

**ICPC – INSTITUTO DE CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL  
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**CAMILA KOCHANOWSKI SIMÃO**

**O CONSENTIMENTO DO TITULAR DO BEM JURÍDICO**

CURITIBA

2007

**CAMILA KOCHANOWSKI SIMÃO**

**O CONSENTIMENTO DO TITULAR DO BEM JURÍDICO**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção de título de especialista no Curso de Pós-Graduação em Direito Penal e Criminologia do Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC e Universidade Federal do Paraná.

Professor Orientador: Juarez Cirino dos Santos

CURITIBA

2007

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	1
<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	2
<b>2 O CONSENTIMENTO DO TITULAR DO BEM JURÍDICO</b> .....	4
2.1 A expressão <i>consentimento</i> .....	4
2.2 A expressão <i>titular do bem jurídico</i> .....	5
2.2.1 Bem jurídico .....	6
2.3 Definição de consentimento do titular do bem jurídico .....	8
<b>3 INTRODUÇÃO SISTEMÁTICA AO CONSENTIMENTO DO TITULAR DO BEM JURÍDICO</b> .....	12
3.1 Posicionamento do consentimento do titular do bem jurídico diante da teoria do delito: localização no ordenamento jurídico brasileiro .....	13
3.1.1 Consentimento como excludente da tipicidade .....	13
3.1.2 Consentimento como excludente de ilicitude .....	17
<b>4 PRESSUPOSTOS DE VALIDADE PARA O CONSENTIMENTO</b> .....	22
4.1 Da necessidade de estabelecer condições de validade ao consentimento .....	22
4.1.1 Capacidade do titular do bem .....	24
4.1.2 Disponibilidade do bem jurídico .....	29
4.1.3 Bons costumes.....	32
4.1.4 Manifestação do consentimento e elemento subjetivo: ação no limite e com ciência do consentimento .....	35
4.1.5 Vícios do consentimento .....	38
4.2 Consentimento presumido .....	40
<b>5 ANÁLISE PRÁTICA DO CABIMENTO DO CONSENTIMENTO DO TITULAR DO BEM JURÍDICO</b> .....	43
5.1 Caso 1 .....	43
5.2 Caso 2 .....	45
5.3 Caso 3 .....	46

<b>6 CONCLUSÃO</b> .....	48
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	51

## RESUMO

O presente trabalho trata do consentimento do titular do bem jurídico como forma de exclusão da responsabilidade penal do autor da ação, seja em razão da eliminação da tipicidade, seja em razão da eliminação da ilicitude. Foca-se nos seus pressupostos de validade, efeitos e também aplicação prática, sem deixar de atentar à importância da sua discussão no direito penal. Para possibilitar melhor compreensão do tema, discorre-se acerca do posicionamento do consentimento do titular do bem jurídico na estrutura da teoria do delito, objeto de grandes divergências doutrinárias, apresentando as diferentes opiniões que refletem diretamente nos efeitos que pode produzir, de acordo com a natureza jurídica assumida. Trata, ademais, da importância do consentimento para realização da liberdade de disposição do indivíduo garantida constitucionalmente, e da necessidade de estabelecer-se requisitos para que o instituto possua relevância jurídico-penal na análise acerca da existência concreta de uma conduta delituosa. Para o desenvolvimento das mencionadas questões, apóia-se em estudos de alguns dos mais renomados autores penalistas, brasileiros e estrangeiros, para demonstrar as fundamentações utilizadas por cada um deles. Ao final, apresenta alguns casos concretos retirados da jurisprudência pátria, a fim de possibilitar uma maior identificação do consentimento do titular do bem jurídico com as hipóteses em que é admitido, por meio da análise dos seus pressupostos.

## 1 INTRODUÇÃO

A proposta no presente trabalho é analisar o consentimento do titular do bem jurídico a partir de uma concepção dogmática dos elementos que constituem a sua teoria, através de um estudo essencialmente descritivo, valendo-se de várias referências bibliográficas, da literatura nacional e estrangeira, sem excluir uma tomada de posição com relação aos principais aspectos controversos do tema.

Nestes breves comentários tecidos sobre o tema, não se procurou esgotar a análise do assunto, muito menos apresentar todos os aspectos que a ele concernem. O presente estudo preocupou-se em tratar das características mais relevantes do consentimento do titular do bem jurídico, que apesar de não estar regulado em nosso ordenamento jurídico, é um instituto amplamente aceito como causa supralegal de justificação, apresentando ainda, por vezes, um efeito excludente da tipicidade.

Partindo deste ponto de vista, considerando que o consentimento do titular do bem jurídico constitui uma hipótese em que, apesar de aparentemente haver uma conduta criminosa, crime não há, é importante a compreensão acerca da estrita relação que esse instituto possui com o bem jurídico tutelado penalmente. Isso porque, em parte, o consentimento do titular do bem jurídico realiza uma função de delimitação entre a liberdade de disposição do indivíduo e a obrigação social de cada um no tocante à proteção de bens jurídicos, ao permitir que algumas condutas sejam desconsideradas pelo ordenamento penal, diante de prévias e determinadas condições.

E é esta questão que reflete a importância do tema, pois as conseqüências em decorrência disso são diversas, sendo que a principal diz respeito aos direitos fundamentais do indivíduo, que permanecem invioláveis, por não haver responsabilização penal do agente, em razão da inexistência, na realidade, de ato criminoso.

Neste sentido, após a necessária referência acerca do posicionamento do consentimento dentro da estrutura da teoria do delito, são apresentados os pressupostos necessários à sua validade. Examinam-se, então, cada um desses requisitos, e eventuais divergências que concernem a alguns deles.

Assim sendo, ficará demonstrado que o consentimento somente possui relevância no direito penal diante de bens jurídicos disponíveis, eis que não é possível considerar-se eficaz a renúncia da proteção jurídica relativamente a bens indisponíveis. O titular do bem jurídico, por sua vez, deve possuir capacidade para compreender as conseqüências do seu consentimento na esfera de proteção penal dos seus interesses, livre de vícios da vontade. Ademais, será analisado de que maneira os bons costumes e a ciência, por parte do agente, do consentimento do interessado, influenciam na sua validade.

Após a análise de cada um dos mencionados requisitos, serão apresentados alguns casos julgados pelos tribunais pátrios, nos quais discutiu-se a existência do consentimento do titular do bem jurídico. Essa análise jurisprudencial tem o objetivo principal de proporcionar uma maior identificação do tema com algumas hipóteses correntes em que a ação pode deixar de ser delituosa em razão da exclusão da tipicidade, ou da ilicitude, em decorrência de um consentimento válido; como objetivo secundário, a apresentação dos julgados pretende demonstrar a importância dos seus pressupostos na limitação da liberdade de disposição e autodeterminação do indivíduo, na medida em que trata-se de bens de interesse da coletividade, que não importam tão-somente ao particular titular.

