mera abstração, antes que isso, é um fenômeno vivo e atuante, mesmo que em uma realidade empírica e, para analisar a validade da teoria, faz-se necessário o exame das conseqüências práticas que pode ser extraído da sua aplicação¹⁵.

Conforme as lições de Pierangeli:

A teoria do negócio jurídico parte do pressuposto da existência de direitos ínsitos da própria pessoa, direitos estes que lhe garantem o uso e gozo de tais direitos. Estes direitos recebem na doutrina, nomenclatura variada: direitos da personalidade, direitos decorrentes da própria personalidade, direitos individuais, que, no campo do Direito Penal aparecem como direito à vida, à integridade física, à liberdade, à honra. O alargamento desse conceito, para abranger as marcas de fábrica, direitos de monopólio, direitos autorais etc., interessam mais de perto ao direito privado, restando ao campo do Direito Penal as hipóteses primeiras, porquanto aquelas constituem sempre objeto de proteção penal.

¹³ Ibid., p. 75.

¹⁴ Ibid., p. 74-75.

¹⁵ Ibid., p. 76.

Ainda de acordo com essa teoria, os direitos de natureza pessoal, como o direito à vida, à integridade física, à liberdade e à honra, são direitos absolutos, mas com características especiais e, apesar de estarem inseridos na categoria dos direitos subjetivos, o consentimento de seu titular não possui força para retirar-lhe a característica da antijuricidade. Nesses casos, a faculdade de livre disposição do bem pelo seu titular sucumbe diante da natureza desses bens. Se há ameaça de lesão ou simples exposição ao perigo e se o bem for tutelado pela ordem jurídico-penal, esta poderá restringir o direito à livre disposição do bem pelo seu titular. “Ficam, por conseguinte, os bens disponíveis resumidos àqueles de que pode o consenciente livremente dispor, que representam a perda, ou a diminuição, ou mesmo a possibilidade de disposição ou de redução de tais bens, e entre eles, evidentemente, não se catalogam os de natureza pessoal.”¹⁶

Com isso, a manifestação de vontade do particular ocasiona uma verdadeira desordem no ordenamento jurídico com o objetivo de reconhecimento da autorização ou licença ao destinatário para o cumprimento do que foi estabelecido. Dessa forma, ela não pode ser vista como uma simples manifestação da vontade, pois constitui um verdadeiro negócio jurídico. Na sua análise acerca dessa teoria, Pierangeli leciona que “visto o consentimento do ponto de vista do consenciente, o consentimento importa na obrigação de supor a perda, a diminuição ou a exposição a perigo de perda ou redução do bem em face da conduta (ação ou omissão) do destinatário. Do ponto de vista do destinatário, o consentimento conduz à aquisição da faculdade de cumprir o fato consentido, que, muitas vezes, se revela antijurídico”¹⁷.

A consequência direta disso é a adição de características especiais ao que seria simples negócio jurídico, ou seja, a natureza jurídica do consentimento se apresenta como um negócio jurídico com características especiais. Enquanto que no

¹⁶ Id.

¹⁷ Ibid., p. 76-77.

ramo do Direito Civil não existe óbice para a renúncia ou alienação de direito, na esfera do Direito Penal existem diversas restrições quanto à disposição e gozo dos seus direitos¹⁸.

De acordo com essa teoria do negócio jurídico, “restariam justificadas as lesões decorrentes da prática de esportes especialmente violentos (box, rúgbi), porque a exposição a perigo de lesões graves ou gravíssimas, ou mesmo a morte, por se tratar de perigo remoto, concretamente, não se verificariam com o desenvolver normal e ordinário da prática desportiva”¹⁹.

A teoria do negócio jurídico não pode ser aceita pela própria natureza negocial do consenso, pois não se trata de um verdadeiro e próprio negócio jurídico, visto que nem todas as manifestações de vontade constituem negócios jurídicos. Não se deve esquecer que o negócio jurídico é a manifestação de vontade destinada a produzir efeitos em harmonia com o ordenamento jurídico. Nele apresenta-se um poder de vontade direcionado a satisfação de um interesse consonante com o direito normativo²⁰.

Nesse sentido Jescheck afirma que a teoria do negócio jurídico não reconhece as diferentes finalidades do Direito Penal e do Civil²¹. Ou, nas palavras de Mezger citado por Pierangeli, “a teoria do negócio jurídico confunde dois institutos jurídicos diversos: o consentimento como causa de justificação, que é aquele que interessa verdadeiramente ao Direito Penal, e o consentimento como negócio jurídico. Por isso que tal teoria é ‘uma construção dentre as mais inúteis no campo do Direito Penal’, destinada inteiramente ao insucesso”²².

¹⁸ Ibid., p. 77.

¹⁹ Id.

²⁰ Ibid., p. 78.

²¹ JESCHECK, op. cit. p. 339.

²² PIERANGELI, op. cit. p. 78-79.

3.3 TEORIA DA AÇÃO JURÍDICA E OS CRITÉRIOS DE MEZGER E WELZEL

A teoria da ação jurídica, defendida por Bieling, afirma que recebem tutela jurídica os bens que são considerados e tratados como de valor por seu titular. Portanto, é considerada lícita a conduta que expõe a perigo ou ofende determinado bem cujo titular consentiu com a sua lesão. A ilicitude dessa conduta não resulta da renúncia da proteção jurídica, mas sim da permissão da ofensa dada pelo titular do seu próprio bem, perdendo o bem a sua tutela jurídica²³.

Conforme Pierangeli, o posicionamento de Mezger é bem próxima da teoria da ação jurídica, tendo como fundamento da causa justificante a falta de interesse do bem juridicamente tutelado e pressupondo “o abandono consciente dos interesses por parte daquele que, legitimamente, tem a faculdade de disposição sobre o bem jurídico”²⁴.

De acordo o pensamento do doutrinador germânico, há duas normas reguladoras dentro das quais se podem encontrar as causas de justificação: a primeira seria a falta de interesse do titular do bem e a segunda, a determinação do interesse. Segundo esse pensamento, o consentimento será válido quando o titular do objeto da ação e do objeto de proteção for a mesma pessoa. Caso contrário, a ação continuará a ser antijurídica, mesmo com o consentimento do ofendido. Esse mesmo doutrinador afirma ainda que é importante observar a consciência jurídica de cada época²⁵.

Welzel segue a teoria da ação jurídica, atribuindo o caráter de licitude à conduta que estiver em conformidade com o consentimento. Não terá validade o consentimento que contiver vício na vontade, seja por engano ou coação, devendo o consenso corresponder à verdadeira vontade do consenciente. O doutrinador elegeu o direito consuetudinário como delimitador da disposição de vontade, considerando que

²³ Ibid., p. 79.

²⁴ Id.

²⁵ Ibid., p. 80.

o fato consentido não pode atentar contra os bons costumes, sob pena de tornar ilícita a conduta²⁶.

