

DELIVAR TADEU DE MATTOS

**O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO
NO DIREITO PENAL**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-graduação em Direito Mestrado/Doutorado da U.F.P.R., pela Comissão Formada pelos Professores:

**Orientador: Prof. Doutor Luiz Alberto Machado.
Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, da U.F.PR.**

Prof. Doutor René Ariel Dotti

Prof. Doutor Miguel Reale Júnior

Curitiba, 17 de março de 1992

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

Faculdade de Direito

**O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO
NO DIREITO PENAL**

Delivar Tadeu de Mattos
Curso de Mestrado em Direito Penal

Curitiba
1992

O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO NO DIREITO CRIMINAL

PARTE I

PERCEPÇÃO TEÓRICA DO CONSENTIMENTO

Capítulo I – Conceito

Seção I – Noções Gerais

Seção II – O Consentimento do Ofendido

Capítulo II – Âmbito de Aplicação

Seção I – Os Bens Disponíveis e Indisponíveis

Seção II – Pressupostos e Objeto do Consentimento do Ofendido

Seção III – Consentimento Presumido

Capítulo III – A Ineficácia do Consentimento

Seção I – A Ordem Pública e os Bons Costumes

Seção II – O Defeito Essencial da Vontade

PARTE II

O CONSENTIMENTO NOS DIREITOS BRASILEIRO E COMPARADO

Capítulo I – O Consentimento no Direito Brasileiro

Seção I – A Legislação Pátria

Seção II – Causa Supralegal de Justificação

Capítulo II – Direito Comparado

Seção I – A Legislação Comparada

Seção II – Causa de Exclusão de Ilícitude

Capítulo III – Transexualismo

Seção I – Aspectos Penais

Seção II – Aspectos Cíveis e Constitucionais

CONCLUSÃO

O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO NO DIREITO CRIMINAL

INTRODUÇÃO

O consentimento do ofendido é instituto consagrado no Direito Criminal, constituindo-se como causa de exclusão de antijuridicidade, se bem que o Código Penal Pátrio o exclui expressamente.

Conforme se vê na Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, publicado no Diário Oficial da União, de 31 de dezembro de 1940, tópico 16, entre as causas de isenção de pena, ou de exclusão de crime, não inclui o projeto o consentimento do ofendido.

Na realidade, o Código Penal de 1940 (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940) trata-o, unicamente, como causa de exclusão da tipicidade. Tanto assim que alude aos crimes para cuja existência se torna necessário o dissenso do sujeito passivo. Assim, os crimes patrimoniais. Ora, em tais casos, se precede o consentimento do interessado, não há como falar em crime. Fora daí, ressalta a sua Exposição de Motivos, o consentimento do lesado não pode elidir o crime ou a pena, pois solução diversa estaria em contraste com o caráter eminentemente público do direito penal.

Na legislação comparada, porém, o consentimento do ofendido funciona como causa de justificação, vindo expresso na própria norma penal. Como são os casos dos Códigos Penais italiano de 1930, lusitano, de 1982, e espanhol (reforma penal de 1983).

Na Itália, o art. 50 do Código Penal estabelece: “Não é punível quem ofende ou põe em perigo um direito com o consentimento da pessoa que dele pode validamente dispor”.

Como explica BETTIOL, para que o consentimento possa ter a sua eficácia como circunstância de justificação é necessário

que se refira a um objeto válido: a um direito de que o titular possa validamente dispor.¹

Isto significa que o consentimento do ofendido se vincula tão somente aos bens disponíveis.

Quais são os bens disponíveis?

A resposta não é fácil já que a lei penal a respeito não estabelece nenhum critério para que se possa identificar dentre os bens jurídicos tutelados, os que se subsumem na disponibilidade do direito.

Na doutrina, responde Juarez Tavares que os bens jurídicos quando individuais são disponíveis e quando coletivos são indisponíveis. Alinha que a honra, a liberdade pessoal, a integridade corporal, assim como todos os bens jurídicos de natureza patrimonial, podem ser enquadrados como bens disponíveis. Consequentemente, o particular ofendido deles pode dispor e, nestes casos, o consentimento exclui a criminalidade.²

No Código Penal de Portugal (Dec.-lei 400/82), figura o consentimento do ofendido entre as causas de exclusão de ilicitude (art. 31, 2, “d”), limitando o seu conteúdo nos arts. 38 e 39.³

Na Espanha, com a reforma penal de 1983, consente-se à pessoa o direito de dispor da sua integridade física, eximindo o médico de responsabilidade penal nas hipóteses de transplante de órgãos efetuados de conformidade com os dispositivos da lei, esterilizações e cirurgia transexual.⁴

Como assinala MUNÓZ CONDE, nesses casos a pessoa exercita legitimamente um direito fundamental de origem constitucional (art. 14 da Constituição espanhola): o direito de buscar sua própria identidade sexual, que justifica a operação castradora à qual se deve necessariamente submeter para obter seu intento. O mesmo se deve dizer de outras operações, como a

(1) BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*, V.I. Trad. p. 400.

(2) TAVARES, Juarez E.X. *O Consentimento do Ofendido no Direito Penal*, In: *Revista da Faculdade de Direito da U.F.Pr., Curitiba*, 1969, ANO 12, nº 12, p. 258-269.

(3) PIERANGELLI, José Henrique. *O Consentimento do Ofendido na Teoria do Delito*, p. 81.

(4) MUNÓZ CONDE, Francisco. *Teoria Geral do Delito*. Trad. p. 121.

esterilização voluntária (direito de dispor sobre sua capacidade reprodutora) ou as de caráter estético (direito de buscar melhor imagem externa).⁵

O trabalho aborda, pois, a moderna concepção do consentimento do ofendido que lhe dá o direito comparado, cotejando-o com a legislação penal pátria. Analisa-o sob enfoque de perspectivas diferentes: a) quando se concede eficácia ao consentimento do titular do bem jurídico protegido como elemento do tipo de injusto do respectivo delito. Assim, por exemplo, o delito de violação de domicílio é construído com base na oposição do dono a quem ingresse ou permaneça na sua casa (art.150). O consentimento por ele dado torna impossível a configuração do próprio fato previsto como crime na lei penal; b) quando o consentimento aparece como elemento indispensável à configuração do próprio tipo objetivo, como ocorre no aborto (art.126) e no rapto (art.220) consensuais. Nesta hipótese, a ausência de consentimento exclui o crime, por faltar ao tipo um dos seus elementos essenciais; e c) o consentimento do ofendido como causa de exclusão de ilicitude. Seus pressupostos e objeto. O consentimento real. O consentimento presumido. Os bens jurídicos que se incluem na disposição do lesionado. Limites do consentimento do ofendido: a ordem pública e os bons costumes. Mesmo que o bem se insira na disponibilidade do ofendido, atentando o fato aos bons costumes e à ordem pública, o consentimento é ineficaz.

Seguindo-se esta linha de raciocínio, passa-se a investigar os casos de lesões consentidas nas cirurgias de natureza estética e de mudança de sexo (transexualismo).

Suponha-se a hipótese em que o transexual se submeta a uma operação cirúrgica para a mudança de sexo. A lesão corporal que lhe ocasiona o Cirurgião causa ofensa à sua integridade corporal, vindo o seu consentimento a excluir a ilicitude desta mesma lesão. Trata-se de consentimento válido porque decorre de um direito fundamental da pessoa humana de buscar a sua própria identidade sexual. Subentende-se, também, que a operação, em razão da compreensão médico-científica que revela o transexual como sendo um ser onde ocorre uma disjunção entre

(5) MUNÓZ CONDE, Francisco. Obra citada. p. 122.

o sexo psicológico com o sexo genético, em que a pessoa sente que nasceu com o corpo errado e, por isso, busca desesperadamente realizar a reversão sexual, passando a ter aparência e o status social do sexo oposto, não atenta contra a ordem pública e aos bons costumes.

Assim, o transexualismo se constitui no ponto culminante da dissertação, em que se analisa os seus aspectos penais, civis e constitucionais, levando em consideração a realização da cirurgia para mudança de sexo e os seus protagonistas.

PARTE I

PERCEPÇÃO TEÓRICA DO CONSENTIMENTO

Capítulo I – Conceito

Seção I – Noções Gerais

Seção II – O Consentimento do Ofendido

SEÇÃO I – NOÇÕES GERAIS

A etimologia da palavra consentimento significa acordo, anuência, tolerância, adesão, aquiescência, autorização, consenso, cujos termos como se nota, são aptos a produzir consequências jurídicas, tanto no plano do direito privado como no direito público.

Sob a ótica do direito privado, o consentimento se constitui em um dos elementos essenciais dos atos jurídicos em geral (CC, arts 5º, 6º, 84, 86-101) e dos contratos de natureza civil, comercial e de trabalho. No direito público, o consentimento aparece no âmbito da Administração Pública, principalmente nas relações contratuais envolvendo o órgão estatal com os particulares. Ganha nova roupagem no Direito Criminal com a figura do consentimento do ofendido.

Surgem, desde logo, várias indagações:

- a) Qual o sentido do consentimento do ofendido?
- b) De que maneira se pode inferir que o consentimento de um particular possa em matéria criminal influir, de molde afastar a resposta penal?
- c) Que solução deve ser dada, quando se chocam o interesse particular da pessoa consenciente ofendida pelo crime como interesse estatal violado pelo autor deste mesmo crime

Tais indagações encerram muitas dificuldades, mormente se considerar o caráter eminentemente publicista do Direito Penal. Como assinala Luiz Alberto Machado⁶, “nem mesmo a existên-

cia de ações privadas retira o caráter público do direito criminal; o que se transfere e tão só o exercício da ação, não o direito de punir, sempre do Estado, em consequência da sua exclusividade na edição das normas penais”.

Acresça-se a isto o conteúdo destas mesmas normas que envolvem os bens jurídicos tutelados pela lei penal, decorrentes de uma valoração das ações ilícitas no mundo do direito feita pelo legislador penal, através da qual seleciona aquelas passíveis de sua sanção. Deve-se, assim, desvendar também esta problemática referente aos bens jurídicos, verificando os que são indisponíveis e os que se subsumem na disponibilidade do direito. Vincula-se nesta última classe o consentimento do ofendido cuja eficácia depende, porém, de o fato não atentar contra a ordem pública e os bons costumes.

Suponha-se a hipótese de que o transexual⁷ se submeta a uma operação cirúrgica para a mudança de sexo. A lesão corporal que lhe ocasiona o Cirurgião causa ofensa à sua integridade corporal, vindo o seu consentimento a excluir a ilicitude desta mesma lesão. Trata-se de consentimento válido porque decorre de um direito fundamental da pessoa humana de buscar a sua própria identidade sexual. Subentende-se, também, que a operação, em razão da compreensão médico-científica que revela o transexual como sendo um ser onde ocorre uma disfunção entre o sexo psicológico com o sexo genético, em que a pessoa sente que nasceu com o corpo errado e, por isso, busca a reversão sexual, passando a ter aparência e o status social do sexo oposto, não atenta contra a ordem pública e aos bons costumes.

(6) MACHADO, Luiz Alberto. Direito Criminal – Parte Geral. Revista dos Tribunais. p. 15.

(7) REZENDE, Marco Antonio. Transexuais – A Conquista da Identidade perdida, Medicina, In Revista Manchete. São Paulo. Ed. 28/04/1990. pp. 85-90. “Transexual! ... Uma categoria humana envolta em controvérsia, sofrimento e dramas. Até recentemente confundido com o Homossexual, o travesti, o travesti e o hermafrodita, o transexual tem finalmente revelada sua verdadeira identidade. Trata-se de um ser onde ocorre um divórcio entre o sexo psicológico e o sexo genético: uma falta de coincidência de individualidades, que começa a ser explicada em bases científicas. Sabe-se agora que o transexualismo não é uma tara ou bizarra comportamental voluntária, é que em cada 100 mil indivíduos 8 são transexuais. No Brasil no mundo, a medicina e a lei se unem para reabilitar este imenso contingente de injustiçados. Os transexuais conquistam o direito à personalidade.”

Mas não se deve esquecer porém, que no Brasil, este tipo de cirurgia para a “mudança” de sexo encontra vários problemas por ausência de legislação específica.

Certo está que o tema é igualmente controverso. A não punição do Cirurgião depende de busca de respostas a outras indagações envolvidas no consentimento do ofendido como causa de exclusão de ilicitude.

SEÇÃO II – O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO

Alerta Eduardo Correia⁸ que o consentimento do ofendido como causa de exclusão da ilicitude deverá antes de tudo distinguir-se do perdão do ofendido (CP do Brasil, art. 105) ou da dependência do exercício de queixa e de representação (arts. 30 e 39 do Código de Processo Penal). Ocorre que, nestes casos, opera-se aquiescência posterior à realização do crime, afastando o processo, enquanto que o consentimento do ofendido deve ser verificado antes da execução da atividade criminosa, impedindo, assim, a imposição da sanção.

Importa ainda distinguir as hipóteses em que o consentimento tem função de exclusão do ilícito. Deságuam as mesmas em dois grupos de fatos encontráveis na parte especial do Código Penal Pátrio, ora excluem o tipo, ora excluem a tipicidade.