Diante do que foi mencionado, cabe destacar ainda que o estudo do consentimento do titular do bem jurídico possui grande relevância, visto que, apesar de envolver questões essencialmente de direito penal, produz reflexos no âmbito do processo penal, atingindo inclusive questões relacionadas a direitos humanos, principalmente no que concerne ao espaço de liberdade que o Estado concede aos seus cidadãos.

## 2 O CONSENTIMENTO DO TITULAR DO BEM JURÍDICO

Certas situações apresentam-se ao direito penal com determinadas peculiaridades, que podem gerar incertezas sobre seu caráter criminoso, e em especial, sobre a necessidade de aplicação da pena diante da sua ocorrência.

No presente trabalho, pretende-se analisar uma dessas situações em particular: a realização de uma conduta que num primeiro momento parece perfazer um tipo penal, porém com o consentimento da suposta vítima, para a ação aparentemente delituosa.

A exposição de alguns casos concretos ajuda a compreender melhor o instituto.

Um cidadão, ao ser abordado em seu domicílio por policiais, consente com que adentrem sua residência – embora sem mandado – para que procedam a uma busca em razão de denúncia de que lá seriam ocultadas drogas. Nesta hipótese, é possível falar-se na ocorrência do delito de invasão de domicílio?

Se o proprietário de um restaurante consente com que seus funcionários, eventualmente, levem para casa certa quantidade de carne armazenada no frigorífico do estabelecimento, a fim de servir como parte da remuneração pelos serviços prestados, há a perpetração de furto qualificado (por abuso de confiança)?

Ou ainda, no caso de um indivíduo que pretende realizar uma cirurgia de vasectomia, poder-se-ia responsabilizar penalmente o médico cirurgião pelo crime de lesões corporais gravíssimas, em razão da conseqüente esterilidade deste paciente?

O chamado *consentimento do titular do bem jurídico* procura investigar estas e outras questões, e apesar de não haver disposição expressa na legislação penal brasileira sobre este instituto – ou talvez exatamente em razão dessa lacuna legislativa – o seu estudo, e principalmente o exame dos seus limites, requisitos e aplicabilidade, é de extrema importância para o Direito Penal.

### 2.1 A expressão *consentimento*

Por *consentimento*, encontra-se a seguinte definição: “1. Ato de consentir. 2. Permissão, licença. 3. Anuência, aprovação, acordo. 4. Aprovação tácita, tolerância.”<sup>1</sup> Assim, a princípio, aquele que consente está de acordo com determinada situação, ação ou o que quer que seja o objeto dessa aquiescência.

O consentimento que interessa ao direito penal pode determinar a exclusão da responsabilidade criminal do agente na realização de uma conduta que, *a priori*, revela-se delituosa. Terá o efeito de excluir a tipicidade da conduta, ou a sua ilicitude (antijuridicidade), dependendo das circunstâncias em que se apresenta.

Cabe destacar, neste ponto, que a doutrina alemã distingue essas situações valendo-se de denominações diferentes: o consentimento que determina a exclusão da tipicidade é chamado *Einverständnis*, e o consentimento que exclui a antijuridicidade, *Einwilligung*.<sup>2</sup>

A distinção existente no direito penal germânico foi traduzida na nossa literatura penal como *concordância* ou *acordo*, para o efeito de excludente do tipo, e *consentimento* para o efeito de excludente de ilicitude.

Contudo, a dificuldade de diferenciação semântica entre essas duas expressões, na língua portuguesa, faz com que muitos autores utilizem simplesmente *consentimento* para ambas as hipóteses. E é assim que o tema será referido no presente trabalho.

A dificuldade acima mencionada, contudo, não retira do instituto a necessidade de ser tratado de maneira diferente em uma ou outra hipótese, por haver diferenças substanciais (que serão analisadas adiante), decorrentes da própria divergência da sua natureza jurídica.

## 2.2. A expressão *títular do bem jurídico*

---

<sup>1</sup> CONSENTIMENTO. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 1 ed. 15 impressão. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira. p. 368.

<sup>2</sup> Anota MAURACH que esta distinção foi feita pela primeira vez com Geerds, na sua tese de doutorado *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten*, na qual *distinguiu* um acordo eliminador do tipo e um consentimento justificante. (MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal*: parte general. 7 ed. Tradução por Jorge Bofill e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994, p. 285).

Antes de iniciar efetivamente o estudo desse instituto, faz-se necessário ressaltar questão conceitual pertinente ao tema.

Apesar de ser uma expressão muito difundida e utilizada ainda hoje por diversos autores, aponta-se para a impropriedade da expressão *consentimento do ofendido*, sob o fundamento de que não se pode falar em 'ofendido', ou 'vítima', quando não há, com efeito, ofensa ao sujeito passivo da ação. Pois, consoante a antiga máxima de Ulpiano, *nulla injuria est quae volentem fiat*, ou de maneira simplificada, *volenti non fit injuria* ("o que se realiza com a vontade do lesionado, não constitui injusto")<sup>3</sup>.

Ou seja, se não há ofensa àquele que consente, a melhor denominação, apontada por Délio MAGALHÃES<sup>4</sup>, seguindo entendimento de Francesco Camelutti, seria *consentimento do titular do direito* ou *do interessado*. Ou, ainda, *consentimento do titular do bem jurídico*.

Tendo em vista que cada autor recorre a uma dessas expressões alternadamente, neste trabalho serão utilizadas as expressões *consentimento do ofendido*, ou *consentimento do interessado*, ou *ainda consentimento do titular do bem jurídico* ou *do direito*, como sinônimas, muito embora deva ficar ressaltado que melhor é a aplicação das expressões que não indicam o sujeito passivo como *ofendido* ou *vítima*, já que, havendo consentimento, não há ofensa capaz de imputar-lhe esta qualidade.

### 2.2.1 Bem jurídico

A discussão acerca do bem jurídico pela doutrina apresenta muitas controvérsias, e não há consenso quanto a sua definição.

Afirma Luis GRECO que existem três questões fundamentais para que se possa definir o conceito de bem jurídico. A primeira delas diz respeito à necessidade de que "*este interesse, valor, unidade funcional, pretensão de respeito, etc. seja de importância fundamental para alguém, de modo que a existência ou o bem-estar deste*

---

<sup>3</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. 2. ed. Tradução por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Ed. Civitas, 1997, t.1, p. 511.

<sup>4</sup> MAGALHÃES, Délio. **Causas de exclusão de crime**. 2 ed. rev. e atualizada, inclusive com o Código Penal de 1969, São Paulo: Saraiva, 1975, p. 141.

*alguém estariam severamente ameaçados caso a incriminação inexistisse*<sup>5</sup>. Quanto a esta questão, parece estar de acordo grande parte da doutrina.