3.4 TEORIA DOS VALORES

Juarez Tavares citando Welzel considera acerca da teoria dos valores afirmando que o direito punitivo tem como finalidade não apenas a proteção pura e simples dos bens jurídicos, mas também no amparo dos elementares valores ético-sociais da ação, firmando a consideração no valor do resultado (*erfolgswert*) e no valor do ato (*aktwert*). “Pune-se, dessa maneira, o homicídio, tanto pela morte efetivamente produzida (desvalor do resultado), como pela ação que tende a produzi-la (desvalor do ato). Só assim será possível assegurar a plena vigência dos valores positivos ético-sociais dos atos, como o respeito á vida alheia, à saúde, à liberdade, ao patrimônio, etc”²⁷.

4. LEGISLAÇÃO COMPARADA

Pode-se dividir a legislação internacional em dois grupos: aqueles que não possuem normas expressas a respeito do consentimento do ofendido e seus efeitos, e aqueles que se referem expressamente à figura do consentimento do ofendido²⁸. Os códigos normalmente não contêm disposições expressas acerca da figura do consentimento do ofendido, inserindo a maioria dos países no primeiro grupo. Porém, é no segundo grupo que existe uma doutrina mais rica acerca do tema.

²⁶ Id.

²⁷ TAVARES, Juarez Estevam Xavier. O consentimento do ofendido no Direito Penal. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, n. 12, 1969. p. 257-270. p. 264.

²⁸ MATTOS, Delivar Tadeu de. **O consentimento do ofendido no Direito Penal**. Curitiba, 1992. 56 f. Monografia (Curso de Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. p 38

O Código Penal italiano é o que melhor trata o tema, possuindo uma redação clara e geral sobre o tema em seu art. 50 “Não é punível quem ofende ou põe em perigo um direito com o consentimento da pessoa que dele pode validamente dispor”²⁹. Frederico Stella em seu breve comentário ao artigo afirma que “il fondamento della scriminante preveduta dalla norma in commento va ravvisato nella **carezza dell’interesse a punire**, posto che è venuto meno, com la rinuncia del titolare, lo stesso interesse da proteggere”³⁰.

Na Alemanha, no seu código de 1871, modificado por uma lei de 26 de maio de 1933, no seu §226a dispõe que “aquele que produz uma lesão corporal com o consentimento do ofendido só age antijuridicamente se o fato, apesar do consentimento, atentar contra os bons costumes”³¹.

Dentre os países da América Latina, destaca-se o Uruguai, cujo Código Penal que possui uma norma geral com a seguinte redação “Não é punível a lesão causada com o consentimento do paciente, salvo se ela tiver por objeto subtraí-lo ao cumprimento de uma lei ou produzindo dano a outrem”³².

No segundo grupo destacam-se os Estados Unidos e a Inglaterra, que por serem países que adotam o sistema da *common law*, individualista na sua feição, consideram o consentimento do ofendido com larga aplicação, configurando-se sempre que o dano privado é referente a um direito alienável³³. Ou seja, o consentimento pode

²⁹ Tradução livre pelo autor. Código Penal Italiano, art. 50 “Non è punibile chi lede o pone in pericolo um diritto, col consenso della persona che può validamente disporre”.

³⁰ STELLA, Frederico; CRESPI, Alberto; GIUSEPPE, Zuccala. **Commentario Breve al Codice Penale**. Milão: Padova, 1986. p. 129. O fundamento da discriminante prevista na norma em comentário, se reconhece na **carência do interesse de punir**, posto que, com a renúncia do titular, diminui-se o interesse de proteção. Tradução livre do autor

³¹ MACHADO, Luiz Alberto. **Direito Criminal: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 134.

³² Id.

³³ Id.

ser aplicado sempre que a lesão agredir um bem disponível do indivíduo.

Quanto à doutrina germânica, destacam-se nomes como Jescheck, Maurach, Mezger, Welzel, Wessels, os quais abordaram o tema com profundidade e clareza, porém suas obras são de difícil acesso no Brasil, não só pela falta de tradução para o nosso idioma como pela absoluta ausência de algumas dessas obras no acervo das bibliotecas e livrarias.

Na doutrina lusitana, destacou-se a obra de Eduardo Correia com seu livro *Direito Criminal*, abordando o tema em destaque.

5. LEGISLAÇÃO E DOUTRINA BRASILEIRA

O Código Criminal do Império não continha disposição alguma acerca do consentimento do ofendido. Apenas o primeiro código da República (Código de 1890) determinava em seu art. 26 que “Não dirimem, nem excluem a intenção criminosa: c) O consentimento do ofendido, menos nos casos em que a lei só a ele permite ação criminal”³⁴.

No projeto Alcântara Machado de 1938, o consentimento do ofendido aparecia entre as causas de exclusão de antijuridicidade, art. 14 “Não será também punível aquele que praticar ação ou omissão, com o consentimento de quem possa validamente dispor do direito violado ou ameaçado”. Porém, esse artigo foi considerado supérfluo e suprimido pela comissão revisora.

De acordo com Nelson Hungria, um dos colaboradores do Código Penal de 1940, a comissão revisora suprimiu o consentimento do ofendido como causa de exclusão de antijuridicidade por considerar o mesmo como dispositivo supérfluo. Para ele, “é meridianamente claro que se não pode reconhecer a criminalidade de um fato

³⁴ PIERANGELI. op. cit. p. 91.

que carece de uma das condições *sine quibus* da sua qualificação legal como crime”³⁵. E, nem mesmo na reforma Penal de 1984, a qual alterou os artigos da parte geral (art. 1º ao art. 120), o consentimento do ofendido fora contemplado como causa de exclusão de ilicitude, continuando apenas como exclusão de tipicidade.

Já, Frederico Marques, manifesta-se de forma diversa alegando que a supressão em apreço não se justifica, pois a superfluidade aplicar-se-ia também sobre o dever legal e o exercício regular de direito. Porém, as mesmas não foram excluídas da redação do Código Penal de 1940.³⁶

Dentre os doutrinadores, o que mais se dedicou à análise do tema foi José Henrique Pierangeli com a sua obra “o consentimento do ofendido na teoria do delito”, abordando o tema sobre vários enfoques com distinta clareza e uma invejável profundidade.

Merece distinção também a monografia “o consentimento do ofendido no Direito Penal” de Delivar Tadeu de Mattos, a qual aborda o tema discorrendo sobre a sua aplicabilidade e efeitos, inclusive a questão do transexualismo.

Juarez Tavares escreveu um excelente artigo sobre o tema, publicado na Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Aníbal Brunno foi um dos primeiros a analisar o tema com o devido cuidado que se faz necessário.