No primeiro grupo, quando o consentimento aparece como elemento indispensável à configuração do próprio tipo objetivo, como ocorre no aborto (art. 126) e no rapto (art. 220) consensuais.⁹ Aqui, frisa Juarez Tavares, a ausência de consentimento exclui o crime, por faltar ao tipo um dos seus elementos essenciais.¹⁰

No segundo grupo, prossegue Juarez Tavares, sua função é de excluir a tipicidade da conduta. Nesta hipótese, o dissenso do

(8) CORREIA, Eduardo. Direito Criminal. Livraria Almedina. Coimbra, 1971. p. 18.

(9) MACHADO, Luiz Alberto. Obra Citada. p. 135.

(10) TAVARES, Juarez. Obra Citada. p. 261.

titular do bem pertence ao tipo. Havendo o consentimento, não haverá crime por ausência do tipo, figurando, portanto, situação inversa com a mencionada anteriormente¹¹. Como exemplos desses casos, podemos citar os crimes de constrangimento ilegal, sequestro ou cárcere privado, invasão de domicílio, violação de correspondência, o furto, o estupro, etc.

Figure-se a hipótese de violação de domicílio que é construído com base na oposição do dono a quem ingresse ou permaneça na sua casa (art. 150). O consentimento por ele dado descaracteriza o tipo. O mesmo acontece nas violações consentidas em relações amorosas, na subtração de coisa alheia com prévio conhecimento do proprietário¹². Como acentua Aníbal Bruno, nestas figuras penais e em outras em que o consentimento torna o fato não típico e, portanto, estranho ao Direito Penal¹³.

Todos estes aspectos demonstram a relevância do consentimento do ofendido no Direito Criminal, já que ele exclui direta ou indiretamente a existência de um crime. Ou mesmo posteriormente à sua prática, através do perdão e do não exercício da ação penal privada do direito de representação que impede o respectivo processo criminal.

Mas, como se viu, a sua abrangência restringe-se a determinadas áreas, nas quais se liga à idéia da disponibilidade dos respectivos bens jurídicos por parte de seus titulares. Não alcança, assim, a classe dos bens indisponíveis, em que prepondera o interesse público, o que se verifica, saliente-se, na grande maioria dos casos contidos na lei penal. Recorde-se do exemplo do tipo de homicídio citado por Aníbal Bruno. Diz ele que a vida é um bem jurídico que não importa proteger só do ponto de vista individual, tem importância para a comunidade. O desinteresse do indivíduo pela própria vida não exclui esta da tutela penal. O Estado continua a protegê-la como valor social e este interesse superior torna

(11) TAVARES, Juarez. *Obra Citada*. p. 261.

(12) CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal (A Nova Parte Geral)*. Forense. Rio de Janeiro. 1985. Exs de consentimento do ofendido como descaracterização do tipo, delimitado pelas situações de proteção exclusiva da vontade do ofendido. p. 97.

(13) BRUNO, Anibal. *Direito Penal*. Tomo 2º. Forense. Rio de Janeiro. 1967. p.19.

inválido o consentimento do particular para que dela o privem. Nem sequer quando ocorrem as circunstâncias que incluíram o fato na categoria da eutanásia ou homicídio piedoso. Realmente, se a lei incrimina o auxílio ao suicídio, com melhor razão punirá o matador mesmo quando com o consentimento da vítima¹⁴.

Perante a nossa legislação penal, o homicídio eutanásico se constitui, conforme esclarece a Exposição de Motivos, tópico 39, homicídio privilegiado, com pena especialmente atenuada.

Pode-se, assim, dizer que o consentimento como causa de exclusão do ilícito só tem condições de ser aplicado entre os denominados bens disponíveis, em que os particulares deles podem dispor. Como acentua Eduardo Correia: “O que necessariamente conduz a distinguir entre os casos em que o consentimento é relevante porque os particulares são os únicos titulares ou portadores dos interesses ofendidos e aqueles outros em que a vontade de abandono da proteção da ordem jurídica não pode excluir a ilicitude (porque tal protecção é exigida pela natureza ou coloração social do interesse ou bem jurídico que o crime violou) e onde, portanto, os particulares não são os únicos portadores dos interesses em causa. O que o mesmo é dizer que importa distinguir entre os casos em que o substracto da protecção é um interesse inteiramente disponível pelo seu titular e aqueles outros em que a nota social implica a sua indisponibilidade”¹⁵.

(14) BRUNO, Anibal. *Obra Citada*. p. 21.

(15) CORREIA, Eduardo. *Obra Citada*. pp. 23-24.

CAPÍTULO II – ÂMBITO DE APLICAÇÃO

Seção I – Os Bens Disponíveis e Indisponíveis

Seção II – Pressupostos e Objeto do Consentimento do Ofendido

Seção III – Consentimento Presumido

SEÇÃO I – OS BENS DISPONÍVEIS E INDISPONÍVEIS

Segundo ressalta José Frederico Marques, a disponibilidade ou indisponibilidade do bem jurídico é problema que se resolve em face dos mandamentos, princípios e regras da ordem jurídica total, inclusive o direito costumeiro¹⁶.

Quais são os bens disponíveis?

A resposta não é fácil já que a lei penal a respeito não estabelece nenhum critério para que se possa identificar, dentre os bens jurídicos tutelados, os que se subsumem na disponibilidade do direito.

É bem de ver que os bens jurídicos tutelados decorrem de cada norma penal incriminadora, que é, conforme Damásio E. de Jesus, a que descreve conduta punível e impõe a respectiva sanção¹⁷. Mas que, muitas vezes, consoante assinala Pierangelli, citando Roland Riz, assume relevância constitucional, particularmente quando o bem tutelado pela norma penal se insere no contexto dos direitos e garantias individuais (liberdade pessoal, liberdade de expressão, saúde, domicílio, etc.)¹⁸.

Implica, nesses casos, sua indisponibilidade pelo indivíduo¹⁹.

Na realidade, o critério que se deve buscar para se estabelecer a distinção entre os bens disponíveis e indisponíveis é o indicado por Frederico Marques, recorrendo-se aos mandamen-

(16) FREDERICO MARQUES, José. Tratado de Direito Penal. v. 2. O Consentimento do Ofendido. Saraiva. São Paulo, 1965. p. 144.

(17) JESUS, Damásio Evangelista. Direito Penal. v. 1. Parte Geral. Saraiva. São Paulo. 10ª ed. 1985. p. 13.

(18) PIERANGELLI, José Henrique. Obra Citada. p. 102.

(19) MACHADO, Luiz Alberto. Obra Citada. p. 135.

tos, princípios e regras de ordem jurídica total, inclusive o direito costumeiro. Aliás, segue esta mesma linha Pierangelli. Preambularmente, alude que o consentimento se caracteriza pela renúncia à tutela que a norma penal outorga ao bem jurídico, e que torna indispensável buscar-se um critério diferenciador entre os bens de que se pode validamente dispor e aqueles em que a disponibilidade é de todo impossível. Menciona, a seguir, o critério chamado de “balanceamento dos interesses” ou “equivalência dos interesses”, teoria esta formulada na Alemanha no começo do século, e, dentre os seus defensores, cita Alfred, Roberto Von Hippel e Liszt-Schmidt, e, ainda em obras recentes ela vem sendo defendida por Sauer, para quem “o consentimento exclui a antijuridicidade quando o interesse privado lesado, segundo a sua natureza, não possui importância preponderante para o bem comum estatal”... Aduz, mais adiante: “que o consentimento pode assumir a sua função discriminante ainda quando o delito venha a ser perseguido mediante ação penal pública incondicionada...”

Observa, finalmente, que não se pode fixar um critério seguro que permita concluir-se pela disponibilidade, ou não, do bem jurídico, para se estabelecer os limites do consentimento, indicando o seguinte roteiro:

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

2º) na realização desse trabalho, o intérprete 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 a fixação da natureza da ação penal é arbitrário, e, por consequência, inseguro, mas sempre servirá ao intérprete, desde que não seja usado com exclusividade”²⁰.

Juarez Tavares igualmente se posiciona no caminho indicado por Frederico Marques, fixando que os bens jurídicos quando individuais são disponíveis e quando coletivos são indisponíveis²¹. Alinha que a honra, a liberdade pessoal, a integridade

(20) PIERANGELLI, José Henrique. *Obra Citada*. pp. 109-114.

corporal, assim como todos os bens jurídicos de natureza patrimonial, podem ser enquadrados como bens disponíveis. Consequentemente, o particular ofendido pode dispor deles e, nestes casos, o consentimento exclui a criminalidade²².

O bem disponível, portanto, é um direito inerente ao seu titular que dele pode dispor, antes ou depois da ocorrência delituosa nele objetivada²³.

Quando a disposição for anterior, a atividade delituosa serve de objeto, válido para justificativa do consentimento²⁴, cuja eficácia depende, porém, de o fato não atentar contra a ordem pública e aos bons costumes, além dos requisitos necessários à sua validade.

Suponha-se a hipótese em que o proprietário de um prédio consente que o incendeiem, com a intenção de receber o seguro. É inaplicável a justificativa do consentimento, em razão de o fato atentar contra os bons costumes.

Depois da ocorrência delituosa, o consentimento não a desnatura, mas pode impedir a ação penal quando esta dependa de iniciativa da vítima²⁵.

(21) PEDRAZZI, Cesare. Consenso Dellavente. Diritto in Enciclopedia Del Diritto IX. Giuffrè Editore: "Indisponibili per principio gli interessi dello Stato, che i pubblici funzionari ebbono coltivare instretta ottemperanza all'allegge, e così puri gli interessi che fanno capo alla collettività non personificata: sentimento religioso, ordine pubblico incolumità pubblica, buon costume e simili".

(22) TAVAREZ, Juarez E.X. Obra Citada. p. 261.

(23) ZAFFARONI, Eugênio Raul. Tratado de Derecho Penal. Parte General III, Ediar Argentina. 1981: "La Disposición Del Bien Jurídico como Causa de Atipicidad Conglobante (Limite del Poder Repressivo). La Aquiescencia: Titularidade y disponibilidad. Deve quedar claro que si el derecho penal garantiza la disponibilidad de ciertos entes (bienes jurídicos), los conductos que son precisamente el ejercicio de la disposición que se garantiza, nunca pueden quedar abarcadas por la norma prohibitiva". p. 517.

(24) ZAFFARONI, Eugênio Raul. Tratado de Derecho Penal. Parte General III, Ediar Argentina. 1981: "La doctrina dominante entiende que el consentimiento es una renuncia a la protección jurídica, en tanto que hay autores que hacen depender la eficacia de una "valuación de bienes" (si valor "libertad de disposición del individuo sobre sus bienes" en tan importante que con el consentimiento se anula el desvalor). Entendemos conforme al desarrollo efectuado, que la aquiescencia como atipicidad no puede ser "renuncia" sino ejercicio del derecho que la ley protege, o sea, no es precisamente renuncia a la protección, sino actuación a su amparo..." p. 519.

(25) MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal. v. 1. Editora Atlas. São Paulo. 1986. p. 191.

Tratando-se, pois, do consentimento do ofendido como causa de exclusão de ilícito, ou mesmo nas hipóteses que ele exclui a tipicidade, a sua eficácia se volta também para a pessoa consenciente. Como assinala WESSELS, o consenciente deve ser capaz de consentir, isto é, ser capaz, segundo sua maturidade psíquica e moral, de reconhecer o significado e o alcance da renúncia ao bem jurídico e de julgá-los justamente²⁶.

Compõem-se, assim, os pressupostos e objeto do consentimento do ofendido.

SEÇÃO II – PRESSUPOSTOS E OBJETO DO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO

Antes de mais nada, convém anotar que aquiescência em matéria penal difere, substancialmente, do fato jurídico negocial que, segundo Kelsen, é constituído pelo ato de um indivíduo ou pelos atos de dois ou mais indivíduos, formando o negócio jurídico bilateral ou plurilateral chamado contrato²⁷. Esta última forma em que também se manifesta o consentimento tem sua área de atuação no direito civil, do trabalho, comercial e administrativo. No Direito Criminal, o consentimento que exclui a ilicitude há de ter natureza jurídica: Trata-se de uma vontade que se dirige à renúncia ou ao abandono da proteção jurídico-criminal²⁸.

Na perspectiva histórica do consentimento como causa justificante, porém, se depara com uma infinidade de teorias, as quais se originam do brocardo romano “*VOLENTI NON FIT INJURIA*”, em que o consentimento da vítima excluiria a injúria. Aparecem, assim, as teorias da Feuerbach, do negócio jurídico (Zitelmann), da ação jurídica (Bierling). Posicionamentos de Maurach e Welzel²⁹.

(26) WESSELS, Johannes. *Direito Penal. Parte Geral*. Trad. e notas por Juarez Tavares, Sérgio Antonio Fabris. Editor. Porto Alegre, 1976. p. 77.

(27) Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Armenio Amado Editora, Coimbra, 1984. p. 352.

(28) CORREIA, Eduardo. *Obra Citada*. p. 25.

(29) PIERANGELLI, José Henrique. O consentimento do ofendido na Teoria do Delito. Resumindo estas teorias que são desenvolvidas por este autor, verifica-se que pela teoria de Feuerbach, a validade do consentimento depende da natureza do direito e da capacidade de disposição do bem jurídico, cuja solução fica

As primeiras teorias de Feuerbach e do negócio jurídico, é inegável, vinculam o consentimento do ofendido às regras de natureza privada, subordinando a sua validade e pressupostos a estas mesmas regras. A teoria da ação jurídica, segundo refere Moacyr de Oliveira, leva a considerações filosóficas em torno da valoração individual e estatal dos bens para fim de tutela. Faculta-se ao indivíduo fazer inidôneos certos bens, como objetos da relação jurídica, preterindo a proteção que lhes dá o poder público³⁰.