A segunda questão refere-se à *titularidade* do bem: deve-se perquirir para quem o bem jurídico possui importância fundamental, se para o indivíduo, para a sociedade, ou para os dois. Nesse ponto cabe esclarecer que neste trabalho, adota-se a teoria dualista do bem jurídico<sup>6</sup>, e desta forma, entende-se que bens jurídicos tanto individuais como coletivos são igualmente legítimos e admissíveis.<sup>7</sup> Como afirma ROXIN<sup>8</sup>, a definição de bem jurídico não pode limitar-se aos bens individuais, pois o ordenamento penal protege também bens da coletividade, cuja lesão é merecedora de pena.<sup>9</sup>

Em sentido oposto a esse entendimento, destaque-se a existência de parte da doutrina que defende a concepção monista-pessoal de bem jurídico<sup>10</sup>, na qual o ponto de partida são os interesses individuais.

---

<sup>5</sup> GRECO, Luis. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 49, Ano 2004, p. 102.

<sup>6</sup> A concepção dualista do bem jurídico admite a co-existência de bem jurídicos individuais e coletivos, defendendo não ser possível reduzir os bens jurídicos individuais à sua dimensão de interesse coletivo, tampouco reduzir os bens jurídicos coletivos à sua dimensão de interesse individual. (GRECO. Op. cit., p. 102-103).

<sup>7</sup> Nesse sentido, assevera JESCHECK que existem bens jurídicos do particular (bens jurídicos individuais, como por exemplo, a vida, a liberdade e a propriedade), e inseridos nestes existe um subgrupo de bens jurídicos altamente pessoais (dentre os quais, a integridade corporal, e a honra), e bens jurídicos da coletividade (que chama que bens jurídicos universais, como por exemplo, a autenticidade da moeda, a segurança do tráfico viário, a proteção de segredos de Estado). Defende o autor a importância dessa distinção, entre outras situações, na hipótese em que se procura saber se é possível que o particular imediatamente afetado pela conduta, na posição de titular do bem jurídico, possa consentir validamente com a lesão a esse bem. (JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. Tradução por S. Mir Puig e F. Muñoz Conde. 3 ed. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1981, p. 353).

<sup>8</sup> ROXIN. Op. cit., p. 54.

<sup>9</sup> Esclarece Bernd SCHÜNEMANN que a distinção entre essas duas categorias de bem pode ser entrecruzada com outra distinção, "que separa os bens jurídicos que consistem em objetos fisicamente individualizáveis e lesionáveis, dos bens jurídicos institucionais, os quais se referem a um conjunto de condições gerais, cujo atendimento é em princípio indispensável para uma convivência pacífica e próspera em sociedade." Prossegue afirmando que "a primeira categoria prepondera entre os bens jurídicos individuais, a segunda entre os bens jurídicos coletivos, mas existem ainda assim bens jurídicos institucionais no âmbito individual e bens jurídicos fisicamente individualizáveis no âmbito coletivo". (SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, Ano 13, nº. 53, março-abril de 2005, p. 23-24).

<sup>10</sup> Para os autores que defendem essa teoria, os bens jurídicos da coletividade somente possuem relevância e podem ser reconhecidos na medida em que forem referíveis a indivíduos

A terceira e última questão proposta por GRECO diz respeito a se o bem jurídico deve ser entendido como *realidade fática* ou como *entidade meramente ideal*.<sup>11</sup> Conclui o autor que “*definições de bem jurídico que o transformem em uma entidade ideal, em um valor, em algo espiritual, desmaterializado, são indesejáveis, porque elas aumentam as possibilidades de que se postulem bens jurídicos à la volonté, para legitimar qualquer norma que se deseje*”<sup>12</sup>.

Importa destacar, ademais, seguindo a orientação de Hans-Heinrich JESCHECK<sup>13</sup>, não é possível defender que, nos tipos penais que protegem os bens jurídicos disponíveis, o autêntico bem jurídico constitui o domínio autônomo do titular sobre este bem, e não a integridade do objeto em si. Pois isso implicaria uma subjetivação do conceito de bem jurídico, que se traduziria em uma vigência do tipo penal de acordo com o arbítrio do seu titular.

Prossegue o autor, afirmando que a integridade corporal, a liberdade de locomoção, o patrimônio, a honra, enfim, são bens jurídicos protegidos independentemente da vontade do legitimado, por serem bens vitais à comunidade, que possibilitam a realização de princípios como a liberdade, a autodeterminação e a dignidade humana.<sup>14</sup>

E é sob esse conceito de bem jurídico, não subjetivado, existente em si mesmo, que o presente trabalho é desenvolvido.

### **2.3. Definição de *consentimento do titular do bem jurídico***

Analisadas separadamente as expressões que compõem o título do tema proposto, passemos à tentativa de definir, senão apenas explicar, o significado do consentimento do titular do bem jurídico, seus fundamentos e efeitos no direito penal.

---

concretos, pois a coletividade, por si só, não pode ser objeto de proteção do direito penal. (GRECO. Op. cit., p. 103.)

<sup>11</sup> GRECO. Op. cit., p. 105.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 106.

<sup>13</sup> JESCHECK. Op. cit., p. 513-514.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 514.

A referência à *tentativa de definir* deve-se ao fato de que, conforme expõe PIERANGELLI<sup>15</sup>, um conceito global de consentimento é algo complexo e difícil, posto que em certas situações apresenta-se como causa de atipicidade, em outras, como causa de justificação, ou ainda, em outras oportunidades, pode conduzir a uma situação penalmente irrelevante.

Fala-se, então, em linhas gerais, que constitui uma aceitação pelo sujeito passivo, respeitadas determinadas condições, de que o autor realize uma conduta que, a princípio, constituiria crime sem tal consentimento<sup>16</sup>. É uma hipótese de renúncia à proteção penal<sup>17</sup> pelo titular de um bem jurídico disponível, ou seja, o abandono, por parte do interessado, à tutela jurídica outorgada pela norma geral.

Esta renúncia fundamenta-se principalmente no *espaço de liberdade* que o Estado reconhece aos seus cidadãos.<sup>18</sup> Desta forma, se o indivíduo pode fazer tudo aquilo que não é proibido por lei (artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal<sup>19</sup>), tem-se que, fora do âmbito das proibições legais, o sujeito é livre. E o consentimento do interessado como forma de renúncia à proteção penal de bens jurídicos disponíveis é uma das conseqüências mais importantes da nova relação Estado-cidadão, tendo-se em vista a faculdade de livre disposição de cada indivíduo, concedida pela Constituição Federal. Conforme destaca MAURACH, como conseqüência dessa renúncia, a norma penal passa para segundo plano, já que o ordenamento jurídico e social reconhece a primazia da faculdade de autodeterminação de cada indivíduo<sup>20</sup>.