5.1 O CONSENTIMENTO COMO EXCLUDENTE DE TIPICIDADE OU DE ANTIJURIDICIDADE

A figura do consentimento do titular do direito pode desempenhar funções diversas no Direito Penal. Conforme ressalta Toledo, há casos em que ela se apresenta como elemento essencial do tipo, como no rapto consensual (art. 220 CP) e sedução

³⁵ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**: arts 11 a 27. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 268-269.

³⁶ MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Bookseller, 1997. p.186.

(art. 217 CP). De outra forma, é apresentada como causa de exclusão de tipicidade ao excluir o dissenso da vítima que constitui elemento essencial do tipo, como introdução de animais em propriedades alheias (art. 164 CP) e apropriação indébita (art. 168 CP). Por fim, pode atuar como verdadeira causa de justificação, excluindo a antijuridicidade nos crimes de dano (art. 163 CP) e cárcere privado (art. 148)³⁷.

Juarez Cirino dos Santos afirma que “do ponto de vista prático, não há diferença entre efeito destipificante e efeito justificante do consentimento real”³⁸, pois o fundamento jurídico é o mesmo nos dois casos e a consequência jurídica dos dois efeitos é a mesma.

6. ASPECTOS E REQUISITOS DE VALIDADE DO CONSENSO

6.1 ANTERIORIDADE DO CONSENTIMENTO

Ao analisar a necessidade do conhecimento prévio do consentimento pelo agente, Tavares ensina que essa questão pode ser vista através de duas teorias: a teoria do negócio jurídico, de Zitelmann, também denominada de teoria da declaração, e a teoria da direção da vontade ou teoria da ação jurídica, a qual é adotada pela maioria da doutrina³⁹. Por aquela, Eduardo Correia ensina que “a idéia de que o consentimento do ofendido, relevante em direito penal, é um negócio jurídico unilateral, uma declaração de vontade dirigida à produção de um resultado jurídico que, sendo eficaz, possui o efeito de atribuir à parte contrária um direito de ação revogável a todo o

³⁷ TOLEDO, op. cit. p. 215.

³⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. p. 194.

³⁹ TAVARES, op. cit. p. 266.

tempo”⁴⁰. Zitelmann trata o consentimento dentro do quadro dos negócios jurídicos (§182 do BGB) e a maneira pela qual os requisitos destes ao consentimento são atribuídos. Deste modo, requer-se uma manifestação expressa do titular acerca do seu conteúdo e de seu alcance⁴¹. Conforme com esse pensamento, só se justificaria o fato se o autor agisse com base em um consentimento por ele conhecido. Em outro sentido, na teoria da direção da vontade, o consentimento produz seus efeitos objetivamente, sem a necessidade do seu conhecimento pelo sujeito ativo⁴².

Ao analisar o tema, Tavares discorre que a característica de todo e qualquer injusto é a lesão de interesse, porém, se inexistir o interesse ou apresentar-se outro maior, por consequência, desaparecerá o injusto⁴³. Citando Mezger, afirma que a figura do consentimento é o exemplo clássico de exclusão do injusto com base no princípio da ausência de interesse. A anterioridade do abandono do interesse da parte que legitimamente tivesse a faculdade de dispor do bem é pressuposto de validade do consentimento⁴⁴.

Para Sauer, o assunto deve ser enquadrado como “manifestação do princípio do interesse preponderante, segundo o qual uma ação típica é sempre e tão só ajustada ao direito quando faz prevalecer um interesse de superior valor à custa de um bem menor”⁴⁵.

A questão fica mais clara ao analisar o posicionamento acerca do fundamento da justificativa do consenso. Juarez Tavares afirma que a opinião mais correta acerca do tema é a de Maurach e Welzel e que o consentimento causa a

⁴⁰ CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal**. Coimbra: Livraria Almedina, 1968. p. 21.

⁴¹ TAVARES, op. cit. p. 266.

⁴² Id.

⁴³ Ibid., p. 263.

⁴⁴ Id.

⁴⁵ Id.

renúncia do bem jurídico ameaçado à proteção jurídica, fazendo com que, neste caso, a norma sucumba⁴⁶. Sabendo que toda norma se destina à proteção dos bens jurídicos, os mesmos devem ser amparados através de proibições e ameaça de sanções impostas à coletividade alicerçadas em juízos de valor. Não obstante ao caráter mandamental e termos de valoração absoluta da norma, ela não poderá ser aplicada sem se considerar o substrato de valores que a originou e validou, nem mesmo pode ser aplicada a todos os conflitos imagináveis, pois, mesmo o melhor dos legisladores, não conseguiria imaginar todas as situações que venham a surgir. Há situações anormais em que o bem atingido renuncia à proteção normativa a ele dado, arrastando dessa forma a norma e fazendo-a retroceder, pois já não a interessaria proteger o bem, sob a ótica o critério de valor de uma situação normal⁴⁷.

Eduardo Correia ensina que o consentimento deve ser anterior ao exercício da ação consentida, e pode ser revogado antes do início da execução, pois não haveria nenhuma obrigação jurídica que vincule irrevogavelmente a autorização. Se o consenso for dado somente após a execução ou consumada da infração, teremos a figura do perdão ou renúncia ao exercício da ação penal, e não o instituto do consentimento do ofendido⁴⁸.

6.2 OS BENS JURIDICAMENTE DISPONÍVEIS E INDISPONÍVEIS

Um dos requisitos de validade do consentimento é que o bem ameaçado esteja entre os chamados bens disponíveis.

Para Maurach, somente será relevante o consentimento quando o bem ameaçado for inteiramente susceptível a disposição pelo particular, tanto na sua generalidade quanto no caso concreto. Sendo impossível conceber o consentimento

⁴⁶ Id.

⁴⁷ Id.

⁴⁸ CORREIA. op. cit. p. 26.

frente a ataque contra os bens da coletividade, seria inimaginável o consentimento nos casos de ameaça a valores estatais ou supra-estatais. Também estão englobados nesse grupo os crimes contra a economia popular, os ataques contra a existência do Estado e o exercício de seus poderes, especialmente contra a administração da justiça⁴⁹.

Alerta o penalista germânico que nem sempre o consentimento é relevante, pois não há disponibilidade dos denominados bens jurídicos irrenunciáveis para seus titulares. Dentre esses bens, está consagrado o direito à vida humana, uma vez que se conclui que a vida do ser humano é um direito fundamental e irrenunciável não só pela leitura do art. 5 *caput* da Constituição de Federal de 1988, assim como do art.3 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do art.6 do Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos das Nações Unidas e no art.4 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Leva-se em conta, também, a análise dos atuais valores da sociedade brasileira, a qual não aceitaria como fato normal e não susceptível de sanção uma ação que cause ameaça ou perigo a vida humana. Das conseqüências que a indisponibilidade da vida tem para a teoria do consentimento, discute-se três aspectos: por a vida em perigo, o homicídio culposo e os tratamentos médicos⁵⁰.