Para Mezger, observa Juarez Tavares, o consentimento constituir-se-ia no exemplo clássico de exclusão do injusto com base no princípio da ausência do interesse. Sua verificação só caberia com a pressuposta existência de abandono de interesse por parte de quem legitimamente tivesse a faculdade de disposição do bem³¹.

O posicionamento de Maurach e Welzel, acentua Juarez Tavares, é o que se apresenta mais adequado ao fundamento da justificativa do consenso. Diz ele que Maurach e Welzel situam o consentimento entre os casos em que a norma cede, como consequência da renúncia do bem jurídico ameaçado à proteção jurídica.

Assinala ainda: “Há ocasiões em que o bem atacado renuncia à proteção da norma, constituindo uma situação anormal. Esta situação arrasta consigo a norma, fazendo-a retroceder, pois

adstrita aos princípios do direito privado vigente. A teoria do negócio jurídico procura transpor para a disciplina penal a teoria civil do negócio jurídico. O mesmo acontece com a teoria da ação jurídica. Pelo critério de Mezger a exclusão do injusto funda-se na falta de interesse do bem juridicamente tutelado; de Welzel: o consentimento deve ser sério e corresponder à verdadeira vontade do consentimento, com o que ele afasta o consentimento dado pelo ébrio e obtido mediante engano ou ameaça. Invoca os costumes como critério limitador da validade do consentimento. O fato, diz ele, apesar do consentimento, não deve ser contrário aos bons costumes: “é perfeitamente possível que o consentimento como tal seja relevante, mas, apesar disso, contrário aos bons costumes”, tornando-se ilícito. Exemplifica com o caso da mulher que consente na prática de lesões sádicas de seu empregador para não perder seu trabalho. O consentimento, conquanto válido, por ser contrário aos bons costumes não fica justificado. pp. 67-75.

(30) OLIVEIRA, Moacyr. Consentimento da Vítima in Repertório enciclopédico do direito brasileiro. v. 3. Borsoi. Rio de Janeiro. p. 241.

(31) TAVARES, Juarez E. X. Obra Citada. pp. 262-263.

já não interessa a ela proteger o bem, tendo em vista o critério de valor de uma situação normal”³².

Como se vê, esse último fundamento serve de suporte à natureza jurídica do consentimento como causa justificante, cuja eficácia depende dos seguintes pressupostos: a) A renúncia do bem jurídico tutelado deve ser juridicamente admissível, subsumindo-se na disponibilidade.

Como explica Wessels: O indivíduo não pode dispor eficazmente de bens jurídicos da coletividade. Indisponível é, além disso, o bem jurídico personalíssimo da vida, pois aqui são igualmente afetados interesses públicos fundamentais. O consentimento a uma lesão corporal submete-se a importantes limitações. Disponíveis são, em contrapartida, a propriedade e o patrimônio³³.

b) A capacidade para consentir, como causa que exclui a ilicitude, conforme alerta Eduardo Correia, não tem por sua vez nada a ver com a capacidade jurídico civil. O que importa é que existe capacidade de gozo, e que se tenha ao mesmo tempo o discernimento suficiente para avaliar o significado, valor e conteúdo do consentimento no momento em que é prestado³⁴.

Pode-se assim dizer que a capacidade para consentir, em Direito Criminal, extrai-se por via inversa da imputabilidade: Só pode consentir aquele que tenha o discernimento necessário para entender o caráter criminoso do fato, e com a capacidade penal que se verifica na nossa lei penal, aos 18 anos (art. 27).

Esta é a opinião de Pierangelli, que aduz haver uma única capacidade criminal envolvendo o imputado e o consenciente³⁵. Desse posicionamento discordam Juarez Tavares³⁶ e Luiz Alberto Machado. Assinala este último de que o consenciente deve ter capacidade criminal de consentir, o que não limita o consentimento aos imputáveis, mas o leva também aos inimputáveis, dependendo do exame do caso concreto: um jovem, cujo consentimento poderá ser inválido no tocante a um bem de va-

(32) TAVARES, Juarez E. X. Obra Citada. p. 263.

(33) WESSELS, Johannes. Obra Citada. p. 77.

(34) CORREIA, Eduardo. Obra Citada. p. 26.

(35) PIERANGELLI, José Henrique. Obra Citada. p. 130.

(36) TAVARES, Juarez E. X. p. 264.

lor, pode, no entanto, consentir validamente na cessão de um brinquedo comum e de baixo valor. O que importa é que o consentimento seja dado sem vício de vontade³⁷.

É indiscutível que o consentimento obtido com vício de vontade (coação ou erro) torna-se inválido. Isso, porém, não altera a posição de quem não é capaz de consentir por lhe faltar a capacidade criminal, que é a mesma do imputado. Os inimputáveis só tem condições de consentir com a anuência do seu representante legal. Nos mesmos moldes, aliás, em que se admite a representação para a realização do aborto consentido, na hipótese de a gestante ser incapaz (art. 128, II, última parte).

c) O consentimento deve ser anterior ao exercício da ação consentida. Sua verificação posterior só terá eficácia para o Direito Processual Penal, no reconhecimento ao direito de queixa, em determinados delitos.

d) Quanto à forma, como explica Juarez Tavares, em princípio, requer-se a expressa. Porém, admite-se lugar ao consentimento tácito quando, em virtude das circunstâncias, se torna iniludível a renúncia do titular do bem³⁸.

e) Elemento Subjetivo de Justificação. Resolve-se pela conjugação das teorias do negócio jurídico de Zitelmann e da direção da vontade de Mezger. O autor deve ter agido no conhecimento e por causa do consentimento. Por uma ação efetuada em desconhecimento do consentimento é de se punir o autor não por fato consumado, mas apenas por fato tentado. Para a tomada errônea de um consentimento que na realidade não se apresenta incide o Erro de Proibição (art. 21 do CP).

Conclui-se, assim, que a eficácia do consentimento do ofendido decorre de seus pressupostos e de seu objeto, que se subsume na disponibilidade de alguns bens de natureza individuais.

O consentimento em si, vale dizer, real, como se viu, é eficaz. Nada se disse, contudo, com relação ao consentimento presumido ou hipotético que lhe é correlato. Qual é o efeito desse tipo de consentimento? Produz ou não eficácia?

(37) MACHADO, Luiz Alberto. Obra Citada. p. 136.

(38) TAVARES, Juarez E. X. Obra Citada. p. 265.

Cumpre examinar.

SEÇÃO III – O CONSENTIMENTO PRESUMIDO

O consentimento presumido decorre de determinados acontecimentos da vida cotidiana, sempre envolvendo o lesionado em situações que o impede de expressar a sua vontade, mas, que se pudesse, anuiria na ação de quem lhe lesionou, por ter sido a mesma praticada em seu benefício. A propósito, aduz Cirino dos Santos que é comum a ocorrência de situações em que o consentimento justificador não é expresso, mas presumido: as cirurgias urgentes em vítimas inconscientes de acidentes de trânsito ou de trabalho. Pondera, a seguir, que esta modalidade de consentimento, como causa de justificação, está sempre correlacionada com as ações socialmente adequadas e com o exercício regular do direito e, eventualmente, com o estado de necessidade³⁹.

Constitui-se, assim, como fundamento autônomo de exclusão da ilicitude.

Nesse sentido é a lição de Eduardo Correia: “O consentimento presumido, ou melhor, hipotético, do titular do bem jurídico deve, por outro lado, situar-se como fundamento autônomo de exclusão da ilicitude, não correspondendo a uma avaliação objectiva dos interesses daquele titular – caso em que estaríamos em face de um estado de necessidade – mas a um acto no interesse daquele lesado, no sentido de que, nas condições dadas, o seu interesse, ou seja, a sua vontade, seria a de consentir”⁴⁰.

Por seu turno, Wessels o trata como causa de justificação, reconhecida pelo direito costumeiro, em que além de desempenhar um papel no direito médico, quando o perigo é iminente e o consentimento não pode ser obtido a tempo (recorem-se as hipóteses de Cirino dos Santos, atrás mencionadas), atua onde faltar um interesse de conservação do ofendido, digno de ser protegido, e deva se supor o seu consentimento, conforme um

(39) CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Obra Citada. p. 99.

(40) CORREIA, Eduardo. Obra Citada. p. 30.

juízo objetivo e razoável, e baseado em indícios bastante sérios – princípio do interesse ausente⁴¹.

Aliás, quanto a esta última forma de atuação, convém lembrar o exemplo a que alude Juarez Tavares: “do sujeito que se introduz na casa do vizinho, durante sua ausência, para consertar uma torneira e evitar assim consequências mais graves”⁴².

O consentimento presumido é, assim, uma forma de exclusão de ilicitude, em que se considera que o ofendido haveria consentido com a atuação, se o fato tivesse entrado na esfera de seu conhecimento.

Feitas estas considerações, temos condições de responder que o consentimento presumido se constitui causa autônoma de exclusão de ilicitude, reconhecida pelo direito costumeiro, tendo plena eficácia. Equipara-se, pois, ao consentimento real.

Mas há situações em que o consentimento se torna ineficaz, por defeito essencial da vontade do consenciente, ou quando o fato consentido atentar contra a ordem pública e os bons costumes.

CAPÍTULO III – A INEFICÁCIA DO CONSENTIMENTO

Seção I – A ordem pública e os bons costumes

Seção II – O defeito essencial da vontade

SEÇÃO I – A ORDEM PÚBLICA E OS BONS COSTUMES

A ordem pública e os bons costumes contrastam-se com o consentimento do ofendido tornando-o ineficaz. Ou, em outras palavras, a contrariedade com a ordem pública e aos bons costumes sempre limitam, em quaisquer circunstâncias, o consentimento do ofendido. Isto porque essas causas se inserem no

(41) WESSELS, Johannes. Obra Citada. pp. 78-79.

(42) TAVARES, Juarez E.X. Obra Citada. p. 268.

interesse coletivo, que brota da comunidade, na qual, conforme acentua René Ariel Dotti, o Direito Penal deita suas raízes na medida em que procura traduzir os seus anseios de progresso nos mais diversificados sentidos: tendo sempre, como relevo a figura do Homem em seu universo de necessidades e possibilidades⁴³.

Constituem-se, assim, a ordem pública e os bons costumes em medidas de proteção comunitária que se sobrelevam ao princípio romano “*volenti non fit injuria*”, de feição eminentemente individualista, sobre o qual se inspira a eficácia do consentimento do ofendido. Exemplo disso a regra do art. 5º, do Código Civil da Itália, quando dispõe que os atos de disposição do próprio corpo são proibidos quando ocasionem diminuição permanente da integridade física ou contrariem a lei, a ordem pública e os bons costumes⁴⁴.

Cumpre verificar, pois, cada uma destas medidas, analisando as hipóteses em que elas se aplicam e tornam o consentimento ineficaz.

Parágrafo 1º – A ordem pública.

A ordem pública é um complexo de princípios jurídicos, éticos, políticos e econômicos, pelos quais se rege a convivência social, no interesse público de uma Comunidade⁴⁵.

PIERANGELLI conceitua-a como sendo um complexo de princípios gerais, fundamentais e inderrogáveis, estabelecidos pelo ordenamento jurídico estatal, que não podem ser submetidos à disposição do particular.

Aduzindo, em seguida, que o consenciente não pode validamente dispor de bem jurídico quando, dos princípios gerais que se extraem do complexo de normas que compõem o ordenamento jurídico estatal, se concluir ser o ato de renúncia contrário à ordem pública⁴⁶.

(43) DOTTI, René Ariel. Bases e Alternativas para o Sistema de Penas. A comunidade. Ed. Saraiva. São Paulo. 1980. pp. 229-335.

(44) NUVOLONE, Pietro. Il Sistema Del Diritto nale. Padova. CEDAM. 1975. pp. 205-209. Quando trata do consentimento do ofendido na Itália, diz que esta causa de exclusão tem seus limites na ordem pública e os bons costumes, invocando o art. 5º do Código Civil de seu país.

(45) NUNES, Pedro. Dicionário de Tecnologia Jurídica. p. 641.

(46) PIERANGELLI, José Henrique. Obra Citada. p. 121.

Assim, a ordem pública delimita o âmbito do consentimento válido e relevante, tornando-o ineficaz.

Em verdade, a ordem pública fulmina o fato consentido... Quais são estes fatos? Respondendo a esta indagação, por primeiro, convém lembrar que a ordem pública atinge tanto os bens disponíveis como os indisponíveis. Assim, com referência à classe dos bens disponíveis, na qual se inclui o adultério (art. 240 do CP), o consentimento do cônjuge traído é ineficaz, porque o fato afeta a ordem pública visualizada na proteção do casamento, cujo alcance coletivo é “garantir a ordem jurídico-familiar”⁴⁷.

O adultério se enquadra no rol dos crimes contra família. Tavares arrola estes crimes na chamada zona de fronteira, 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. Anota que, na prática, a doutrina se defronta, às vezes, com certas dificuldades em saber se realmente o consentimento possui validade para excluir a ilicitude do fato. Afasta o crime de bigamia, em virtude da clara e aparente prevalente do interesse social, para, em seguida, referir-se ao adultério, sobre o qual as dúvidas salientam-se e parecem conduzir, à primeira vista, a caminho oposto⁴⁸.