Prossegue o autor, afirmando que compete à teoria do consentimento realizar, no campo jurídico-penal, a delimitação entre a autodeterminação individual e a obrigação social de cada indivíduo no tocante à proteção de bens jurídicos. E neste

---

<sup>15</sup> PIERANGELLI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1989, p. 89.

<sup>16</sup> PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal: Parte General*. 7 ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006, p. 503.

<sup>17</sup> WESSELS, Johannes. *Direito penal: parte geral (Aspectos fundamentais)*. Tradução por Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976, p. 76.

<sup>18</sup> MAURACH/ZIPF. *Op. cit.*, p. 287.

<sup>19</sup> Art. 5º. (...)

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

<sup>20</sup> MAURACH/ZIPF. *Op. cit.*, p. 288.

confronto de interesses, deve-se reconhecer a prevalência da autodeterminação frente à proibição de lesões a bens jurídicos, desde que individuais e disponíveis.<sup>21</sup>

Por outro lado, também deve ser reconhecida a importância da teoria do consentimento para reduzir as punições a um núcleo essencial de comportamentos realmente carecedores de pena.<sup>22</sup> Pois se o direito penal deve ser utilizado como última medida na proteção das relações da sociedade, e se sua intervenção na vida social se justifica apenas quando insuficientes e falhos os outros meios para solução do problema, a eficácia do consentimento do interessado para descaracterizar o que a princípio mostra-se como uma conduta delituosa, na verdade, propicia a realização da missão do direito penal na proteção *subsidiária* dos bens jurídicos.<sup>23</sup>

Realiza, desta forma, o princípio da intervenção mínima (e subsidiária) do direito penal, pois, se o titular do direito supostamente ofendido renuncia à proteção que o Estado oferece ao bem jurídico em questão, não há necessidade da sua atuação para punir aquele que agiu com o consentimento do interessado.

É possível afirmar, nesse sentido, que a ação consentida não é merecedora de pena, já que a sanção penal não deve ser aplicada em presença de qualquer ataque a bem digno de tutela, mas somente nos casos em que a agressão atinja um tal nível de gravidade que resulte intolerável<sup>24</sup>. Resta saber, contudo, em que situações se estará diante de um consentimento tolerável ou intolerável, ou seja, quais são os requisitos para que o consentimento possa assumir essa função “discriminante”.

Ao analisar o consentimento, representando renúncia à proteção jurídica do bem ameaçado, afirma Juarez TAVARES que

Toda norma se destina e serve à proteção dos bens jurídicos e também se encontra promulgada para vigor em situações normais, não em estados de exceção. Em consequência, todos os bens jurídicos merecem o amparo da norma. Essa proteção se faz através de comandos dirigidos à coletividade e alicerçados em juízos de valor. Entretanto, se por um lado, a norma expressa-se, por motivo de autoridade, em mandados e termos de valoração absoluta, não pode ser tomada em consideração independentemente do substrato de valores a que deve sua origem e validade, nem

---

<sup>21</sup> Id.

<sup>22</sup> ROXIN, Claus. Tem Futuro o Direito Penal? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Ano 90, Volume 790, agosto de 2001, p. 467.

<sup>23</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal...*, p. 65.

<sup>24</sup> FIANDACA, Giovanni. O “bem jurídico” como problema teórico e como critério de política criminal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 89, volume 776, junho de 2000, p. 436.

tampouco vigorar em todos os conflitos imagináveis. Há ocasiões em que o bem atacado renuncia à proteção da norma, constituindo uma situação anormal. Essa situação arrasta consigo a norma, fazendo-a retroceder, pois já não interessa a ela proteger o bem, tendo em vista o critério de valor de uma situação normal.<sup>25</sup>

Ou seja, nos casos em que a norma cede à vontade do interessado, como consequência da renúncia do bem jurídico ameaçado, não deve o autor ser responsabilizado penalmente, eis que nessas situações poderá haver ou atipicidade, ou justificação.

Sem dúvida, o consentimento do titular do bem jurídico é um dos institutos penais mais instigantes, e as controvérsias ainda existentes com relação ao tema, tais como a sua localização na dogmática do delito, os pressupostos necessários à sua validade e reconhecimento, e o alcance que possui no direito penal, tomam o seu estudo sobremaneira importante.

---

<sup>25</sup> TAVARES, Juarez. O consentimento do ofendido no direito penal. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, 12, Curitiba, 1969, p. 263.

### 3 INTRODUÇÃO SISTEMÁTICA AO CONSENTIMENTO DO TITULAR DO BEM JURÍDICO

A dogmática da teoria geral do delito, afirma ROXIN<sup>26</sup>, sempre foi a parte nuclear de todas as exposições da parte geral, e por esse motivo, na análise de qualquer tema de direito penal, é essencial que se tenha conhecimento da sua localização dentro da estrutura da teoria do delito.

Na moderna teoria do crime, a substancial maioria da doutrina entende que o fato punível supõe uma *conduta típica, antijurídica (ilícita) e culpável*.<sup>27</sup>

Nesse sentido, deve-se compreender que por *conduta* estão abrangidas tanto as ações comissivas quanto as omissivas. Deve a conduta ser *típica*, ou seja, coincidir com uma das descrições legais contidas no ordenamento jurídico penal, porque assim exige o princípio da reserva legal, definido na fórmula *nullum crimen, nulla poena, sine lege*. Além disso, a ação típica deve ser *antijurídica* ou *ilícita*, isto é, contrária ao ordenamento jurídico, na medida em que a lei determina que a conduta deveria ser evitada. É necessário também que seja *culpável*, pois sendo censurada através do direito penal, recai o juízo de reprovação sobre o autor, o qual denomina-se culpabilidade.

A inserção do tema proposto dentro dessa estrutura dogmática do crime é de extrema importância, tendo em vista que a presença do consentimento válido do titular do bem jurídico poderá determinar a exclusão da responsabilidade penal<sup>28</sup> do agente, em razão da ausência de um dos elementos do crime – seja a tipicidade, seja a antijuridicidade.

---

<sup>26</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal...*, p. 192.

<sup>27</sup> Relativamente aos elementos do crime, a doutrina não é unânime acerca de quantos e quais seriam. No presente trabalho, adota-se a teoria tripartida do delito.

<sup>28</sup> A referência à “*exclusão da responsabilidade penal*”, no contexto adotado, compreende as duas possibilidades decorrentes do consentimento, em razão especialmente das iguais consequências em ambas as situações: diante da exclusão da tipicidade, não haverá aplicação da pena ao agente, pois inexistente o crime; da mesma forma, quando ausente a antijuridicidade, o agente não receberá pena, por faltar à conduta um dos elementos que a caracterizam como delituosa.