Quanto ao primeiro ponto, o doutrinador afirma que “también, y en especial respecto del peligro para la vida, es preciso atenerse al principio básico, en cuanto a que a le facultad de disposición del titular del bien jurídico sólo puede cubrir la puesta en peligro en aquella medida en que el mismo bien jurídico sea disponible para su titular”⁵¹. Quanto ao homicídio culposo, não se ventila na doutrina a idéia de eficácia do consentimento. Já, a questão do tratamento médico é uma questão de delimitação especialmente difícil, pois em princípio se reconhece que não se deve realizar qualquer

⁴⁹ MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. **Derecho Penal**: Parte Generale. Tradução de: Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Astrea: Buenos Aires, 1994. p. 290. Tradução livre pelo autor.

⁵⁰ Ibid., p. 292. Tradução livre pelo autor.

⁵¹ Id. Tradução livre pelo autor.

tipo de tratamento médico sem o consentimento do paciente, mesmo quando o não tratamento tenha como consequência a morte. Porém, em relação ao suicida, a intervenção médica se procede não só sem o consentimento, mas também contra sua própria vontade expressa, constituindo não uma faculdade, mas sim um dever. Não há limitação da liberdade de disposição de cada indivíduo, quando o mesmo está diante de uma enfermidade mortal⁵².

Conforme Juarez Tavares, a doutrina, num momento anterior, considerava o injusto como lesão de direitos subjetivos, distinguindo os direitos em alienáveis e inalienáveis, sendo válido o consentimento do ofendido apenas naqueles. Modernamente, suporta-se a matéria analisada em dois aspectos: um em relação ao amparo dos bens jurídicos e outro conforme a proteção que se dê aos valores ético-sociais elementares, manifestados no respeito àqueles bens. Assim, inicialmente deve-se fazer a distinção entre crimes contra bens do indivíduo e contra bens da coletividade, sendo impossível o consentimento nesse último, em face aos valores coletivos que o tutelam. Os fatos localizados na chamada zona de fronteira também se incluem nesta categoria, em que, a par da lesão social, se produz lesão individual, bem como que somente se manifestam contra a sociedade através de atentados a bens pessoais, como nos crimes contra a família, a organização do trabalho, a fé pública, os costumes e o sentimento religioso⁵³.

Para esclarecer o assunto, o penalista brasileiro afirma que “o importante é não confundir o titular do bem jurídico protegido com o titular do objeto material. A classificação em crimes contra a coletividade e crimes contra o indivíduo se fundamenta precisamente na titularidade do bem protegido. Desde que o titular do bem seja o estado ou a comunidade, não se admite validade ao consenso, ainda que se

⁵² Ibid., p. 292-293. Tradução livre pelo autor.

⁵³ TAVARES, op. cit. p. 259.

condicione o direito de agir à iniciativa privada.⁵⁴

Pierangeli afirma que, ao se conceituar bem jurídico, os doutrinadores costumam por em relevo um conteúdo eminentemente patrimonial. Os bens inestimáveis economicamente que não podem ser aferidos pecuniariamente também fazem parte da ordem jurídica e recebem a sua proteção⁵⁵. Os bens juridicamente tutelados pela norma penal são aqueles em que a norma, objetivando a tutela diante de possíveis agressões, atribui uma ameaça de pena a uma conduta lesiva dos mesmos⁵⁶.

Ao analisar quais são os disponíveis e os indisponíveis, Delivar Tadeu conclui que “a lei penal não estabelece nenhum critério a respeito para que se possa identificar, dentre os bens jurídicos tutelados, os que se subsumem na disponibilidade do direito”⁵⁷. Aníbal Bruno, ao se manifestar sobre o assunto, afirma que, para o consentimento ser válido, o bem jurídico em questão não pode ter por titular o Estado, nem ser um valor coletivo, ou sua proteção transcenda o domínio exclusivo do direito privado, ou ainda que a vontade do titular seja insuficiente para decidir da sua disposição, como nos casos de crimes contra a incolumidade pública, ou contra a paz pública, ou contra a Administração Pública, ou contra a família⁵⁸.

Na sua análise sobre a disponibilidade do bem, José Frederico Marques assevera que não é a tutela penal que torna um bem disponível ou indisponível, o que delinea os limites do consentimento é o juízo de valor fundado nos mandamentos da ordem jurídica como um todo⁵⁹. No mesmo sentido se manifesta Juarez Tavares ao afirmar que a disponibilidade vai variar conforme a consciência jurídica de cada

⁵⁴ Ibid., p. 260.

⁵⁵ PIERANGELI. op. cit. p. 107.

⁵⁶ Ibid., p. 108.

⁵⁷ MATTOS. op. cit. p. 14.

⁵⁸ BRUNNO. op. cit. p. 20.

⁵⁹ MARQUES. op. cit. p. 190.

época. Já, Von Liszt considera que a disponibilidade deve ser inferida de todo o conjunto das disposições legais e não só das qualificações dos fatos puníveis⁶⁰. Se o interesse privado predomina na sua integralidade, o consentimento excluirá a antijuridicidade em decorrência da qualidade renunciável do bem. Se, no sentido oposto, os interesses coletivos prevalecem, subsiste a antijuridicidade, mesmo com o consenso, por se tratar de hipótese de bem irrenunciável⁶¹.

Acerca da disponibilidade do bem, Pierangeli cita inicialmente uma teoria alemã do início do século, defendida por Allfeld, Roberto von Hippel e Liszt-Schimit através da qual a distinção entre os bens disponíveis e indisponíveis deve ser feita por um critério chamado “balanceamento de interesses” ou “equivalência dos interesses”⁶². No mesmo sentido Sauer citado por Pierangeli afirma que “o consentimento exclui a antijuridicidade quando o interesse privado lesado, segundo a sua natureza, não possui importância preponderante para o bem estatal”⁶³. Na busca por um critério objetivo para diferenciar quais os bens disponíveis e indisponíveis, Pierangeli conclui que não existe um critério seguro para que se possa diferenciá-los, mas elabora um roteiro para que se possam verificar os limites do consentimento justificante.

1º) há que se percorrer não só um ramo do Direito, mas todos os princípios gerais que formam a base do ordenamento jurídico estatal.

2º) na realização desse trabalho, o interprete deve reportar-se a todas as fontes (imediatas e mediatas), e, a partir daí, examinar os decretos, atos administrativos, regulamentos, portarias e pesquisar o direito consuetudinário;

3º) o critério adotado pelo legislador para fixação da natureza da ação penal é arbitrário, e, por consequência, inseguro, mas sempre servirá ao intérprete, desde que não seja usado

⁶⁰ TAVARES, op. cit. p. 260.

⁶¹ Id.

⁶² PIERANGELI, op. cit. p. 116.