Para Carlos Adalmyr Condeixa da Costa o consentimento do cônjuge traído faz desaparecer o delito⁴⁹. Magalhães de Noronha consigna que não pode usar o “jus perseguendi” o esposo que consentiu no adultério⁵⁰.

Antolisei, citado por Frederico Marques, proclama a ineficácia do consentimento nos crimes contra a família⁵¹.

Nesse mesmo sentido Bettiol, quando afirma que os direitos de família são absolutamente excluídos da possibilidade de constituir objeto de consentimento⁵².

(47) COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Curso de Direito Penal. 1.3. Parte Especial. São Paulo. Saraiva. 1991. p. 46.

(48) TAVARES, Juarez. E.X. Obra Citada. p. 260.

(49) CONDEIXA DA COSTA. Carlos Adalmyr. Dolo no Tipo. Teoria da Ação Finalista no Direito Penal. Rio de Janeiro. Editora Liber Juris Ltda. p. 142.

(50) MAGALHÃES NORONHA, Edgard. Direito Penal. 3º vol. Saraiva. São Paulo. 1976. p. 309.

(51) MARQUES. José Frederico. Obra Citada. p. 145.

Se, de um lado, a ordem pública limita o consentimento no adultério de outro, não deve esquecer os reflexos deste mesmo consentimento na ação penal, impedindo a “persecutio criminis”. (art. 240, 53, II, do CP).

No tocante aos bens indisponíveis, como exemplo, socorremo-nos de uma falsidade documental em que o declarante deixa apor seu nome por meio de um terceiro, sob documento (Weizel), invocada por Tavares como hipótese de inexistência de falsidade documental, por se circunscrever na exclusão do tipo do fato punível em que se exige a atuação contra a vontade do titular⁵³.

Os crimes de falsidade em geral afetam a fé pública, deles se desdobrando uma forma objetiva que indica a autenticidade documental, e outra subjetiva que, aponta a confiança, “a priori”, que os cidadãos depositam na legitimidade dos sinais, documentos, objetos, etc., aos quais o Estado, por intermédio da legislação pública ou privada, atribui valor probatório⁵⁴. Se afetam a fé pública, afetam a ordem pública que se insere dentro do mesmo contexto da coletividade comunitária.

Consequentemente, torna-se discutível a anuência do declarante dada a terceiro para apor a sua assinatura em documento de seu interesse. Diante da ordem pública é evidente que esta anuência não tem nenhuma validade.

No caso, porém, não é o consentimento do declarante que afasta a ocorrência delituosa sobre o documento em que se erigiu a falsidade em seu próprio interesse, e sim o fato de tal documento não gerar direitos e obrigações entre os cidadãos ou entre estes e o Estado.

Como lembra Sylvio do Amaral: “O malefício que não cria, não modifica, não perturba, nem extingue direito algum, não afeta a fé pública, no conceito da lei, ainda que realmente viole a crença de toda uma coletividade em torno de um determinado documento”⁵⁵.

(52) BETTIOL. Giuseppe. Obra Citada. p. 401.

(53) TAVARES, Juarez E. X. Obra Citada. p. 261.

(54) JESUS. Damásio E. de. Direito Penal. 4º vol. Parte Especial. Saraiva. São Paulo. 1988. p. 3

(55) AMARAL, Sylvio do. Falsidade Documental. 2ª Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. 1978. p. 68.

Trata-se, como se vê, de falsificação inócua sem relevância jurídica, que não constitui ilícito penal.

Por segundo, cumpre salientar que a lei penal é de ordem pública⁵⁶, por isso exclui, segundo anota Eduardo Correia, literalmente ou por uma interpretação possível, a relevância do consentimento do ofendido⁵⁷.

Parágrafo 2º – Os bons costumes

Segundo refere Tavares, o direito consuetudinário estabelece que o consentimento não tem eficácia, ainda que se trate de bem renunciável, se o fato atentar contra os bons costumes. Assevera, em seguida, que este princípio encontra guarida no parágrafo 226 do Código Penal alemão de 1871 e é repetido pela maior parte da doutrina⁵⁸.

Luiz Alberto Machado proclama a ineficácia do consentimento quando o fato atente aos bons costumes, dando como exemplo o mesmo fato que já aludimos do proprietário de um prédio que consente que o incendeiem com a intenção de receber o seguro⁵⁹.

Mas o que se deve entender por “bons costumes”?

Roland Riz, citado por Pierangelli, afirma que um juízo acerca dos bons costumes não se pode esconder que se trata de um juízo “em branco”, pois, na prática, nenhuma disposição legal estabelece o exato limite daquilo que se deve entender por bons costumes, donde, em consequência, em face da falta de dispositivo legal, necessariamente se deve considerar o conceito de moral que a comunidade exprime num determinado momento, ou mais precisamente no momento em que o fato é praticado, seguindo as condições históricas de ambiente e de cultura⁶⁰.

Assim, concebem-se os bons costumes no contexto dos padrões históricos e morais de uma comunidade que recoloca o homem na sua dimensão ontológica voltado para o bem, para a consciência e para vida, segundo a ótica de uma teoria crítica.

(56) MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Ap do Direito*. p. 216.

(57) CORREIA, Eduardo. *Obra Citada*. p. 19

(58) TAVARES, Juarez E. X. *Obra Citada*. p. 267.

(59) MACHADO, Luiz Alberto. *Obra Citada*. P. 267.

(60) PIERANGELLI, José Henrique. *Obra Citada*. pp. 119-120.

A propósito, esclarece Luiz Fernando Coelho: “O direito passa a mediatizar a relação subjetiva e objetiva do binômio alienação-consciência com a estrutura social concreta; e é dessa dimensão mediadora e mediatizante que surgem as reflexões conclusivas sobre o papel do direito na sociedade, segundo a ótica de uma teoria crítica”⁶¹.

Assim, por exemplo, as lesões consentidas de natureza estética e de mudança de sexo (transexualismo) não podem ser consideradas ofensivas aos bons costumes, porquanto as mesmas decorrem do avanço médico-científico, que se alia a uma nova mentalidade do Direito, voltada para a construção de um mundo mais humano.

Como acentua Luiz Fernando Coelho: “O direito não é pressão do passado condicionando o presente, é a própria transformação do presente e a construção do futuro.”⁶².

De sorte que a busca incessante dos fatos que atentem aos bons costumes deve seguir esta trilha, sendo apreciados sempre na evolução social dos fatos.

Válido e pertinente para o tema em exame lembrar a colocação de Luiz Alberto Machado quando diz: “Modernamente admite-se a necessidade de interpretação, em consequência da natural falha dos textos e da mutação sociológica; neste particular, há que se aduzir a lei penal, fruto da consciência coletiva (Del Vecchio). Fonte de produção remota é sempre historicamente atrasada: vem regular necessidade de há muito emergente. Caso não se admitisse a sua atuação social, deveria ser promulgada e abrogada. Sirva de exemplo o conceito de mulher honesta, sensivelmente diferente da época da promulgação do Código Penal de 1940, ainda vigente quanto à parte especial, e a de hoje”⁶³.

(61) COELHO, Luiz Fernando. Teoria Crítica do Direito. Curitiba. HDV. 1987. p. 402.

(62) COELHO, Luiz Fernando. Lógica Jurídica e Interpretação das Leis. 2ª Ed. Forense. Rio de Janeiro. p. 340.

(63) MACHADO, Luiz Alberto. Obra Citada. p. 53.

SEÇÃO II – O DEFEITO ESSENCIAL DA VONTADE

Anota Wessels que o consentimento não pode padecer de um defeito essencial da vontade. Um consentimento forçado através de coação, obtido por meio de engano ou baseado sobre uma lesão do dever de informação médica é ineficaz. Um simples erro de motivo não afeta, ao contrário, a validade do consentimento⁶⁴.

Por seu turno, esclarece Anibal Bruno que “o consentimento deve exprimir a sua vontade real, ser voluntário, não obtido por violência ou erro essencial”⁶⁵.

Para Pierangelli, o vício, o dolo, a violência e o erro excluem a validade do consentimento. Dá, ao mesmo tempo, exemplo do consentimento de paciente não válido decorrente de engano médico⁶⁶.

Fica claro, assim, que qualquer vício essencial da vontade de quem consente, invalida o consentimento, não excluindo, por conseguinte, a ilicitude.

(64) WESSELS. Johannes. Obra Citada. p. 77-78.

(65) BRUNO, Anibal. Obra Citada. p. 20.

(66) PIERANGELLI, José Henrique. Obra Citada. pp. 192-193. Diz ele: “Uma interessante hipótese de consentimento não válido do paciente foi recentemente julgado pelo tribunal germânico. Uma paciente sofria de fortíssima cefaléia, que atribuía a um foco infeccioso oculto sob um de seus dentes. O cirurgião-dentista, embora admitisse a não existência de qualquer conexão entre as dores de cabeça e os dentes da paciente que incidia em um manifesto equívoco, induziu-a a consentir na extração de todos os seus dentes. O cirurgião-dentista foi condenado por lesões corporais dolosas, afirmando a decisão que o consentimento da paciente não era eficaz, por ser fruto de erro médico...”

PARTE II

O CONSENTIMENTO NOS DIREITOS BRASILEIRO E COMPARADO

CAPÍTULO I – O CONSENTIMENTO NO DIREITO BRASILEIRO

SEÇÃO I – A Legislação Pátria

SEÇÃO II – Causa Supra Legal de Justificação

SEÇÃO I – A LEGISLAÇÃO PÁTRIA

A legislação criminal do Império (o código criminal do Império do Brasil, de 16 de dezembro de 1830), contempla, de certa forma, de modo incipiente dentre as causas de justificação, a figura do consentimento presumido na forma de correção de filhos alheios.

Com efeito, dispõe o art. 14, parágrafo 6º, que será o crime justificável e sem punição, quando o mal consistir no castigo moderado que os mestres derem a seus discípulos.

Com a reforma penal operada em 1890, logo após a proclamação da República, verificada em 15 de novembro de 1889, surgiu o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil.

O art. 26, C, do título III do referido diploma legal, tratou do consentimento do ofendido sob a seguinte rubrica: “Da responsabilidade criminal; das causas que dirimem a criminalidade e justificam os crimes”. O conteúdo do dispositivo em referência era o seguinte: “Art. 26. Não dirimem, nem excluem a intenção criminosa: “...” c) o consentimento do offendido, menos nos casos em que a lei só a elle permite acção criminal”.

Comentando este dispositivo, anota Damásio E. de Jesus que “A disposição tratava do consenso do ofendido manifestado após a prática do crime e a expressão “ação criminal” era

empregada no sentido de “ação penal” e não de conduta criminosa”⁶⁷.

Na realidade, o mencionado dispositivo confundia o consentimento como causa justificante – com a possibilidade de afastar a ocorrência delituosa – com o consentimento posterior, cujos efeitos são de ordem processual, refletindo na não apresentação da queixa-crime.

A Consolidação das Leis Penais, consubstanciada no decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932, reformulou o Código Penal de 1890, sem, contudo, alterar o dispositivo do artigo 26, C, que aludia ao consentimento do ofendido.

Certamente que persistiu na Consolidação das Leis Penais a mesma confusão do consentimento do ofendido, tal qual à lei anterior. Não levou em conta, assim, a proposta modificadora contida no Projeto Sá Pereira, de 1927, que conceituava o consentimento do ofendido, conforme anota Damásio E. de Jesus, como causa de isenção de pena, “quando o objeto do crime for um bem ou um interesse jurídico de que o respectivo titular possa validamente dispor”⁶⁸.

Em um parêntese inadiável, convém lembrar que este projeto não logrou aprovação, por ter sido muito criticado à época. Como historia Pierangelli que o Projeto Sá Pereira não logrou aprovação, “embora se tratasse de obra digna do desenvolvimento da ciência jurídica em nosso país. As críticas, principalmente as formuladas na Conferência Brasileira de Criminologia, realizada em 1936, desgastaram profundamente o projeto e com o Golpe do Estado de 10 de novembro de 1937, que inclusive dissolveu o Congresso, não foi ele aproveitado.”⁶⁹

No projeto Alcântara Machado de 1938, o consentimento do ofendido apareceu entre as causas de exclusão de antijuridicidade com a seguinte redação: “Art. 14, I – Não será também punível aquele que praticar ação ou omissão, com consentimento de quem possa validamente dispor do direito violado ou ameaçado”.

(67) JESUS, Damásio E. de. Obra Citada. p. 347

(68) JESUS, Damásio E. de. Obra Citada. p. 347.

(69) PIERANGELLI, José Henrique. Códigos Penais do Brasil – Evolução Histórica – 1ª Ed. Editora Jolovi. Baurú, S.P. 1980. p. 11.

No entanto, também este Projeto não logrou aprovação, tanto que, depois dele, apareceu o Código Penal de 1940.

Na Exposição de Motivos, publicada em 31 de dezembro de 1940, justificou-se a razão do abandono do Projeto de Alcântara Machado (item 1).

O Código Penal de 1940 não contempla o consentimento do ofendido como causa de exclusão de ilicitude.