Os pressupostos para considerar-se o consentimento do interessado relevante ao direito penal apresentam algumas diferenças quando referentes à situação que determina a atipicidade de conduta, ou que a justifica.

É nesse contexto que a localização do consentimento do titular do bem jurídico na teoria do delito revela-se imprescindível para o entendimento do instituto, não só no campo teórico, como também na sua aplicação prática.

### **3.1 Posicionamento do consentimento do titular do bem jurídico diante da teoria do delito: localização no ordenamento jurídico penal brasileiro.**

Na discussão sobre o posicionamento do consentimento na teoria do delito, que por vezes localiza-se no âmbito da tipicidade, e em outras encontra-se no domínio da ilicitude, o que deve ser observado é o efeito do consentimento na estrutura da conduta delitiva.

Adota-se, nesse trabalho, a teoria dualista do consentimento. Sendo assim, admite-se que em certas situações o consentimento do titular do bem jurídico torna a conduta atípica; e em outras, que o consentimento do interessado não é suficiente para impedir ou negar a ocorrência de uma lesão ao bem jurídico, perfazendo o tipo penal, situação em que a conduta, embora lesiva, será desprovida de antijuridicidade.

Em ambos os casos, o fato de o titular do bem jurídico expressar sua aquiescência quanto à realização da ação que, *a priori*, revela-se criminosa, faz surgir dúvidas quanto à existência de um delito, e quanto à real necessidade da aplicação da pena ao agente. Tal questão somente poderá ser dirimida com a análise da presença dos requisitos que tornam eficaz o consentimento, exame que será posteriormente realizado, no capítulo 4 deste trabalho.

#### **3.1.1 Consentimento como excludente da tipicidade**

Em certas situações, o dissentimento é elemento do próprio tipo penal, seja expressa, seja implicitamente. São delitos cuja descrição típica informa a existência de

uma vontade resistida por parte do titular do bem jurídico. Nesse caso, conforme esclarece Santiago Mir PUIG, a ausência de oposição do sujeito passivo à ação faz desaparecer toda a lesividade da conduta<sup>29</sup>.

Anota Aníbal BRUNO que o consentimento, nessas hipóteses, impede o surgimento de qualquer lesão ao bem juridicamente protegido, e assim sendo, não se configura o tipo, e não existe crime, não por ausência de injusto, mas por ausência de tipicidade.<sup>30</sup>

Seria o correspondente ao que a doutrina alemã denomina *Einverständnis* (acordo ou concordância). Alguns autores<sup>31</sup> citam como exemplos o constrangimento ilegal, o seqüestro e cárcere privado, a invasão de domicílio, a violação de correspondência, crimes contra o patrimônio, crimes contra a liberdade sexual, e outros em que o consentimento eficaz toma o fato atípico.<sup>32</sup> São delitos em que a vontade resistida do interessado aparece como condicionante do tipo.

Destaque-se que há, ademais, outra maneira do consentimento atingir a tipicidade de uma conduta criminosa: pode não só excluí-la, quando o dissentimento for elemento expresso ou tácito da descrição do tipo, mas pode também concorrer para a própria configuração da tipicidade, quando o consentimento do titular do bem for elemento do tipo.<sup>33</sup>

Nas palavras de BITENCOURT, “... são duas formas distintas de o consentimento do ofendido influir na tipicidade: para excluí-la, quando o tipo pressupõe

<sup>29</sup> PUIG. Op. cit., p. 504.

<sup>30</sup> BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 19.

<sup>31</sup> Id.; TAVARES. Op. cit., p. 261.

<sup>32</sup> Nota-se que existe discordância na doutrina quanto à situação de consentimento nos crimes de cárcere privado e nos crimes contra o patrimônio. Cezar Roberto BITENCOURT, por exemplo, considera que, havendo consentimento do interessado em tais delitos, caracterizaria ausência de ilicitude, e não de tipicidade (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 129). Não obstante, não parece ser correto este entendimento. O delito de cárcere privado, por exemplo, possui como núcleo do tipo o verbo “constranger”, o que pressupõe o dissenso do sujeito passivo, pois o constrangimento só existe *contra a vontade* de quem se constrange. Inexistente tal dissenso, ou seja, havendo consentimento (vontade) do sujeito passivo para que se pratique a ação, não há que se falar em lesão ao bem jurídico protegido, *in casu*, a liberdade pessoal (cite-se como exemplo, decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na Apelação Criminal nº 1.0024.01.075511-4/001(1), Rel. Des. Kelsen Carneiro, DJ 02.08.2005) Com relação aos crimes contra o patrimônio, não se pode adotar uma única posição, pois em razão das várias condutas que lesionam o patrimônio como bem jurídico, por vezes, pode o consentimento acarretar a exclusão da tipicidade, e por outras, ter como consequência a exclusão da ilicitude.

<sup>33</sup> BRUNO. Op. cit., p. 19.

*o dissenso da vítima; para integrá-la, quando assentimento da vítima constitui elemento estrutural da figura típica*<sup>34</sup>.

Porém esta última hipótese interessa-nos apenas a título ilustrativo, já que o objeto do presente trabalho limita-se ao estudo do consentimento como fator excludente de elemento constitutivo do crime, e não como elemento da ação delituosa.

Importa destacar, ademais, a existência de autores que entendem que em todos os casos – *Einverständnis* ou *Einwilligung*, concordância ou consentimento – o efeito face a sua existência será a exclusão do tipo.

Assim é a opinião de ROXIN, para o qual o consentimento representa sempre uma forma de atipicidade, não pertencendo ao sistema de causas de justificação. Fundamenta tal entendimento afirmando que, caso presente o consentimento, não são afetados os direitos do seu titular, haja vista não haver lesão ao bem jurídico, que é um pressuposto da tipicidade.<sup>35</sup>

Esse entendimento, todavia, somente é possível diante de um conceito de bem jurídico diverso do adotado neste estudo<sup>36</sup>, partindo-se da definição de bem jurídico referido ao indivíduo. Explica ROXIN<sup>37</sup> que os bens jurídicos servem para a realização do livre desenvolvimento do indivíduo, e por isso não é possível admitir-se a existência de lesão a bem jurídico quando uma ação se fundamenta em uma disposição do próprio titular do bem, pois tal disposição não prejudica o seu desenvolvimento – pelo contrário, constitui a sua expressão. Assim, o efeito excludente do tipo decorreria diretamente da liberdade de ação garantida constitucionalmente, que, caso exercida, na forma de consentimento do interessado, impossibilitaria a lesão do bem jurídico correspondente.<sup>38</sup>

Também nesse sentido orienta-se Juarez CIRINO DOS SANTOS, para o qual “o consentimento real *do ofendido, no caso de bem jurídico disponível, tem eficácia*

---

<sup>34</sup> BITENCOURT. Op. cit., p. 129.