⁶³ Id.

com exclusividade.⁶⁴

Também há de se analisar a ocorrência do concurso de diversos bens jurídicos. Os diversos aspectos de proteção jurídica no mesmo tipo penal, neste caso, são bem ilustrativos como o caso da extorsão mediante seqüestro (art. 159 C.P.). Neste tipo de crime, existe um ataque em duas direções, tanto sobre o patrimônio e a liberdade da pessoa a ser chantageada, como sobre a liberdade e integridade física do sujeito seqüestrado. Se a vítima do seqüestro está claramente de acordo com a situação, não se pode aplicar o tipo penal do art.159. Porém, se uma pessoa se oferece para substituir um refém, o fato não perderá a tipicidade. Neste caso, o consentimento foi ineficaz, pois não foi livre e voluntário, estando eivado em sua essência de um vício de vontade. E também persiste a tipicidade quando um filho é seqüestrado por um de seus pais, ou por um terceiro com a anuência de um deles, neste caso não existe capacidade para consentir. Frequentemente o acordo dado pelo titular do bem jurídico conduz a aplicação de um tipo penal distinto. Se num furto (art. 155 C.P.), o possuidor que não é o proprietário, consente com a situação, não se pode aplicar a figura penal do art. 155 C.P., porém, segundo a situação poderia existir participação em uma apropriação indébita (art. 168), ou se o possuidor é vítima de um engano poderia se caracterizar a fraude (art.171 do C.P.)⁶⁵.

6.3 CAPACIDADE PARA CONSENTIR

Segundo Delivar Tadeu de Mattos, a capacidade para consentir, em direito penal, se dá pela via inversa da imputabilidade: somente pode consentir quem tem o discernimento necessário para entender o caráter criminoso do fato, e que possua a

⁶⁴ Ibid., p. 117.

⁶⁵ MAURACH. op. cit. p. 294.

capacidade penal exigida na nossa lei, 18 anos (Art. 27 CP)⁶⁶. Conforme nosso código penal, além dos menores de 18 anos, são inimputáveis, ou em outras palavras, não tem capacidade para entender o caráter ilícito do fato e as conseqüências que dele resultam, os:

- a) doentes mentais;
- b) que possuem desenvolvimento mental incompleto;
- c) que sofreram desenvolvimento mental retardado;
- d) que estão em estado de embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior.

Porém, esta opinião não é pacífica, Luiz Alberto Machado discorda, este afirma que, o consenciente deve ter capacidade criminal de consentir, não limitando o consentimento aos imputáveis, mas leva também aos inimputáveis, dependendo do exame do caso concreto⁶⁷. Lembrando que para haver um consentimento válido é necessário que a parte seja legitimada para dispor do bem.

Juarez Tavares ao se referir a capacidade para consentir citando Mezger afirma que “essa regularização formal não corresponde à própria natureza das coisas, sendo mais correto decidir-se com base nas circunstâncias e natureza de cada caso concreto, examinando se o lesionado possuía a necessária capacidade de juízo e se o consentimento correspondia à sua verdadeira vontade”⁶⁸. Ou melhor, como se expressa Maurach, o titular do bem deve conhecer suficientemente “a essência e o alcance de sua renúncia” assim, não haverá consentimento válido, quando obtido por vício de vontade (coação ou erro).

Segundo Wessels, não a capacidade não depende da idade, mas sim, da capacidade de “abarcar inteiramente, segundo sua maturidade de entendimento e

⁶⁶ MATTOS. op. cit. p. 19

⁶⁷ MACHADO. op. cit. p. 136.

⁶⁸ TAVARES. op. cit. p. 264-265.

capacidade de julgamento, a essência, o alcance e os efeitos da intervenção afetadora de seus interesses”⁶⁹.

Com relação à capacidade para consentir, como causa de exclusão de ilicitude Eduardo Correia ensina que:

O que importa é que, existindo capacidade de gozo, se tenha ao mesmo tempo o discernimento suficiente para avaliar o significado, valor e conteúdo do consentimento no momento em que é prestado. Ninguém duvidará da relevância do consentimento de uma criança em que se utilize um brinquedo seu ou se coma um seu rebuçado ou chocolate; ou de que uma menor de 17 anos consinta, livremente e sem sedução, em ter relações sexuais, etc..etc. Isto não impede, por outro lado, que o representante possa autorizar em vez do incapaz, v.g. no que toca ao consentimento para uma operação.⁷⁰

Juarez Cirino afirmar que, a capacidade de consentir depende da capacidade concreta de compreensão ou de juízo do ofendido, independente da idade do mesmo, porém, o primeiro indicativo para aferir a capacidade é a idade. Dessa forma até os 14 (quatorze) anos ele seria incapaz de consentir, dos 14 (quatorze) aos 18 (dezoito) existe a possibilidade da capacidade de consentir, já aos 18 (dezoito) ele teria plena capacidade para consentir⁷¹.

6.4 INEFICÁCIA

Ao se analisar o conflito entre os bons costumes e o consentimento do ofendido, Juarez Tavares afirma que, “o direito consuetudinário estabelece que o consentimento não tenha eficácia, ainda que se trate de bem renunciável, se o fato atentar contra os bons costumes”⁷². Aníbal Bruno afirma que, “é preciso que o ato não

⁶⁹ WESSELS, Johannes. **Direito Penal: Parte Geral**. Tradução e notas de: Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976. p. 77.

⁷⁰ CORREIA. op. cit. p. 26-27.

⁷¹ SANTOS. op. cit. p. 196.

⁷² TAVARES. op. cit. p. 267.

colida com as normas de cultura – com os costumes e exigências ético-sociais”⁷³. Eduardo Correia ensina que, “a ação consentida não poderá ser contrária aos bons costumes”⁷⁴.

Já Maurach leciona que, no entendimento da doutrina dominante, somente no tocante as lesões corporais, será negado o reconhecimento jurídico ao consentimento quando o fato se opuser aos bons costumes. Mas para alguns doutrinadores, entre eles Welzel, esse princípio do não reconhecimento jurídico do consentimento quando contrário aos bons costumes é um princípio geral válido para toda a teoria do consentimento⁷⁵.

Wessels também afirma que, “em intervenções à integridade corporal o “fato” não pode atentar contra os bons costumes”, não se estendendo para os demais casos⁷⁶.

Ao se analisar os elementos subjetivos da justificação, Tavares assevera que, “quando o agente pressupõe erradamente a existência de um consentimento que na realidade não se apresenta. Já não estamos, aqui, diante de uma causa de exclusão do injusto, mas sim de um erro de proibição (catalogado, imperfeitamente, no código brasileiro, como erro de fato). Se o erro for vencível, pode responder o agente por crime consumado culposo. Se invencível, exclui-se a culpabilidade.”⁷⁷

6.5 CONSENTIMENTO PRESUMIDO

“A antijuridicidade, destarte, se exclui nem só em virtude de um consentimento real, conhecido pelo agente, mas também quando se possa dizer que o

⁷³ BRUNO. op. cit. p. 21.

⁷⁴ CORREIA. op. cit. p. 27.

⁷⁵ MAURACH. op. cit. p. 300.