Na realidade, este Código (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940) trata-o, unicamente, como causa de exclusão da tipicidade. Tanto assim que a sua Exposição de Motivos, no tópico 16, alude ao consentimento do ofendido, excluindo-o entre as causas de isenção de pena, ou de exclusão de crime. Em seguida, consigna que “Há crimes para cuja existência se torna necessário o dissenso do sujeito passivo. Assim, os crimes patrimoniais. Ora, em tais casos, se precede o consentimento do interessado, não há como falar em crime. Fora daí, o consentimento do lesado não pode elidir o crime ou a pena, pois solução diversa estaria em contraste com o caráter eminentemente público do direito penal”.

Nelson Hungria, que foi um dos colaboradores do Código Penal de 1940, diz que o consentimento do ofendido como causa de exclusão de antijuridicidade foi suprimido pela Comissão Revisora, por se tratar de dispositivo supérfluo⁷⁰.

Em sentido contrário, contudo, manifestou-se Frederico Marques: “Não nos parece que a supressão em apreço se justifique. A superfluidade apontada é a mesma que outros entendem existir no tocante ao disposto no art. 19, nº III, do Código Penal,

(70) HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Vol. I. Tomo II. Arts. 11 a 27. pp. 263-269. Diz ele: “O Projeto Alcântara (art. 15, nº I), a exemplo do Código italiano, incluía entre as causas excludentes de injuridicidade o consentimento do ofendido, ou in verbis, o “prévio consentimento de quem possa validamente dispor do bem jurídico ofendido ou ameaçado”. O dispositivo era evidentemente supérfluo, e assim entendeu a Comissão Revisora que o suprimiu. Como é elementar, o direito penal não protege direitos individuais por si mesmos, senão porque e enquanto coincidentes com o interesse público ou social; mas, em certos casos, por exceção, condiciona a existência do crime ao dissenso do lesado. Assim, nos crimes patrimoniais e, em geral, naqueles em que o constrangimento, o engano ou o arbítrio por parte do agente entram como condições essenciais. Em tais casos, o não consentimento do ofendido é elemento constitutivo do crime. Ora, se o inciso nº I do art. 15 do Projeto Alcântara eles se referia, sua super fluidade chegava a ser incomodativa...”

e nem por isso a Comissão Revisora omitiu o dever legal e o exercício regular de direito, no discriminar as causas legais de justificação”⁷¹.

A reforma penal de 1984 (Lei 7.209, de 11 de julho de 1984) que alterou os artigos 1º a 120 do Código Penal de 1940, não contempla igualmente o consentimento do ofendido como causa de exclusão de ilicitude. Trata-o, assim, unicamente, como causa de exclusão de tipicidade.

Exemplo disso o caso de um furto, objeto da Apelação Crime nº 209/74, de Curitiba, em que o Ministério Público opinou pelo provimento do apelo do réu que havia sido condenado em primeiro grau, como incurso no artigo 155, caput, do Código Penal, ao cumprimento da pena de um ano de reclusão, por ter se apossado de uma pulseira de ouro com o consentimento tácito da pseudo vítima. Segundo os fatos, a pseudo vítima, frequentadora profissional de bar noturno, manteve congresso sexual com o réu em hotel de alta rotação desta Capital. Em seguida levou-o ao seu apartamento. O último, nessa ocasião, apossou-se de uma pulseira de ouro avaliada indiretamente em Cr\$ 760,00, sem que ela protestasse. Diante disso, o douto representante do Ministério Público de segundo grau, por entender que o fato se ajustava à hipótese em que o consentimento exclui a própria tipicidade, opinou pelo provimento do apelo com a consequente absolvição do apelante⁷².

Os autores, porém, que sustentam o consentimento do ofendido como causa de exclusão de ilicitude, naquelas hipóteses em que o interesse penalmente tutelado se subordina à vontade do respectivo titular, em razão da falta de previsão legal desta mencionada causa, ora mencionam que o consentimento do interessado faz da conduta típica um fato praticado no exercício regular do direito, ora se referem que este mesmo fato se constitui como causa supralegal de justificação não expressa em lei.

(71) MARQUES, José Frederico. *Obra Citada*. p. 140.

(72) FIORILLO, Felipe Amauri. Parecer nº 525. in “MP” Órgão Oficial do Ministério Público do Estado do Paraná. Ano 5 – nº 6. 1976. pp. 321-322. O parecer tem a seguinte Ementa: Furto – Ausência de Tipicidade – Consentimento tácito da vítima que exclui o crime – Absolvição que se impõe.

Como defensores do primeiro grupo podemos citar Frederico Marques⁷³ e Heleno Cláudio Fragoso. Este emitia parecer numa hipótese de transexualismo, cirurgia, lesão corporal, referente à ação penal movida contra o Cirurgião, na 17ª Vara Criminal de São Paulo (processo nº 799/76).

Nos prolegômenos do parecer consta: “Ao acusado, que é médico, imputou-se o crime previsto no art. 129, parágrafo 2º, inciso III CP, porque, no mês de dezembro de 1971, realizou intervenção cirúrgica em Waldir Nogueira consistente na ablação dos órgãos sexuais e na abertura de uma fenda, à imitação de vulva postiça, artificial, para onde transplantou a uretra. O inquérito policial foi instaurado em consequência do pedido de retificação de nome e sexo, no Registro Civil, feita por Waldir Nogueira, pedido esse denegado pelo Tribunal de Justiça do Estado”. Concluído o processo, o MM. Juiz impôs ao acusado a pena de 2 anos de reclusão, julgando assim procedente a denúncia.

Em seguida, discorre sobre os fatos da causa, o transexualismo e a problemática jurídica. Assim, encerrando: “A análise da respeitável sentença condenatória revela que o ilustre juiz equivocou-se gravemente ao confundir transexualismo com homossexualismo, revelando com a condenação, data venia, a carga de reprovação moral própria do espírito conservador de certos magistrados. Na sentença se diz que o paciente era homossexual e que tinha um passado de homossexual, sem que exista nos autos qualquer elemento de convicção nesse sentido...

Verifica-se também que a sentença não põe em dúvida o exercício regular de direito na intervenção cirúrgica, argumentando exclusivamente com a necessidade, que ao ver do MM. Juiz não estaria demonstrada. Ainda aqui a sentença, data venia, está em completo desacordo com a prova uniforme dos autos. A necessidade da cirurgia nos casos de transexualismo

(73) MARQUES, José Frederico. Obra Citada. pp. 143-144. Explica ele: Quando o sujeito passivo da infração penal autoriza a conduta descrita na lei incriminadora, o consento faz com que o sujeito ativo do fato típico, ao praticar este se encontre usando do amplíssimo direito de fazer o que não vem proibido. Para daí concluir que, infere-se, desta forma, que o consento é possível quando o bem jurídico penalmente tutelado continuar à disposição do sujeito passivo do crime, e que, em tal hipótese, o consentimento do interessado faz da conduta típica um fato praticado no exercício regular de um direito.

existe. O caso do paciente era de transexualismo. A necessidade foi afirmada pela equipe médica que o assistia. Os médicos envolvidos no problema são sérios, conceituados e respeitáveis...

O parecer é, pois, no sentido de que o Cirurgião atuou rigorosamente nos limites do exercício regular de direito, não tendo praticado crime algum”⁷⁴.

Convém anotar que o desfecho do mencionado caso na Superior Instância foi favorável ao Cirurgião. Conforme discorre Pierangelli: “Em grau recursal, a 5ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal, por maioria de votos, deu provimento à apelação para absolvê-lo, cujo aresto foi assim redigido: “Não age dolosamente o médico que, através de cirurgia, faz a ablação de órgãos genitais externos de transexual, procurando curá-lo ou reduzir seu sofrimento físico ou mental. Semelhante cirurgia não é vedada pela lei, nem, mesmo pelo Código de Ética Médica”⁷⁵.

No segundo grupo, destacam-se Juarez Tavares⁷⁶ e Francisco de Assis Toledo. Este ressalta que o “consentimento do ofendido, quando opera fora do tipo para a exclusão da ilicitude do fato – e isso ocorre de modo evidente, por exemplo no crime de dano do art. 163 do CP – só pode ser uma causa supralegal de justificação, não expressa em lei, tal como acontece no Direito brasileiro”⁷⁷.

SEÇÃO II – CAUSA SUPRALEGAL DE JUSTIFICAÇÃO

Ao tratar das causas supraleais de exclusão da ilicitude, Paulo José da Costa Jr. suscita as seguintes indagações: “A

(74) FRAGOSO, Heleno Cláudio. Transexualismo – Cirurgia. Lesão Corporal. In Revista de Direito Penal. vol. 25. Forense. 1978. pp. 25-34.

(75) PIERANGELLI, José Henrique. Obra Citada. p. 236. Ou, RT, 545: 355.

(76) TAVARES, Juarez E. X. Obra Citada. p. 269. Cogita, inclusive, como uma de suas propostas conclusivas, que se deve dar tratamento legislativo para o consentimento do ofendido como causa de exclusão de antijuridicidade, “a fim de se evitar o alargamento das causas supraleais de justificação”.

(77) TOLEDO, Francisco de Assis. Ilicitude Penal e Causas de sua Exclusão. Forense. Rio de Janeiro. 1984. p. 128.

enumeração dos tipos permissivos, contidos nos incisos do art. 23, é taxativa ou meramente exemplificativa?

Estarão as excludentes de ilicitude sujeitas ao princípio dos “*numeri clausi*” (números fechados), ou serão admitidas outras excludentes supraleais?

Posta a questão nestes termos, passa a respondê-la, aludindo, inicialmente, ao Código Penal de Portugal que contempla uma cláusula genérica de justificação, pela qual o “*facto não é criminalmente punível quando a sua ilicitude for excluída pela ordem jurídica considerada na sua totalidade*” (art. 31, nº 1). Em seguida, assinala que o fato de não constar no nosso ordenamento penal regra semelhante ao do Código português não impede que se reconheçam as causas supraleais de exclusão de ilicitude. “*As causas de justificação não são apenas aquelas que o Código enumera, porque a juridicidade ou a antijuridicidade deve ser encarada em face de todo o direito positivo, considerado unitariamente*”⁷⁸.

Nesse mesmo sentido se posicionam Damásio E. de Jesus⁷⁹ e Júlio Fabbrini Mirabete⁸⁰, os quais, inclusive, invocam a regra do art. 4º LICC, ao afirmar que, omissa a lei, “o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

O consentimento do ofendido, quando opera fora do tipo para a exclusão da ilicitude do fato, se constitui, é inegável, em causa supraleal de justificação perante a legislação brasileira. Limitando-se, contudo, a sua eficácia aos tipos penais que possam ser incluídos na disponibilidade dos bens jurídicos tutelados. Ou, em outras palavras, quando se inserirem na classe dos bens de natureza individuais. Como, por exemplo, que afetem a honra, a liberdade pessoal, a integridade corporal e o patrimônio da pessoa.

Assim, pode-se dizer que não há crime de injúria (art. 140 do CP), quando o ofendido consente em que a sua honra subje-

(78) COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Curso de Direito Penal. vol. 1. Parte Geral. São Paulo. Saraiva. 1991. p. 109.

(79) JESUS, Damásio Evangelista de. Obra Citada. pp. 313-314.

(80) MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal. Vol. 1. Parte Geral. São Paulo. Atlas. 1986. p. 174.

tiva seja atacada. Da mesma forma, inócorre o crime de lesão corporal na hipótese em que o transexual se submeta a uma operação cirúrgica para a mudança de sexo, porquanto se trata de lesão consentida, enquadrando-se ainda o fato dentro da licitude do tratamento médico-cirúrgico, não contrário à ordem pública e aos bons costumes.

No círculo das lesões consentidas igualmente se incluem as cirurgias de remoção de órgãos corporais de seres humanos vivos para fins de transplante (Lei 5.749, de 10 de agosto de 1968), a prática da esterilização cirúrgica (realidade social marcante do mundo moderno a caminho da normalização legislativa) e as cirurgias de natureza estética.

Parágrafo 1º – As cirurgias de natureza estética.

A lesão consentida decorrente de cirurgia de natureza estética, consoante salienta Genival Veloso de França, “é hoje em dia de indiscutível legitimidade e da mais insuspeita necessidade, quando seu objetivo destina-se a corrigir mutilações ou deformidades, que baixem sensivelmente o rendimento social do homem”⁸¹.

Imagine-se a hipótese em que uma jovem se submeta a uma operação estética para reduzir ou levantar os seios, restaurando-os a sua configuração normal, a lesão corporal é justificada pelo seu consentimento que se apoia no direito que lhe é inerente de buscar melhor imagem externa, sendo certo, também, que o fato praticado pelo Cirurgião se insere no contexto da licitude do tratamento médico-cirúrgico.

Com efeito, dispõe o art. 51 do Código de Ética da Medicina do Brasil o que segue: “São lícitas as intervenções cirúrgicas com finalidade estética, desde que necessárias ou quando o defeito a ser removido ou atenuado seja fato de desajustamento psíquico”.

Sem embargo da opinião de Luiz Alberto Machado, que reduz a presente hipótese na ausência do tipo (atipia) material, com base nas teorias da ação socialmente adequada de Welzel e da insignificância de Roxin⁸², afigura-se-nos que a mesma se

(81) FRANÇA, Genival Veloso de. 2ª Ed. Direito Médico. BYK. São Paulo. 1975. p. 98.