<sup>35</sup> ROXIN, Claus. **Política criminal y estructura del delito** (Elementos del delito en base a la política criminal). Traducción de Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malareé. Barcelona: PPU, 1992, p. 79.

<sup>36</sup> Conforme exposto no item 2.2.1.

<sup>37</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal...**, p. 517.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 517-518.

*excludente da tipicidade da ação, porque o tipo legal protege a vontade do portador do bem jurídico, cuja renúncia representa exercício de liberdade constitucional de ação.*<sup>39</sup>

Destarte, consentindo o indivíduo com a realização de uma conduta a princípio classificada como típica, manifesta seu desinteresse na proteção do bem jurídico disponível. Assim, exclui-se o desvalor do resultado (porque aceito ou desejado pelo interessado) e por conseqüência, a ação consentida não representa desvalor da ação, descaracterizando o próprio tipo de crime.<sup>40</sup>

Além disso, argumentam os que entendem que o consentimento exclui sempre e unicamente o elemento tipicidade, que se a marca das justificações é a existência de conflito, conflito não há se o titular do bem jurídico protegido não tem interesse na sua proteção pelo direito penal.<sup>41</sup>

Esse entendimento, muito embora defendido por reconhecidos e respeitados doutrinadores, representam a minoria, sendo o entendimento majoritário, com efeito, no sentido da natureza dualista do consentimento, ora excluindo a tipicidade, ora excluindo a ilicitude.

Neste trabalho, assume-se esta última posição, especialmente em razão da adoção de uma definição de bem jurídico não referido diretamente ao indivíduo e à sua vontade.<sup>42</sup> Além disso, entende-se que existem diferenças essenciais entre o consentimento eliminador da tipicidade e o justificante, especialmente no tocante aos requisitos exigidos para constatar a sua existência, embora reconheça-se que, os efeitos de um ou outro, não diferem na aplicação ao caso concreto, uma vez que ambos impedem a responsabilização penal do sujeito que pratica a ação consentida.

---

<sup>39</sup> CIRINO DO SANTOS, Juarez. **A moderna teoria do fato punível**. 4 ed. Curitiba: ICPC; Lúmen Júris, 2005, p. 191.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 190.

<sup>41</sup> *Id.*

<sup>42</sup> Pois, conforme aduz JESCHECK, não é possível orientar-se de acordo com um conceito de bem jurídico com tão forte conteúdo subjetivo, no qual a sua eficácia depende da vontade do seu titular; pois no caso em que o titular de um bem jurídico disponível permite a realização de uma ação descrita como criminosa que atinge esse bem, mesmo diante do consentimento, o fato seguirá sendo relevante para o direito penal, e não lhe será indiferente de antemão. Desta forma, a aquiescência do titular do bem não possui eficácia para descaracterizar o delito imediatamente, pois a sua relevância para o direito penal depende da presença de determinadas condições, que possuem a finalidade de impedir que o interessado prejudique-se a si mesmo, sem que antes tenha ciência de todos os inconvenientes que a renúncia do bem jurídico implica. (JESCHECK. *Op. cit.*, p. 514).

### 3.1.2 Consentimento como excludente da ilicitude.

O Código Penal brasileiro previu algumas situações em que, apesar de realizada uma conduta típica, não se configura o crime em razão da exclusão do elemento ilicitude. São os chamados tipos permissivos, ou causas de exclusão de ilicitude (ou antijuridicidade), ou ainda causas de justificação.<sup>43</sup>

Para a aplicação das causas de exclusão de ilicitude, é pressuposto necessário que haja uma conduta tipificada, em um tipo proibitivo. O que o direito penal fez foi selecionar, entre os tipos proibitivos que individualizam condutas ilícitas, situações em que tais condutas são permitidas. Desta forma, as causas justificativas legitimam a conduta, tomando-a *secundum jus* (conforme o direito)<sup>44</sup>.

Apesar da previsão no ordenamento jurídico penal, é amplamente aceito na doutrina que o rol de causas justificantes não esgota as hipóteses em que o caráter de ilicitude pode ser retirado da ação típica, havendo, paralelamente a estas, causas *supralegais* de justificação.

É aqui que se enquadra o instituto objeto do presente estudo. Se em algumas situações, o consentimento do titular do bem jurídico exclui a tipicidade, consoante análise no item anterior, em outras constitui uma causa supralegal<sup>45</sup> de justificação.

Como anota ROXIN, “*sociedades simples podem arranjar-se com os dez mandamentos ou normas básicas análogas. Mas a moderna sociedade de massas só se deixa controlar através de abrangentes regulamentações*”<sup>46</sup>.

Ou seja, diante da complexidade das organizações sociais atuais, o direito penal deve evoluir para acompanhar e apresentar soluções às situações de conflito que

---

<sup>43</sup> **Art. 23.** Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito.

<sup>44</sup> COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Direito penal: Curso completo.** 8 ed, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 101.

<sup>45</sup> Supralegal pois, muito embora constasse disposição sobre o consentimento do interessado no Projeto Alcântara Machado, a Comissão Revisora do Código de 1940 o excluiu, sob fundamento de ser supérfluo. Dispunha o artigo 14 do mencionado projeto de lei: “**Art. 14.** Não será também punível aquele que praticar ação ou omissão: I - com consentimento de quem possa validamente dispor do direito violado ou ameaçado”.

<sup>46</sup> ROXIN, Claus. **Tem Futuro...**, p. 467.

surtem dentro do seu campo de atuação. Mesmo que tais soluções não venham de forma regulamentada na legislação, é importante que se discutam tais problemas ao menos no âmbito doutrinário e jurisprudencial.

Nesse passo, BITENCOURT<sup>47</sup> destaca que, muito embora a lei penal brasileira tenha silenciado quanto à possibilidade de existência de causas supralegais de exclusão da ilicitude, admite-se amplamente a sua viabilidade dogmática. E afirma que isso se justificaria porque o direito penal não pode ser estático e inflexível, e na medida em que a sociedade evolui, e diante do desenvolvimento de suas relações, o direito não conseguiria esgotar todas as hipóteses em que a conduta, embora típica, não se configuraria crime, não sendo possível prevê-las todas na legislação pátria.

Corroborando com tal orientação José Frederico MARQUES, ao asseverar que:

"Controvérsia sempre repetida e acesa é aquela pertinente à admissibilidade, ou não, de justificativas supralegais, isto é, de causas excludentes da antijuridicidade, não previstas no "jus scriptum".

Tal problema está ligado ao das fontes das regras jurídico-penais, e, por isso, não nos parece que se possa, "a priori", repelir a possibilidade de justificativa supralegal. O legislador não é onisciente, não lhe sendo dado o dom de prever todas as hipóteses e casos que a vida social possa apresentar nos domínios do Direito Penal."<sup>48</sup>

Sendo assim, o consentimento do titular do bem jurídico aparece no direito pátrio também como uma causa supralegal de justificação, quando a ausência de responsabilidade penal se dá em razão da exclusão da ilicitude da conduta. Corresponde ao denominado *Einwilligung* no direito penal germânico.