⁷⁶ WESSELS. op. cit. p. 78

⁷⁷ TAVARES. op. cit. p. 267.

lesionado haveria consentido com a atuação, se tivesse tido conhecimento da efetiva situação das coisas”⁷⁸.

Conforme Juarez Tavares a forma pela qual se dá o consentimento deve ser, em princípio, expresso. Porém, admite-se lugar ao consentimento tácito quando, em virtude das circunstâncias, se torna iniludível a renúncia do titular do bem⁷⁹. “Ademais, o consentimento deve ser anterior ao ato desenvolvido pelo agente. Sua verificação posterior só terá eficácia para o direito processual penal, no reconhecimento da renúncia ao direito de queixa, em determinados delitos.”⁸⁰

Eduardo Correia ensina que,

Ao consentimento real deve, por outro lado. Equipara-se o hipotético ou presumido. Um agente pode, de fato, encontrar-se em face da necessidade de levar a cabo a prática de um fato que não foi realmente autorizado pelo titular do interesse que com ele é violado, mas que é autorizado pela sua vontade hipotética ou presumida; esse será o caso em que o agente atua no quadro de circunstâncias tais que tornem razoável supor que o titular do bem jurídico, conhecendo a verdadeira situação das coisas, teria consentido. é v.g., a hipótese daquele que ofende corporalmente um náufrago para o salvar da morte por afogamento; do que abre uma carta dirigida a outrem para, na sua ausência, tomar as providências urgentes que podem ser requeridas por uma certa situação; do médico que, durante a anestesia, larga a operação a outros domínios porque uma outra operação, verificada necessária, poderia criar o perigo de perturbações cardíacas; da correção de crianças na ausência de seus pais ou tutores. etc.⁸¹

Conforme esse pensamento, não há necessidade da vontade ser de declarada, mas ela deve corresponder a vontade livre e séria do seu titular, se o agente induzir a erro o consenciente não será válido o consentimento⁸².

Para Maurach citado por Tavares a diferença ocorre porque, enquanto no

⁷⁸ Ibid., p. 269.

⁷⁹ Ibid., p. 264.

⁸⁰ Id.

⁸¹ CORREIA. op. cit. p. 29.

⁸² Ibid., p. 26.

consentimento presumido há abandono de interesse, na atuação no interesse do ofendido, o que se dá é a conservação do interesse. Portanto no consentimento presumido a norma cederia pela renúncia do bem. “Na outra hipótese, identifica-se uma colisão de bens pertencentes a uma mesma pessoa e cuja solução será proporcionada por um terceiro, seguindo um juízo hipotético sobre a solução que daria o titular do bem, se estivesse naquela situação”⁸³.

7. A FIGURA DO CONSENTIMENTO NA PRÁTICA ESPORTIVA

7.1 INTRODUÇÃO

Os esportes podem ser entendidos como a prática de exercícios físicos individuais ou em equipes, com ou sem intenção de lucro, com a finalidade de diversão própria ou de outros, ou ainda com vistas a um melhor desenvolvimento corporal, os exercícios devem ter normas próprias, pois é da essência da prática desportiva a possibilidade de danos à integridade física ou até mesmo a vida⁸⁴.

Pierangeli divide os esportes em dois grupos, o primeiro seria o de jogos com violência direta e necessária, subdividido em necessariamente violentos, como é o caso do boxe ou do “vale tudo”, e em mistos como é o caso do rúgbi. E o segundo grupo que compreende os jogos de violência eventual, como é o caso do futebol, basquete⁸⁵.

Os esportes são incrementados pelo próprio Estado, que pode utilizá-lo para aumentar a qualidade de vida da população preservando a saúde dos cidadãos nos grandes aglomerados urbanos, como forma de projeção internacional do

⁸³ TAVARES. op. cit. p. 268.

⁸⁴ PIERANGELI. op. cit. p. 167-168.

⁸⁵ Ibid., p. 168.

desenvolvimento da nação, ou de várias outras maneiras⁸⁶. Pois a constante prática esportiva acarreta um melhor condicionamento físico do praticante, melhorando a qualidade de vida dos praticantes.

Os esportes possuem regras próprias não só para a sua uniformização, mas também para manter a lealdade nas disputas e eliminar as trapaças, estabelecendo punições para o seu não cumprimento. Esses regulamentos esportivos constituem verdadeiras normas jurídicas, especialmente nos ditos esportes oficiais, que possuem regulamentação internacional para a sua prática⁸⁷.

Quanto às teorias formuladas para justificar as lesões esportivas existem dois grupos: o das teorias afirmativas e o das negativas. A primeira exige um rigoroso tratamento jurídico, sustentando que se deve castigar o participante a título de dolo, preterição ou culpa⁸⁸.

7.1 TEORIAS JUSTIFICANTES NEGATIVAS

Segundo Pierangeli, são várias as teorias negativas a respeito do tema.

De acordo com a *teoria da inexistência do dolo*, o esportista não tem a intenção de produzir lesões no seu oponente, dessa forma exclui-se o dolo, ficando dessa forma a culpa em sentido estrito. O esportista deve ter o pleno conhecimento de que existem riscos quando impõem certa violência contra seu opositor.

Segundo a *teoria do móvel contrário ao direito*, que se divide em *expresso* e *tácito*, aquela parte da premissa de que são profissionais que praticam os esportes, percebendo remuneração pelas suas apresentações, estando, dessa maneira, abrangidos pelo exercício regular de direito (art 23, III CP). E este se refere a existência de um móvel esportivo justificante, ou seja, o esportista ao provocar lesões o faz com dolo,

⁸⁶ Id.

⁸⁷ Id.

⁸⁸ Ibid., p. 169.

porém sua ação fica justificada porque agiu fundado em um móvel que não é contrário ao direito, o *móvel esportivo*.

A *teoria da realização de um fim reconhecido pelo Estado*, afirma que a antijuridicidade deve ser excluída, pois se trata do exercício regular de uma atividade autorizada pelo Estado. A justificação formal para a exclusão da antijuridicidade aparece no pensamento de Beling citado por Brunno, “uma atividade que implica o perigo de que sobrevenha um resultado antijurídico, e que por isso seria antijurídica, não o é, quando a ordem jurídica a permite, apesar desse risco, e o que atua satisfaz as prescrições que aquela estabelece como condições da permissão”⁸⁹. E material mente excluí-se a ilicitude ao analisar que se trata de uma atividade socialmente útil, e com base na utilidade o Direito autoriza a sua prática regulamentar⁹⁰.