(82) MACHADO, Luiz Alberto. Obra Citada. pp. 123-124. Diz ele: “Pode-se reduzir

insere no consentimento do ofendido como causa supralegal de justificação. Isto porque, no caso, se acentua a relevância da lesão consentida, por se tratar de cirurgia de caráter estético.

Cumprido, porém, anotar que a cirurgia estética, quando for desvirtualizada do tratamento médico-cirúrgico, ofende aos bons costumes e, conseqüentemente, o consentimento do paciente não afasta o caráter criminoso do fato.

A propósito, observa Genival Veloso de França que a cosmetologia cirúrgica, que não visa a nenhuma ação curativa nem a uma necessidade terapêutica, mas à ridícula pretensão de uns e à inescrupulosidade de outros, além de constituir um exercício ilegal da medicina, representa uma conduta ilícita que fere frontalmente os postulados ético-jurídicos⁸³.

Como exemplo de cirurgia estética desvirtualizada, Hélio Gomes, quando trata da identidade judiciária, refere-se a Dillinger, o terrível “gangster” americano, que havia se submetido a cirurgia cosmética, mudando a simetria facial para não ser identificado⁸⁴. Acrescente-se também as cirurgias cosméticas para a mudança de sexo de homossexuais masculinos.

a discussão a respeito da eliminação material do tipo às teorias da ação socialmente adequada e da insignificância da conduta, formulada em 1964, e que permite na maioria dos tipos excluir de logo danos de pouca importância: lesão não é qualquer espécie de dano à integridade corporal, mas somente um relevante; analogamente libidinosa no sentido do Código Penal é somente a ação sexual de certa importância, injuriosa em forma delituosa é só a lesão grave à pretensão a respeito”.

(83) FRANÇA, Genival Veloso de. *Obra Citada*. p. 101.

(84) GOMES, Hélio. *Medicina Legal*. 16ª Ed. Freitas Bastos. São Paulo. p. 81. Diz ele: Dillinger, o terrível “gangster” americano chegou a apelar para a cirurgia estética (no caso, que nada tem de estético, melhor se diria a cirurgia criminosa): obteve que um cirurgião o operasse, de modo a lhe modificar a simetria facial e a lhe retirar uma impressão digital. De nada lhe valeu o expediente. No momento exato foi facilmente identificado. A impressão digital retirada, ao invés de dificultar, facilitou o trabalho identificador pela cicatriz que passou a ocupar o espaço vazio...” A técnica científica venceu a técnica do crime.

CAPÍTULO II – DIREITO COMPARADO

Seção I – A legislação Comparada

Seção II – Causa de Exclusão de Ilcitude

SEÇÃO I – A LEGISLAÇÃO COMPARADA

As legislações podem ser divididas em dois grupos: as que não tratam expressamente a respeito do consentimento do ofendido e de seus efeitos e as que a ele se referem expressamente.

No primeiro grupo, podemos citar a Inglaterra e os Estados Unidos, em cujos países a própria essência da “common law”, de feição individualista, o consentimento do ofendido tem larga aplicação, que se dá sempre em que o dano privado se refira a direito alienável⁸⁵.

No segundo grupo, dentre outras, aparecem a Itália, Portugal e Espanha.

Na Itália, o art. 50 do Código Penal de 1930 estabelece: “Não é punível quem ofende ou põe em perigo um direito com o consentimento da pessoa que dele pode validamente dispor”.

Comentando este dispositivo, diz Bettiol que o ordenamento jurídico vem, em outras palavras, emprestar relevância à vontade individual, a qual, através do consentimento, provoca a falta de objeto da tutela penal, dependendo a sua eficácia como circunstância de justificação de que o bem seja disponível, vale dizer, que se refira a um direito de que o titular possa validamente dispor⁸⁶.

É inegável, portanto, que o consentimento do ofendido na legislação italiana se constitui em causa de exclusão de ilcitude.

Por outro lado, convém lembrar que o ordenamento jurídico italiano estabelece limites à eficácia do consentimento do ofendido, quando este se referir ao direito à própria integridade física vale dizer, a atos de disposição do próprio corpo.

(85) BETTIOL, Giuseppe. Obra Citada. pp. 398-400.

(86) BETTIOL, Giuseppe. Obra Citada. pp. 398-400.

Com efeito, dispõe o art. 5º do Código Civil da Itália que: “os atos de disposição do próprio corpo são vedados quando ocasionam uma diminuição permanente da integridade física ou quando são contrários à lei, à ordem pública ou ao bom costume”.

Como expõe Cesare Pedrazzi: “a contrarietà à ordem pública ou ao bom costume invalida o consentimento enquanto afeta a materialidade da conduta consentida, nas suas modalidades e consequências, mesmo quando se trate de interesse de natureza individual.”⁸⁷

No Código Penal de Portugal (Dec.-lei 400/82), figura o consentimento do ofendido entre as causas de exclusão de ilicitude (art. 31, 2, “d”), limitando o seu conteúdo nos arts. 38 e 39⁸⁸.

A legislação portuguesa condiciona, contudo, o consentimento do ofendido a que o bem jurídico seja livremente disponível e o fato não ofenda os bons costumes. O consentimento presumido se equipara ao efetivo. É assim formulado: “Há consentimento presumido quando a situação em que o agente actua permite razoavelmente supor que o titular do interesse juridicamente protegido teria eficazmente consentido no facto, se conhecesse as circunstâncias em que este é praticado”.

Na Ata da Comissão Revisora da Parte Geral do Projeto do Código Penal Português (Dec.lei 400/82), que era constituída pelo Professor Eduardo Correia, autor do projeto; Professor Ferrer Correia, pela Faculdade de Direito de Coimbra; Professor Gomes da Silva, pela Faculdade de Direito de Lisboa; Doutor Sidónio Rito, pela Ordem dos Advogados; Conselheiro José Osório, pelo Supremo Tribunal de Justiça; Doutor Maia Gonçalves, pela Procuradoria Geral da República; Doutor Guardado Lopes, tendo como secretário o Doutor Jorge Figueiredo Dias, quanto à regra do consentimento presumido, extrai-se o que segue: “I – O autor do projecto começou por ponderar: ao consentimento real deve equiparar-se o presumido ou hipotético

(87) PEDRAZZI, Cesare. *Obra Citada*. p. 149. “In conclusione: la contrarietà all’ordine pubblico o al buon costume invalida il consenso in quanto affetta la materialità della condotta consentita, nelle sue modalità e conseguenze, nel suo incidere su interessi di portata non soltanto individuale”...

(88) PIERANGELLI, José Henrique. *Obra Citada*. p. 81

– isto é, aquele que se revela nos casos em que o agente actua no quadro de circunstâncias tais que tornem razoável supor que o titular do bem jurídico, conhecendo a verdadeira situação das coisas, teria consentido no facto. Trata-se pois aqui de um acto praticado no interesse do lesado – desde que esta expressão se tome num particular sentido: no sentido de que, nas condições dadas, o seu interesse, isto é, a sua vontade, seria a de consentir. Assim, v.g., quando A utiliza a bicicleta de um seu grande amigo, na base de que a vontade deste seria, perante as circunstâncias do caso, no sentido de consentir. Ora parece que esta idéia resultara muito mais clara se no texto do preceito se eliminar a expressão “No interesse de quem se agiu –”, eliminação que por isso se propõe. II – Esta proposta do autor do projecto suscitou o aplauso de todos os membros da Comissão, que foram unânimes em considerar que, através dela, se tinham elidido as críticas mais fortes que ao preceito podiam ser feitas. O Cons^o Osório propôs, todavia, que a fórmula do projecto fosse substituída por esta, mais simples: “Há consentimento presumido quando as circunstâncias do facto permitem razoavelmente supor que o titular do bem jurídico teria eficazmente consentido no seu sacrificio, se conhecesse a verdadeira situação das coisas”. O Dr. Maia Gonçalves aderiu à fórmula do projecto, mas propôs que se eliminasse, por inútil, a expressão introdutória: “Entende-se que ...” III – O autor do projecto ponderou que a fórmula do Cons^o Osório era insuficiente, uma vez que o problema do consentimento tem directamente de pôr-se em relação à acção; e, por outro lado, para a relevância do consentimento presumido têm importância não só as circunstâncias do facto mas as de natureza pessoal. Quanto à proposta do Dr. Maia Gonçalves, disse aceitá-la. IV – Postas as propostas à votação – a do autor do projecto fora já considerada aprovada por unanimidade –, a comissão rejeitou por maioria a do Cons^o Osório e aprovou por unanimidade a do Dr. Maia Gonçalves”⁸⁹.

Ao tratar da problemática do Erro no Código Penal Português, Caetano Duarte, citando Maurach, cogita da aplicação do consentimento putativo. Assim, expõe: “Nem só as causas de

(89) CAETANO DUARTE, José A. O Erro no Código Penal. Apêndice-Actas da Comissão Revisora da Parte Geral do Projecto do Código Penal. Vega Universidade. Lisboa. Portugal. 1984. pp. 116-117.

justificação podem, quando há erro, degenerar em eximentes putativas. O mesmo pode suceder com o consentimento putativo. Maurach admite-o no caso de alguém acreditar erroneamente na realidade de um consentimento que não existe. Isto desde que o consentimento seja relevante para o delito em questão, como é evidente”⁹⁰.

Na Espanha, com a reforma penal de 1983, consente-se à pessoa o direito de dispor da sua integridade física, eximindo o médico de responsabilidade penal nas hipóteses de transplante de órgãos efetuados de conformidade com os dispositivos de lei, esterilizações e cirurgia transexual.

Como esclarece Francisco Muñoz Conde, nesses casos, a pessoa exercita legitimamente um direito fundamental de origem constitucional (art. 14 da Constituição Espanhola). Assim, quem não se sentir identificado com seu sexo anatômico externo e decidir adaptar sua natureza ao seu sentimento psicológico, exercita legitimamente um direito fundamental: o direito de buscar sua própria identidade sexual, que justifica a operação castradora à qual se deve necessariamente submeter para obter seu intento. O mesmo se deve dizer de outras operações, como a esterilização voluntária (direito de dispor sobre sua capacidade reprodutora) ou as de caráter estético (direito de buscar melhor imagem externa)⁹¹.

SEÇÃO II – CAUSA DE EXCLUSÃO DE ILICITUDE

Como se nota, o consentimento do ofendido como causa de exclusão de ilicitude tem sua base no direito comparado, de modo expressivo e significativo, em países como a Itália, Portugal e Espanha.

Delinea-se, assim, no direito comparado, a moderna concepção do consentimento do ofendido, como modelo autônomo de exclusão de ilicitude, em que se dá realce à vontade do titular do direito lesionado, ficando, conseqüentemente, sem objeto a tutela penal.

(90) CAETANO DUARTE, José A. Obra Citada. pp. 48-49.

(91) MUNÓZ CONDE. Francisco. Obra Citada. pp. 119-122.

CAPÍTULO III – TRANSEXUALISMO

Seção I – Aspectos Penais

Seção II – Aspectos Cíveis e Constitucionais

SEÇÃO I – ASPECTOS PENAIS

No caso penal de transexualismo a que nos referimos linhas-trás, Heleno Cláudio Fragoso inicialmente ressalta que o transexual não se confunde com o homossexual. “Os homossexuais convivem com o próprio sexo, e estão certos de pertencer a ele.

Os costumes e vestuários próprios do sexo masculino não os agridem psicologicamente, embora alguns prefiram uma aparência bizarra e excêntrica, afetada e efeminada. Outros, ao contrário, desejam uma aparência máscula, cultivando atributos masculinos (barba, bigode, costeletas), e vestuário adequado. Os transexuais, ao contrário, sentem-se como indivíduos “fora do grupo” desde o início, não participando com espontaneidade e integração do ambiente por eles frequentado. Por seu turno, os travestis, de um modo geral, podem levar vidas duplas, apresentando-se ora como indivíduos do sexo masculino, ora tranvestidos. Do travesti difere o transexual fundamentalmente no desejo compulsivo de reversão sexual, que os travestis não apresentam, e no comportamento mais feminino⁹².

Em seguida, menciona que a Associação Paulista de Medicina pronunciou-se sobre o transexualismo da seguinte forma: “1. O tema deve ser tratado com extrema seriedade por quantos dele tomarem conhecimento, eis que o transexualismo é uma entidade nosológica e nosográfica bem definida que não deve ser confundida com o homossexualismo. As atenções médicas são exigidas desde os primeiros anos de vida, requerendo tratamento contínuo, no âmbito da medicina. Reconhecemos que o senso comum da nossa população ainda não está suficientemente informado, ao contrário do de outros países, onde já existe, inclusive, jurisprudência formada sobre a ação médica nessas

(92) A referência “comportamento mais feminino” deve-se ao fato de se tratar de caso específico em que se realizou cirurgia para mudança de sexo, em pessoa considerada do sexo masculino, mas enquadrada na categoria humana – Transexual.

alterações e cuja experiência não pudemos deixar de reconhecer.

2. Conceito da Comissão sobre Transexualismo: transexual é o indivíduo com identificação psicosssexual oposta aos seus órgãos genitais externos, com o desejo compulsivo de mudança dos mesmos” ...⁹³.

Convém anotar, ainda, que o transexual se enquadra nos casos de anomalias sexuais comprovadas, em que a única solução, conforme assinala Marco Antonio Rezende, é a correção cirúrgica⁹⁴.