Para identificar-se a função de excludente da tipicidade ou de excludente da antijuridicidade, esclarece Santiago Mir PUIG que, o que se deve analisar é se o consentimento impede desde o início a lesão do bem jurídico, ou se somente a permite. Nesse sentido afirma que:

"Todo depende, entonces, de si la conformidad del afectado impide ya la lesión imputable del bien jurídico o sólo la permite. En el primer caso excluiría el tipo, mientras que en el segundo sólo constituiría una causa de justificación. Como hemos visto, la doctrina dominante en Alemania

<sup>47</sup> BITENCOURT. Op. cit., p. 126.

<sup>48</sup> MARQUES, José Frederico. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1956, 2 v., p.

entiende que en el supuesto de «acuerdo» (primer grupo de casos examinados) éste impide incluso la lesión del bien jurídico, por lo que lo considera la causa de falta de tipicidad, mientras que considera que en el segundo grupo de casos (del «consentimiento» en sentido estricto) el consentimiento no impide la lesión del bien jurídico, sino que solo la permite, por lo que aquí constituiría sólo una causa de justificación. Esto último es lo que sucedería, por ejemplo, en las lesiones que pueda consentir el afectado: su consentimiento no impediría la lesión de su integridad física; si, pese a ello, justificara la conducta, sería bien por el valor representado por la libertad de disposición del individuo pesaría más que la lesión producida – estructura de conflicto de intereses característica de toda causa de justificación”.<sup>49</sup>

A idéia de valoração da liberdade de disposição do indivíduo frente à lesão produzida ao bem jurídico aparece também nos ensinamentos de Luiz Regis PRADO, para o qual “o fundamento dessa causa justificante reside no princípio da ponderação de valores: isso se verifica quando o Direito concede preferência ao valor da liberdade de atuação da vontade frente ao desvalor da ação e do resultado da agressão ou lesão ao bem jurídico”<sup>50</sup>.

Admitindo-se, portanto, o papel justificante do consentimento, destaca Aníbal BRUNO que os crimes contra o patrimônio constituem a grande categoria de fatos cuja antijuridicidade pode ser impedida pelo consentimento do titular do bem jurídico<sup>51</sup>. Isso porque, nessa espécie de crimes, o interesse dominante é evidentemente de ordem privada. Portanto, salvo os casos em que o interesse público toma o bem irrenunciável, o consentimento excluiria a possibilidade de crime, por ausência de ilicitude.

De outra parte, acrescenta José Henrique PIERANGELLI, nessa categoria de delitos, os crimes contra a integridade moral (honra), os crimes contra a integridade física e os crimes contra a liberdade individual.<sup>52</sup>

Enquanto a maioria da doutrina aceita o consentimento como causa supralegal de excludente de ilicitude, existem autores que aduzem não ser possível, ou sequer necessário, referir-se a causas supralegais de justificação no Brasil. Primeiramente, porque a idéia de causas não previstas pela legislação é oriunda do direito alemão, no qual tal posicionamento fez-se necessário, em razão da deficiência do código de 1870. Com relação ao tema, opina Sebastian SOLER:

<sup>49</sup> PUIG. Op. cit., p. 506.

<sup>50</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. V. 1. 2 ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 255.

<sup>51</sup> BRUNO. Op. cit., p. 20.

<sup>52</sup> PIERANGELLI. Op. cit., p. 93.

Comentávamos recentemente o que fez a dogmática alemã sobre código tão deficiente! E o equívoco que com isso se alastrou em grande parte da América Latina, porque se confundiu a extraordinária genialidade e excelência da dogmática alemã, que sobre um documento bastante deplorável construiu um monumento de sabedoria jurídica precisamente para suprir essas deficiências, e esta dogmática germanizada que nós usamos tanto.<sup>53</sup>

O autor refere-se nesta passagem do seu trabalho ao fato de que é uma prática comum no direito brasileiro importarem-se institutos do direito estrangeiro, sem, contudo, indagar-se acerca da sua real utilidade. E seria essa a situação das causas supraleais de justificação.

Partindo do entendimento de que as causas de justificação previstas pela lei brasileira não apresentam a mesma deficiência do código alemão, opina ZAFFARONI que a teoria da justificação supraleal é totalmente desnecessária no nosso país, pois

... nosso Código Penal tem as causas de justificação perfeitamente estruturadas, incluindo o exercício regular de direito (art. 23, III, que implica a remissão às demais disposições permissivas existentes em qualquer outra parte da ordem jurídica). Com essas disposições, não necessitamos de recorrer às causas supraleais, porque a mesma lei que autoriza a decidir de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. (art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil).<sup>54</sup>

Não parece ser supérfluo, contudo, aceitar a existência de causas supraleais de justificação, especialmente quando se trata de consentimento do titular do direito. Apesar de muitos autores defenderem que a aplicação do *exercício regular de direito* e do *estrito cumprimento do dever legal* seria suficiente para enquadrar eventuais situações em que não há crime por falta-lhe o elemento antijuridicidade, é certo que há casos em que tal correlação não é possível, havendo circunstâncias especialíssimas que exigem um exame atento acerca da existência de requisitos outros, especialmente designados para o reconhecimento do consentimento do titular do bem jurídico como excludente de tipicidade ou antijuridicidade.

---

<sup>53</sup> SOLER, Sebastian. Causas de justificação da conduta. *Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editor Borsi, nº 5, jan./mar. 1972, p. 7.

<sup>54</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 569.

Apesar de ainda ser tratado de maneira supralegal pelo direito penal, o consentimento do titular do bem jurídico já alcançou algum avanço no direito civil, que adiantou-se na regulamentação do consentimento, estabelecendo normas, por exemplo, relativas a intervenções cirúrgicas e ao transplante de órgãos entre vivos (artigo 13 e parágrafo único do novo Código Civil<sup>55</sup>).

Importa ressaltar, destarte, a relevância da discussão do tema, sendo imprescindível a delimitação das condições que caracterizam o consentimento do interessado como fator que impossibilita a responsabilidade penal do agente, pois na análise do bem jurídico merecedor de tutela, *“não é um interesse qualquer, mas apenas um interesse urgente de convivência que pode ser protegido pelo direito penal, de modo que a utilização do direito penal não pode ser legitimada por meros desconfortos que ameacem o indivíduo ou meras imperfeições da organização social.”*<sup>56</sup>

---

<sup>55</sup> **Art. 13.** Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

**Parágrafo único.** O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.”

<sup>56</sup> SCHÜNEMANN. Op. cit., p. 18.