Conforme os ensinamentos de Brunno,

Seria absurdo que a ordem jurídica autorizasse, como realmente autoriza, a prática desses esportes, e mesmo a estimulasse como correspondendo a um fim social. ditasse-lhe as regras, fiscalizasse-lhe o exercício, previstas, como não podiam deixar de ser, as ocorrências lesivas que normalmente decorrem ou podem decorrer da brutalidade própria desses jogos, e mesmo aquelas mais graves que eventualmente podem ocorrer, e, por fim, viesse a considerar criminosas essas conseqüências, uma vez ocorridas, quando o agente nada fez de irregular para que ocorressem. A atuação do agente é perfeitamente lícita; os fatos lesivos ocorridos ficam cobertos por essa licitude dos atos de que acidentalmente resultaram. Não é que os atos violentos de que provenham lesões sejam ilícitos e apenas resultem não puníveis à falta de culpabilidade. A ordem jurídica os cobre com a sua autorização, uma vez praticados nos limites e com os modos e cautelas que os regulamentos imponham. É o exercício regular de uma atividade autorizada em que não pode haver crime. Ato objetivamente lícito.

Pierangeli afirma que é evidente que o ordenamento não estabelece uma permissão para a produção de lesões, porém na prática esportiva elas são conseqüências possíveis ou até mesmo prováveis.

⁸⁹ BRUNNO. op. cit. p. 15.

⁹⁰ Id.

A teoria da autorização estatal mediante permissão da autoridade é uma variante da teoria anterior, estaria excluída a antijuridicidade por estar a sua prática autorizada por leis e regulamentos. Para que esteja excluída a ilicitude é necessário que a conduta não esteja proibida pelas regras do esporte, ou seja, toda conduta que estiver em conformidade com as regras, mesmo que produza uma lesão ou até mesmo a morte do adversário, não terá a característica de ilicitude. Conforme Marques, “não há crime de lesão corporal, nos esportes, porque ocorre a justificativa do exercício regular de um direito: da regulamentação do jogo, e da autorização do Estado para a sua prática, em conjugação com o consenso dos participantes, decorre aquela causa excludente de antijuridicidade”⁹¹.

7.3 A QUESTÃO DOS ESPORTES RADICAIS

Os esportes radicais são aqueles cuja prática expõe o participante a um risco extremo, muito maior que de outras práticas desportivas. Nesta modalidade esportiva as lesões são mais constantes, porém, via de regra, não são causadas por um oponente e sim pelo próprio praticante ao cometimento de eventual falha no desenvolvimento da sua apresentação.

Curiosamente essa questão relativa aos esportes radicais não foi abordada por autores brasileiros, tão pouco foi achado doutrina estrangeira acerca do tema, dessa forma, a análise aqui pretendida se resumirá a uma abordagem superficial do tema.

Como já foi analisado previamente se existem normas regulando a prática desses esportes, inclusive competições a níveis internacionais, como é o caso do evento denominado “Extreme Games”, dessa forma, verifica-se que as atividades promovidas por esses atletas têm o respaldo na autorização estatal. Dessa forma, é inimaginável que as lesões provocadas na prática regular desses esportes sejam antijurídicas, visto que, não raramente, atletas desses esportes internacionalmente

⁹¹ MARQUES. op. cit. p. 193.

conhecidos são homenageados por integrantes do Poder Público. v.g. o atleta Peterson Rosa, surfista profissional, que recebeu o título de cidadão honorário da prefeitura de Matinhos no Estado do Paraná.

A prática desses esportes geralmente consiste numa competição individual em que o atleta vai chegar ao seu limite para tentar fazer a melhor apresentação recebendo uma pontuação pela mesma, e aquele, que ao final obtiver a maior pontuação vencerá a competição. Dessa forma, o objetivo não é as lesões que possam ocorrer, mas sim a apresentação mais bela, arriscada e perigosa. Pois quanto mais perigosa for a manobra, maior será a nota e as chances do atleta vencer, porém, na mesma medida crescerá a chance do atleta lesionar-se, ou até mesmo, vir a óbito. Porém, como bem coloca Damásio de Jesus, o Código Penal não pune a autolesão, o suicídio e nem a tentativa de suicídio, “não constitui delito o fato de o sujeito ofender a própria integridade corporal ou a saúde”⁹².

Neste pensamento, o que se põe à prova é a valoração que o próprio atleta faz antes, ou no momento da sua apresentação, sendo que, é ele quem decidirá quais são os riscos que estará disposto a assumir para tentar superar os outros adversários, sabendo que a chance de sofrer um acidente que o deixe permanentemente afastado das competições esportivas cresce no mesmo nível da audácia de seus movimentos.

A pergunta que se faz é: quais são os limites de disposição para esses atletas? Infelizmente não existe nenhuma fórmula pronta e definitiva para respondê-la, pois seu julgamento dependerá da valoração jurídica no momento e do local de sua ocorrência. Para se aferir se é lícito esse risco ao qual o atleta se expõe, deve-se analisar se estão presentes os requisitos objetivos para a sua prática, que são dois: o primeiro é a expressa autorização em lei para a prática desse esporte, pois existem esportes radicais cuja prática é proibida pelo ordenamento em vigor no Estado, como é o caso do *base-jump*, que consiste em pular de pára-quedas do alto de objetos fixos, como prédios e

⁹² JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**: parte especial. 9. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 143.

penhascos. A sua prática é vedada devido a grande periculosidade do esporte, pois não existem dispositivos de segurança que garantam uma prática saudável desse esporte. O segundo se refere ao cumprimento dos regulamentos da prática esportiva, como o uso obrigatório de joelheiras e capacetes, cuja violação dos mesmos pode tornar antijurídico o fato praticado.

Ao analisar a nossa Carta Magna, em seu art. 217, §3º dispõe que o “Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social”, ficando mais clara a idéia de que o esporte é um lazer e como tal uma forma de promoção social. Dessa maneira pode-se concluir que a prática esportiva tem grande importância social, especialmente num Estado Democrático de Direito, que é o expoente máximo de uma sociedade livre, justa e solidária⁹³.

7.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como o Estado fomenta a atividade esportiva, até mesmo dando apoio financeiro, estaria o mesmo reconhecendo a influência benéfica que a prática esportiva pode ter sobre a população, seja ocupando os jovens para que se afastem de substâncias prejudiciais à saúde ou mesmo para assegurar uma vida mais saudável para aqueles que já alcançaram uma idade avançada⁹⁴. Dessa maneira estaria diminuindo os níveis de criminalidade e os custos com medicamentos e hospitais para os idosos, além de prolongar a expectativa média de vida da população, bem como a sua produtividade.

A lei nº 9.615 de 24 de março de 1998, alterada pela lei nº 10.264, de 16 de julho de 2001, que institui normas gerais sobre o desporto estabelece em seu art. 56:

⁹³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2004. p.119.

⁹⁴ PIERANGELI. op. cit. p. 179.