Suponha-se a hipótese em que o transexual se submeta a uma operação cirúrgica para a mudança de sexo. A lesão corporal que lhe ocasiona o cirurgião, causa ofensa à sua integridade corporal, vindo o seu consentimento a excluir a ilicitude desta mesma lesão. Trata-se de consentimento válido porque decorre de um direito fundamental da pessoa humana de buscar a sua própria identidade sexual. Subentende-se, também que, a operação, em razão da compreensão médico-científica que revela o transexual como sendo um ser onde ocorre uma disjunção entre o sexo psicológico com o sexo genético, em que a pessoa sente que nasceu com o corpo errado e, por isso, busca desesperadamente realizar a reversão sexual, passando a ter a aparência e o status social do sexo oposto, não atenta contra a ordem e os bons costumes.

Assim, a conduta do Cirurgião insere-se no contexto da licitude do tratamento médico-cirúrgico, perfeitamente permisivél à luz da legislação do direito comparado.

No Brasil, a resposta penal dos tribunais quanto à cirurgia transexual realizada por médicos, em razão da indiscutível finalidade terapêutica que a mesma se reveste, tem sido absolutória.

(93) FRAGOSO, Heleno Cláudio. Transexualismo. Cirurgia. Lesão Corporal. Obra Citada. pp. 28-29

(94) REZENDE, Marco Antonio. Transexuais – A Conquista da Identidade perdida, Medicina, In Revista Manchete. Ed. 18/04/1990. p. 86. O mencionado autor elenca como casos de anomalias sexuais comprovadas, além do transexual, os pseudo-hermafroditas (geneticamente mulheres com ovário, mas atributos genitais externos masculinos) e os possui – dores da rara doença chamada “testículos feminilizantes” (mulheres cromossomicamente masculinas, dotadas de próstata, testículos e canais deferentes).

Nesse sentido, como vimos, foi a decisão da 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo.

Por seu turno, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, manifestando-se sobre Alvará autorizativo para a realização de cirurgia transexual, abordou também os aspectos penais da questão, afastando, de plano, as lesões corporais decorrentes da intervenção cirúrgica, reputando-as atípicas, por se tratar de meio indispensável ao resultado benéfico almejado⁹⁵.

Na doutrina, sustenta Heleno Cláudio Fragoso que, nas hipóteses de cirurgia transexual, o médico atua nos limites do exercício regular de direito, não praticando crime algum⁹⁶. Pierangelli, interpretando estes mesmos fatos, pronuncia-se pela atipicidade da conduta. Anotando, no final, o que segue: “Também pela atipicidade, mas pela ausência de dolo manifestou-se o Egrégio TA Crim SP (RT, 545:355). Diferencia-se, pois, o nosso posicionamento daquele manifestado pelo tribunal paulista, uma vez que, para nós, a finalidade terapêutica afasta a tipicidade objetiva, enquanto a decisão daquela corte exclui a tipicidade subjetiva”⁹⁷.

Como se percebe a matéria é muito polêmica. Afigura-se-nos, porém, que a cirurgia transexual se amolda no consentimento do ofendido como causa de exclusão de ilicitude, na forma proposta pela legislação espanhola. Dá-se relevância ao consentimento do lesionado que se consubstancia no fato de exercer legítimamente um direito fundamental: “o direito de buscar sua própria identidade sexual, que justifica a operação castradora à qual se deve necessariamente submeter para obter seu intento”⁹⁸. Insere-se a conduta do cirurgião no contexto da licitude do tratamento médico-cirúrgico. Realiza a intervenção cirúrgica porque o transexualismo constitui anomalia sexual comprovada, que deve ser reparada. Decerto que o fato não ofende a ordem pública e o bom costume.

O mesmo, contudo, não se pode dizer das cirurgias cosméticas a que se submetem os homossexuais masculinos para

(95) JURUÁ – CRIMINAL, 26:207.

(96) FRAGOSO, Transexualismo. Cirurgia. Lesões Corporais. Obra Citada. p. 34.

(97) PIERANGELLI, José Henrique. Obra Citada. p. 245.

(98) MUNÔZ CONDE, Francisco. Obra Citada. p. 122.

mudança de sexo, consistente na ablação de seus órgãos sexuais e consequente implantação da vaginoplastia, transformando-os em mulher, inclusive com o tratamento de hormônios do sexo feminino.

Nestes casos, é óbvio, o consentimento do ofendido é irrelevante porque o fato contraria os bons costumes⁹⁹.

Como dispõe o Código Penal da Alemanha, o parágrafo 226 a, “aquele que produz uma lesão corporal com o consentimento do ofendido, só age antijuridicamente, se o fato, apesar do consentimento, atenta contra os bons costumes”¹⁰⁰.

Voltando aos transexuais, recorde-se que a operação a que eles se submetem é transmutativa: “Adão” vira “Eva”, como “Eva”, em caso inverso, pode virar “Adão”. Decerto que esta transformação também repercute nas órbitas civil e constitucional que regulamentam o estado da pessoa.

Cumpra examinar.

SEÇÃO II – ASPECTOS CIVIS E CONSTITUCIONAIS

O transexual que se submete a uma cirurgia para mudança de sexo, nos estreitos limites da lei, tem ou não o direito de requerer no registro civil a alteração do nome e do sexo?

A resposta não é fácil. Aliás, como também não é nada fácil a compreensão do transexualismo.

O conceituado advogado Sérgio Botto de Lacerda, atendendo pedido de um de seus clientes, analisou detidamente a possibilidade de ingressar em juízo para a modificação de tal situação. Concluiu que, como é indisponível o estado da pessoa, não é possível a alteração do nome e do sexo no Registro Civil, decorrente de ato cirúrgico, por impossibilidade jurídica do pedido.

O Supremo Tribunal Federal, manifestando-se sobre pedido de retificação de Assento de Nascimento para alteração de sexo e nome, em decorrência de operação plástica, pronuncia-se pela

(99) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Obra Citada. p. 544.

(100) TAVARES, Juarez E.X. Obra Citada. p. 258.

impossibilidade jurídica do pedido e inocorrência de ofensa ao princípio constitucional da legalidade¹⁰¹.

No julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a que nos referimos linhas atrás, que fixa a prescindibilidade de autorização judicial para realização da intervenção cirúrgica do transexual, por se tratar de questão de competência exclusivamente médica, consta na Ementa o voto vencido da lavra do Des. Francisco Figueiredo, em que tece importantes considerações, inclusive sobre os efeitos da operação no Registro Civil para mudança do nome e do sexo do paciente. Vale a pena transcrever o resumo desse voto, que é o seguinte: “Por se tratar de cirurgia transmutativa, a acarretar mudança de sexo, não pode a Justiça ficar à margem do fato, tanto assim que, para qualquer alteração que se faça no Registro Civil de Nascimento, é necessária a autorização judicial. Assim, é de se autorizar a expedição do alvará para a cirurgia plástica reparadora da genitália, observada toda a integralidade de ordem e ética médicas, o que propiciará ao paciente sua integridade física, biológica, sexual e psicológica, e condicionará sua vida num estágio superior de felicidade, estágio de escopo da Justiça e do Direito”¹⁰².

Com esse voto a Justiça brasileira abre as portas para o transexual obter no Registro Civil alteração do nome e do sexo. Tanto assim que, em Pernambuco, o juiz da 3ª Vara de Família de Recife alterou o nome e o sexo de transexual, invocando os princípios gerais do direito do cidadão prescritos na Constituição Federal de 1988¹⁰³.

O Promotor de Justiça Inajá Guedes Barros, Curador de Família e Sucessões da Capital – São Paulo, ao tratar da Retificação no Registro Civil nos casos de Intersexualidade, envolvendo a classe dos hermafroditas, reputa que a alteração para a mudança de sexo e do nome das pessoas que se enquadrem nesta classe é válida sob o aspecto ético moral e jurídico. Quanto ao transexual, admite também a alteração, com a seguinte ressalva: “No entanto, sem querer ser discriminatório ou emitir qualquer valoração moral a respeito, para o transexual que eventualmente

(101) RTJ, 98:01.

(102) JURUÁ – CRIMINAL, 26:207-210. Ap.Civ.75.874/4. J. em 16/06/1988 – TJMG.

(103) REZENDE, Marco Antonio. In Revista Manchete. Obra Citada. p. 89.

obtenha a retificação de seu sexo e nome, no Registro, a averbação informativa é de extrema relevância já que biologicamente, pelo menos com os conhecimentos genéticos de hoje, não poderá ele se adaptar plenamente ao sexo diverso daquele que definiu seu nascimento. Nesta hipótese, a satisfação é muito mais de caráter psicológico e emocional e o erro a que terceiros estão sujeitos é muito mais plausível”¹⁰⁴.

Pode-se, assim, autorizar ao transexual a alteração no Registro Civil do nome e do sexo.

Mas, cuide-se bem, da pessoa que realmente se classifique como tal.

Assim, imprescindível se torna uma prévia perícia médica do interessado, cabendo ao órgão do Ministério Público, na condição de guardião dos valores humanos, zelar para que a perícia tenha pleno êxito. Ou, em outras palavras, que a mesma revele que o examinado é um transexual, condição esta que lhe dá o direito de buscar sua própria identidade sexual, nos moldes que lhe assegura a Constituição.

Com efeito, dispõe o art. 14 da Constituição espanhola: “Os espanhóis são iguais perante a lei, sem que possa prevalecer qualquer discriminação em razão de nascimento, raça, sexo, religião, opinião ou qualquer outra condição ou circunstância pessoal ou social.”¹⁰⁵. Esta norma constitucional da Espanha confere aos espanhóis, dentre os quais o transexual, o direito de buscar sua própria identidade sexual.

No Brasil, a regra constitucional contida no art. 5º da Constituição Federal assegura estes mesmos direitos, quando estabelece: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”...

O consentimento do ofendido se insere, assim, como o exercício de direito constitucional, no quadro dos direitos e garantias individuais da Constituição. Considerando-se, pois, o consenso como um tipo de exercício de direito constitucional que assegura ao consenciente a possibilidade de renúncia à proteção jurídica da tutela penal, temos condições de responder

(104) BARROS, Inajá Guedes. *Intersexualidade. Retificação de Registro Civil* – In RT, 655:228-235.

(105) MUNÔZ CONDE, Francisco. *Obra Citada*. p. 122

com precisão e segurança as questões que se encontram em aberto, propostas no início deste trabalho. A primeira delas alude ao sentido do consentimento do ofendido. Pode-se dizer que o sentido do consentimento do ofendido no Direito Penal se liga à própria valoração das ações ilícitas passíveis de sanção, sobre as quais incide e afasta a sanção, quando o bem jurídico tutelado se inscreve na disponibilidade do sujeito passivo. Em verdade, a essência deste sentido confunde-se com a do seu titular – o homem – que é “o inventor de todos os valores e normas do mundo. O mundo (o consenso é um valor) é tão somente o sentido que o homem elege ou inventa”¹⁰⁶.

A segunda indagação questiona a validade do consentimento do ofendido diante do caráter publicista do Direito Penal. Como assinala BETTIOL: “o direito penal é tutela de valores sociais, não de valores individuais”¹⁰⁷.

Todavia, é o próprio BETTIOL que se incumba de desmitificar esta idéia publicista do Direito Penal, quando consigna não se poder transformar esta verdade num dogma intangível, “porque há casos, também marginais, a propósito dos quais o Estado não tem interesse em considerar como próprio o bem tutelado, independentemente de uma manifestação contrária de vontade pelo particular. Isto significa que nem todos os bens tutelados são incondicionalmente bens públicos, mas o são enquanto o queira também aquele que é diretamente legitimado ou autorizado ao gozo dos ditos bens. O ordenamento jurídico penal vem, em outras palavras, emprestar relevância à vontade individual, a qual, através do consentimento, provoca a falta de objeto da tutela penal”¹⁰⁸.

Na verdade, a vivência forense demonstra, em muitas oportunidades, quanto é importante emprestar relevância à vontade individual, a qual, através do consentimento, provoca a falta de tutela penal. São os casos, por exemplo, de pequenas ofensas à integridade corporal nas transfusões de sangue, os internamen-

(106) COELHO, Luiz Fernando. Introdução à Crítica do Direito. Livros HDV. Curitiba. pp. 101-102. Passagem sobre a concepção do homem, em Sartre, citada por Coelho.

(107) BETTIOL, Giuseppe. Obra Citada. p. 396.

(108) BETTIOL, Giuseppe. Obra Citada. pp. 398-399.

tos hospitalares ou mesmo em clínicas especializadas para emagrecimento (medicina naturista).