Art 56. Os recursos necessários ao fomento das práticas desportivas formais e não-formais a que se refere o art. 217 da Constituição Federal serão assegurados em programas de trabalho específicos constantes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além dos provenientes de:

I - fundos desportivos;

II - receitas oriundas de concursos de prognósticos;

III - doações, patrocínios e legados;

IV - prêmios de concursos de prognósticos da Loteria Esportiva Federal não reclamados nos prazos regulamentares;

V - incentivos fiscais previstos em lei;

VI - dois por cento da arrecadação brutas dos concursos de prognósticos e loterias federais e similares cuja realização estiver sujeita a autorização federal, deduzindo-se este valor do montante destinado aos prêmios.

§ 1º Do total de recursos financeiros resultantes do percentual de que trata o inciso VI do *caput*, oitenta e cinco por cento serão destinados ao Comitê Olímpico Brasileiro e quinze por cento ao Comitê Paraolímpico Brasileiro, devendo ser observado, em ambos os casos, o conjunto de normas aplicáveis à celebração de convênios pela União.

§ 2º Dos totais de recursos correspondentes aos percentuais referidos no §1º, dez por cento deverão ser investidos em desporto escolar e cinco por cento, em desporto universitário.

§ 3º Os recursos a que se refere o inciso VI do *caput*:

I - constituem receitas próprias dos beneficiários, que os receberão diretamente da Caixa Econômica Federal, no prazo de dez dias úteis a contar da data de ocorrência de cada sorteio;

II - serão exclusiva e integralmente aplicados em programas e projetos de fomento, desenvolvimento e manutenção do desporto, de formação de recursos humanos, de preparação técnica, manutenção e locomoção de atletas, bem como sua participação em eventos desportivos.

§ 4º Dos programas e projetos referidos no inciso II do § 3º será dada ciência aos Ministérios da Educação e do Esporte e Turismo.

§ 5º Cabe ao Tribunal de Contas da União fiscalizar a aplicação dos recursos repassados ao

Comitê Olímpico Brasileiro e ao Comitê Paraolímpico Brasileiro em decorrência desta Lei.” (NR)

Dessa maneira, observa-se que o poder público regulamenta inclusive a destinação de recursos para as práticas esportivas. É importante salientar que no caput do art. 217 da CF, o legislador coloca como “**dever**⁹⁵ do Estado fomentar práticas desportivas, formais e não formais, como direito de cada um”. Dando mais ênfase em seu §1º ao dispor que o “Poder Judiciário, só admite ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva”. Conforme José Afonso da Silva, a Constituição valorizou a justiça desportiva ao estabelecer que “o Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias daquela”⁹⁶.

Conforme afirma Pierangeli, “não se concebe que seja típica uma conduta quando esta pode ser favorecida, e até ordenada, por outras normas. É o que acontece com as lesões produzidas durante a prática de um esporte.”⁹⁷ Segundo o doutrinador, a conduta é conglobantemente atípica, assumindo a aquiescência a forma de acordo⁹⁸.

Ressaltando a conduta do esportista que violar o regulamento, não restará excluída a antijuridicidade do ato, pois o mesmo não estará de acordo com as normas desportivas.

⁹⁵ Grifo do autor

⁹⁶ SILVA. op. cit. p. 823.

⁹⁷ PIERANGELI. op. cit. p.180.

⁹⁸ Id.

8. CONCLUSÕES

Feitas as considerações pertinentes ao tema, algumas conclusões são extraídas como mais importantes:

1) O consentimento do ofendido pode operar de três formas diversas no Direito Penal: como parte integrante do tipo (rapto consensual, art. 220 e formação de quadrilha, art. 288), como excludente do tipo (crime de furto, art. 155, violação de domicílio, art. 150 e violação de correspondência, art. 151) e como causa de exclusão de antijuridicidade (lesão corporal, art. 129 e estupro, art. 213). Porém na prática não há diferença se a excludente for de tipo ou de antijuridicidade, pois o resultado prático será o mesmo.

2) O consentimento presumido tem valor sempre que se possa deduzir que o seu titular, em condições normais, consentiria com a lesão do seu bem jurídico penalmente tutelado.

3) Como os critérios apresentados pela doutrina para diferenciar os bens disponíveis e indisponíveis mostram-se ineficientes, sendo necessário que se faça uma ponderação de acordo com o Direito consuetudinário e as normas vigentes da época e no local, para se tentar distinguir quais são disponíveis e quais são indisponíveis.

4) A idade deve ser apenas um indicativo para a capacidade de consentir. Para que o agente possa validamente consentir é necessário que ele possua a maturidade suficiente para avaliar o significado, valor, conteúdo e o alcance do consentimento no momento em que é prestado.

5) Somente é justificado o fato se o agente possuir o conhecimento da declaração do consenciente antes de praticar a ação, podendo responder por crime consumado na sua inobservância. Porém, se o agente erroneamente supuser ter recebido o consentimento e tratar-se de hipótese de erro invencível, poderá ter sua culpabilidade excluída.

6) Mesmo que se trate de hipótese de bem jurídico disponível, não será possível aplicar o instituto no consentimento do ofendido se a conduta colidir com os

bons costumes.

7) No caso de lesões esportivas, quando as mesmas ocorrerem dentro das normas, estará excluída a ilicitude da conduta, pois existirá uma norma permitindo a prática dessa atividade. Porém, se a lesão for ocasionada em consequência de uma infração ao regulamento, a mesma poderá ser considerada ilícita, v.g. o boxeador que após o soar do gongo continua a agredir seu adversário.

9. BIBLIOGRAFIA

- BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: parte geral. 2. ed. t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal**. Coimbra: Livraria Almedina, 1968.
- DOTTI, René Ariel, **Curso de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- FRANCO, Alberto Silva. et al. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 5. ed. ver. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**: Parte General. Tradução de: José Luis Manzanares Samaniego. 4. ed. Granada: Comares, 1993.
- JESUS, Damásio Evangelista. **Direito Penal**: parte geral. 13. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1988.
- _____. **Direito Penal**: parte especial. 9. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1986
- HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**: arts 11 a 27. 5. ed. v. 1. t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- MACHADO, Luiz Alberto. **Direito Criminal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- MAGALHÃES, Délio. **Causas de exclusão do crime**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1975.
- MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. 1.ed. atual. v. 2. Campinas: Bookseller, 1997.
- MATTOS, Delivar Tadeu de. **O consentimento do ofendido no Direito Penal**. Curitiba, 1992. 56 f. Monografia (Curso de Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná.
- MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. **Derecho Penal**: Parte Generale. 7. ed. v. 1. Tradução de: Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Astrea: Buenos Aires, 1994.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 13 ed. SP: Atlas, 1998.
- PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido**: na teoria do delito. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.
- STELLA, Frederico; CRESPI, Alberto; GIUSEPPE, Zuccala. **Commentario Breve al Codice Penale**. Milão: Padova, 1986.

TAVARES, Juarez Estevam Xavier. O consentimento do ofendido no Direito Penal. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, n. 12, 1969. p. 257-270.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

WESSELS, Johannes. **Direito Penal: Parte Geral**. Tradução e notas de: Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976.