A propósito desses internamentos, vem-nos à memória um caso criminal da cidade de Maringá:

Quando atuávamos como Promotor naquela maravilhosa cidade paranaense, deparamos com um volumoso inquérito policial, em que se apuravam as seguintes ocorrências delituosas: a) sequestro ou cárcere privado (artigo 148, parágrafo 1º, II e III, CP) e b) duplas lesões corporais (art. 129, caput, CP). Figurava como indiciado conceituado médico da região. O primeiro enquadramento decorria do internamento da mulher do indiciado, a qual se encontrava recolhida numa Clínica Médica Naturista do Interior do Estado de São Paulo. Denunciavam a mãe e a irmã da internada que esta lá se encontrava em autêntico cárcere privado, por ordem do marido, genro e cunhado delas, que redundou no atrito familiar, desaguando na dupla ofensa à integridade corporal (segundo enquadramento) praticadas pelo médico contra a sogra e cunhada. As peças informativas do inquérito revelavam que o questionado internamento se processava com o consentimento, por escrito, da paciente, tendo o médico indiciado, inclusive, apresentado à polícia uma declaração firmada por sua mulher, em data anterior do seu internamento, através da qual, a mesma lhe incumbia de cuidar do internamento junto à Clínica Médica Naturista, para que ela pudesse se submeter ao tratamento-médico apropriado à sua saúde. Diante disso, a solução encontrada foi dar relevância ao consentimento da ofendida que excluía o excogitado delito de sequestro ou cárcere privado, denunciando-se o médico apenas pelas práticas das lesões, em concurso material.

No tocante à solução que deve ser dada, quando se chocam o interesse particular da pessoa consenciente ofendida pelo crime, com o interesse estatal violado pelo autor deste mesmo crime, que se constitui na derradeira indagação, há que se desmitificar, antes de mais nada, a idéia que concebe a absoluta indisponibilidade dos bens penalmente tutelados, pelo que o consentimento seria inócuo na averiguação da antijuridicidade, ou mesmo como excludente da tipicidade.

Primeiro, porque, como frisa Frederico Marques, não é a tutela penal que torna indisponível ou não determinado bem ou

interesse que a lei juridicamente ampara. O caráter de indisponibilidade de um bem jurídico decorre de juízo de valor fundado nos mandamentos de toda a ordem jurídica¹⁰⁹.

Segundo, porque não se identificando o bem jurídico na classe dos indisponíveis, nada impede que se dê relevância ao consentimento do ofendido. Como acentua Frederico Marques: “O interesse estatal se identifica com a conservação dos bens individuais enquanto esta corresponda à vontade do titular; consequentemente esses bens não podem ser tidos como lesados quando o respectivo sujeito manifestou sua vontade em sentido favorável à lesão”¹¹⁰.

É certo, porém, que a ordem pública e o bom costume, erigidos no conceito de todo ordenamento jurídico¹¹¹, servem de limites ao consentimento do ofendido. Assim, repita-se, só tem relevância o consentimento das lesões em uma cirurgia para a mudança de sexo quando se trate de paciente transexual e não de homossexual. Com relação a este último o consentimento é irrelevante porque o fato atenta, claramente, contra a ordem pública e os bons costumes.

Vem à baila, também, o consentimento do ofendido nas lesões de natureza culposa, em que, consoante expõe Pierangelini, se relaciona a eficácia do consentimento ao risco que a conduta cria para os bens jurídicos, e que deve pressupor, da parte daquele que consente, o conhecimento desses riscos, dando como exemplos os casos como o dos motoristas acrobatas de espetáculos circenses, o tiro de Guilherme Tell, do participante de uma corrida de automóvel, nos quais o consenciente assume o perigo e não se pode responsabilizar penalmente o seu acompanhante¹¹².

Convém esclarecer, contudo, que nesta área de fatos culposos a eficácia do consentimento dependerá da real observância

(109) MARQUES, José Frederico. *Obra Citada*. p. 142.

(110) MARQUES, José Frederico. *Obra Citada*. p. 143.

(111) COELHO, Luiz Fernando. *Obra Citada*. pp. 355-356. Segundo refere Coelho: “O direito positivo de cada povo é herança cultural de toda a humanidade. Assim, com os devidos cuidados pode então ser o direito positivo definido como “conjunto de normas jurídicas em vigor, com a ressalva de tal vigência há de ser dialeticamente encarada, abrangendo os sistemas jurídicos do passado e a referência factual às condutas”.

(112) PIERANGELI, José Henrique. *Obra Citada*. p. 97.

dos regulamentos da própria arte da atividade desenvolvida, que deve ser sempre em conformidade com a ordem pública e os bons costumes. Extrapolados estes limites, nenhum valor terá o consenso para afastar a conduta culposa.

CONCLUSÃO

Feitas estas considerações, podem ser consideradas válidas e pertinentes as seguintes conclusões:

1) O consentimento do ofendido, quando opera fora do tipo para a exclusão da ilicitude do fato, se constitui em causa supralegal de justificação na legislação penal brasileira. Limita, contudo, a sua eficácia aos tipos penais que possam ser incluídos na disponibilidade dos bens jurídicos tutelados, como, por exemplo, nos delitos que afetem a honra, a liberdade pessoal, a integridade corporal e o patrimônio.

Exclui-se, é óbvio, desta última classe, o roubo e extorsão, em todas as suas espécies.

2) O consentimento, quando tem função diversa de exclusão do ilícito, ora exclui o tipo, ora exclui a tipicidade. Na primeira hipótese, v.g. o tipo de Aborto (art. 126), em que o consentimento aparece como elemento indispensável à configuração do próprio tipo objetivo. Assim, a ausência de consentimento exclui o crime, por faltar ao tipo um dos seus elementos essenciais. Na segunda hipótese, quando se concede eficácia ao consentimento do titular do bem jurídico protegido, como elemento do tipo de injusto do respectivo delito. Aqui, o dissenso do titular do bem pertence ao tipo. Havendo o consentimento, não haverá crime por ausência do tipo. O delito de violação de domicílio, por exemplo, é construído com base na oposição do dono a quem ingresse ou permaneça na sua casa (art. 150). O consentimento por ele dado exclui a tipicidade da conduta.

3) Tem valor também o consentimento presumido que decorre de determinados acontecimentos da vida cotidiana, sempre envolvendo o lesionado em situações que o impede de expressar a sua vontade, mas que se pudesse, anuiria na ação de quem lhe lesionou, por ter sido a mesma praticada em seu benefício.

4) Reconhece-se igualmente o consentimento putativo que se verifica quando o agente acredita erroneamente na realidade

de um consentimento que não existe, que se resolve no Erro de proibição (regra do art. 121, CP).

5) O consentimento sempre será ineficaz quando o fato consentido contrastar com a ordem pública e os bons costumes. A ordem pública e os bons costumes são valores inerentes à coletividade, expressos no ordenamento jurídico, que não podem ser submetidos à disposição particular.

Os bons costumes devem ser extraídos no contexto dos padrões históricos e morais da vida comunitária, tendo em consideração que “o direito não é pressão do passado condicionando o presente, é a própria transformação do presente e a construção do futuro”.

6) Qualquer vício essencial da vontade de quem consente (v.q. coação ou engano), torna inválido o consentimento.

7) As lesões consentidas decorrentes das cirurgias de natureza estética, nas quais não se inclui a cosmetologia cirúrgica, se inserem no contexto da licitude do tratamento médico-cirúrgico.

8) A cirurgia transexual se amolda no consentimento do ofendido como causa de exclusão de ilicitude. Dá-se relevância ao consentimento do paciente por se considerar que o mesmo exercita legitimamente um direito fundamental que lhe assegura o direito de buscar sua própria identidade sexual, justificando a operação castradora à qual se deve necessariamente submeter para obter seu intento. Insere a conduta do cirurgião no contexto da licitude do tratamento médico-cirúrgico. Realiza a intervenção cirúrgica porque o transexualismo constitui anomalia sexual comprovada que deve ser reparada, sem que o fato atente contra a ordem pública e aos bons costumes.

9) O transexual que se submete a uma cirurgia para a mudança de sexo tem também o direito de requerer a alteração no Registro Civil do nome e do sexo. No processo de retificação deve-se exigir, porém, uma prévia perícia médica do interessado, para constatar a sua condição médico-científica de transexual.

10) O consentimento do ofendido representa um tipo de exercício de direito constitucional que assegura ao consenciente a possibilidade de renúncia à proteção jurídica da tutela penal. O seu sentido confunde-se com o do seu titular – O Homem –

que é “o inventor de todos os valores e normas do mundo. O valor (o consenso é um valor) é tão somente o sentido que o homem elege ou inventa”.

BIBLIOGRAFIA

- AMARAL, Sylvio do. Falsidade Documental, 2ª Ed. Revista e Ampliada. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1978.
- BETTIOL, Giuseppe. Direito Penal, Vol. I. Trad. Paulo José da Costa Júnior e dos Mag. Alberto Silva Franco, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1966.
- BRUNO, Anibal. Direito Penal. Tomo 2º, Forense. Rio de Janeiro, 1967.
- CAETANO DUARTE, José a. O Erro no Código Penal. Apêndice Actas da Comissão Revisora da Parte Geral do Projecto do Código Penal de Portugal. Vega Universidade Lisboa, Portugal, 1984.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal (a nova parte geral). Forense. Rio de Janeiro, 1985.
- COELHO, Luiz Fernando. Lógica Jurídica e Interpretação das Leis. Forense. Rio de Janeiro. 1981.
- COELHO, Luiz Fernando. Introdução à Crítica do Direito. Livros HDV. Curitiba. 1983.
- COELHO, Luiz Fernando. Teoria Crítica do Direito. Livros HDV. Curitiba. 1987.
- CORREIA, Eduardo. Direito Criminal. Livraria Almeida. Coimbra. 1971.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Direito Penal, vol.3, Parte Especial. São Paulo, Saraiva. 1991.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Direito Penal, vol. 1, Parte Geral. São Paulo. Saraiva. 1991.
- CONDEIXA DA COSTA, Carlos Adalmyr. Dolo no Tipo. Teoria da Ação Finalista no Direito Penal. Liber Juris. Rio de Janeiro. 1989.
- DOTTI, René Ariel. Bases e Alternativas para o Sistema de Penas. Ed. Saraiva. São Paulo. 1980.
- FIORILLO, Felipe Amauri. Parecer nº 525, in “MP” Órgão Oficial do Ministério Público do Estado do Paraná. Ano 5 – nº 6 – 1976.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. Transexualismo. Cirurgia. Lesão Corporal. “in” Revista de Direito Penal, vol. 25. Forense. 1978.
- FRANÇA, Genival Veloso de. Direito Médico. Fundo Editorial BNK Prociencx. São Paulo. 1975.
- FREDERICO MARQUES, José. Tratado de Direito Penal, v.2 . O Consentimento do Ofendido, Saraiva. São Paulo. 1965.
- GOMES, Hélio. Medicina Legal, 16ª ed. Freitas Bastos. São Paulo. 1974.
- HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal, vol. I, Tomo II, Arts. 11 a 27, 5ª ed. Forense. Rio de Janeiro. 1978.

-
- JESUS, Damásio Evangelista de. Direito Penal. vol. 1, Parte Geral. Saraiva. São Paulo. 10a ed., 1985.
 - JESUS, Damásio Evangelista de. Direito Penal. 4º Vol. Parte Especial. Saraiva. São Paulo. 1988.
 - KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. de João Baptista Machado. Armênio Editora. Coimbra. 1984.
 - MACHADO, Luiz Alberto. Direito Criminal. Parte Geral. Revista dos Tribunais. São Paulo. 1987.
 - MAGALHÃES NORONHA, Edgard. Direito Penal. 3º vol. São Paulo. Saraiva. 1976.
 - MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 10ª Ed. Forense. Rio de Janeiro. 1988.
 - MIRABETE, Júlio Frabbrini. Manual de Direito Penal. vol. 1. Parte Geral. São Paulo. Atlas. 1986.
 - MIRABETE, Júlio Frabbrini. Manual de Direito Penal. vol. 1. Ed. Atlas. São Paulo. 1986.
 - MUNÕZ CONDE, Francisco. Teoria Geral do Delito. Trad. e Notas por Juarez Tavares e Luiz Régis Prado, Sérgio Antonio Fabris, Editor, Porto Alegre, 1988.
 - NUNES, Pedro. Dicionário de Tecnologia Jurídica. v. II, 10ª Ed. Revista, Ampliada e Atualizada. Freitas Bastos. Rio de Janeiro. 1979.
 - NUVOLONE, Pietro. II Sistema Del Diritto Penale. PADOVA, Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani. 1975.
 - OLIVEIRA, Moacir. Consentimento da Vítima. in Repertório Enciclopédico do direito brasileiro. Borsoi. Rio de Janeiro.
 - PEDRAZZI, Cesare. Consenso Dell’Avente Diritto, in Enciclopédia Del Diritto IX, Giuffré Editore.
 - PIERANGELLI, José Henrique. O Consentimento do Ofendido na Teoria do Delito. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. 1989.
 - PIERANGELLI, José Henrique. Códigos Penais do Brasil – Evolução Histórica. 1a Ed. Editora Jalovi, Baurú – SP. 1980.
 - REZENDE, Marco Antonio. Transexuais – A Conquista da Identidade Perdida, in Revista Manchete, medicina, ed. 28/04/1990. pp.85.90.
 - TOLEDO, Francisco de Assis. Ilícitude Penal e Causas de sua Exclusão. Forense. Rio. 1984.
 - TAVARES, Juarez E. X. O Consentimento do Ofendido no Direito Penal, In: Revista da Faculdade de Direito da U.F.Pr., Curitiba. 1969. ANO nº 12, pp. 258-269.
 - WESSELS, Johan. Direito Penal. Parte Geral. Trad. e notas por Juarez Tavares, Sérgio Antonio Fabris, Editor, Porto Alegre. 1976.
 - ZAFFARONI, Eugenio Raul. Tratado de Derecho Penal. Parte General III, Adiar, Argentina. 1981.