## 4 PRESSUPOSTOS DE VALIDADE PARA O CONSENTIMENTO

O consentimento do ofendido somente assume a qualidade de excludente de tipicidade ou ilicitude na presença de determinadas e prévias condições. É que, mesmo diante do princípio da autodeterminação do sujeito, e da faculdade de livre disposição que os indivíduos possuem, o Estado não pode permitir que em toda e qualquer situação o consentimento do interessado possa descaracterizar um crime.

Com efeito, há situações em que o consentimento será penalmente irrelevante, e, deste modo, não terá reflexos na responsabilidade criminal daquele que realiza a ação, perdurando, portanto, a tipicidade, bem como a antijuridicidade da conduta.

### 4.1 Da necessidade de estabelecer condições de validade ao consentimento

O Estado não possui apenas a função de guardião dos direitos e garantias do ser humano em sua individualidade, mas também deve regular as relações entre os indivíduos integrados na sociedade, protegendo os chamados interesses coletivos.

O Direito Penal exerce um importante papel nesse sentido. Impende mencionar, nesse ponto, a evolução proporcionada pelo Iluminismo, a partir do momento em que a idéia do contrato social iniciou a limitação do poder do Estado, a fim de impedir que, por exemplo, o direito penal fosse utilizado com o intuito de impor coercitivamente determinados padrões de vida, com a submissão do povo ao ditado de uma pequena camada dominante, como ocorria nas sociedades totalitárias.<sup>57</sup>

A partir das idéias de importantes filósofos e pensadores, como Cesare Beccaria<sup>58</sup>, é que essa função totalitária do direito penal passou a ser denunciada e altamente criticada, impondo-se limitações ao poder punitivo estatal, até o momento em que o *jus puniendi* passou a restringir-se à proteção dos bens jurídicos.<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> SCHÜNEMANN. Op. cit., p. 12.

<sup>58</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 13 ed. Tradução de Paulo M. de Oliveira. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.

<sup>59</sup> SCHÜNEMANN. Op. cit., p. 13.

E assim, a tutela penal de bens jurídicos, mesmo diante da evolução da concepção de Estado, permanece sendo imprescindível para a manutenção do Estado Social e da gama de direitos que este pretende garantir. Admite-se, nas palavras de SCHÜNEMANN, *“uma limitada proteção do titular do bem jurídico contra sua própria irracionalidade, ou seja, uma introdução de elementos paternalísticos, a serem cuidadosamente analisados e limitados, no direito penal de proteção de bens jurídicos”*<sup>60</sup>.

É nesse contexto que assume importância a existência de uma perspectiva paternalista no direito penal, como limitador da realização do princípio da livre disposição dos indivíduos, não permitindo que o consentimento do ofendido possua relevância na desconstituição do caráter criminal de toda e qualquer renúncia à tutela estatal.

Pois, conforme afirma ROXIN<sup>61</sup>, o direito penal deve garantir os pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens na sociedade, estando essa finalidade, contudo, vinculada a um pressuposto limitador, na medida em que a pena somente pode ser aplicada quando por impossível obter esse fim por outros meios menos gravosos. E se é assim, diante dessa função tão essencial do direito penal na manutenção das relações na sociedade, é imprescindível a imposição de limites à renúncia da proteção jurídica realizada através do consentimento do titular do bem.

Portanto, ao mesmo tempo em que o consentimento do titular do bem jurídico revela-se um instituto capaz de possibilitar a realização do exercício de liberdade do indivíduo (com relação somente àquilo que pode, obviamente, ser livremente disposto), ele próprio [o consentimento] necessita também de limitações e restrições, sendo, destarte, imprescindível a análise dos requisitos que se impõem ao reconhecimento do consentimento do titular do bem jurídico como fator relevante e capaz de produzir reflexos no exame da conduta delituosa.

---

<sup>60</sup> Ibid., p. 16.

<sup>61</sup> ROXIN, Claus. Que comportamento pode o Estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. Tradução de Luís Greco. *Revista Jurídica*. São Paulo, Ano 52, nº 317, março de 2004, p. 70.

Com efeito, essa situação representa de maneira bastante eficaz a nova percepção na relação entre o Estado e os seus cidadãos, na medida em que o Estado, não podendo atuar de maneira arbitrária, somente pode utilizar o direito penal para intervir na vida dos indivíduos de maneira subsidiária, para garantia de uma convivência pacífica na sociedade, visando o bem-estar da população. Nessa linha, não há espaço para a proibição de condutas por mero dever de obediência, ou para a tentativa de moldar os cidadãos de acordo com um determinado posicionamento político ou moral, utilizando para tanto, a pena como ameaça<sup>62</sup>.

#### 4.1.1 Capacidade do titular do bem

Por ser um instituto não regulado expressamente na legislação penal, a questão referente à capacidade necessária para que se considere válido o consentimento pode apresentar algumas dificuldades, especialmente quando se pretende fixar uma idade para servir de parâmetro às diversas situações.

Consoante afirma Aníbal BRUNO, *“aquele que consente deve ser capaz de querer com eficácia jurídica”*<sup>63</sup>.

Nesse passo, aduz PIERANGELLI<sup>64</sup> que essa eficácia jurídica somente se verifica quando atingida a idade referente à imputabilidade penal, ou seja, 18 anos, pois entende que a capacidade penal deve ser única, tanto para aquele que comete a conduta delituosa, quanto para aquele que consente na realização da conduta. Afirma que *“seria inadmissível que em um mesmo Código se estabelecesse duas idades para uma mesma capacidade penal, ou, por outras palavras, uma para a prática do fato e outra para consentir em fato que a justifica”*<sup>65</sup>.

Não obstante, não é essa a orientação proposta majoritariamente pela doutrina.

---

<sup>62</sup> SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 93.

<sup>63</sup> BRUNO. Op. cit., p. 20.

<sup>64</sup> PIERANGELLI. Op. cit., p. 130.

<sup>65</sup> Id.

Entende-se, em linhas gerais, que a capacidade exigida para considerar-se válido o consentimento exarado pelo titular do bem depende da possibilidade *concreta* da sua compreensão acerca do significado e da extensão do ato consentido e das conseqüências da renúncia à tutela jurídica do bem afetado.<sup>66</sup>

Importa destacar a contribuição de WESSELS com relação ao tema, ao afirmar que

... 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 justamente. (...) Não se exige para isso uma determinada idade; não se depende em especial que o anuente seja capaz de negócio no sentido jurídico-civil ou não. (...) Decisivo é somente que tenha abarcado inteiramente, segundo sua maturidade de entendimento e capacidade de julgamento, a essência, o alcance e os efeitos da intervenção afetadora de seus interesses.<sup>67</sup>

Corroborando tal entendimento, destaca Juarez TAVARES<sup>68</sup>, que a regularização formal da capacidade para o consentimento, baseada nos critérios de imputabilidade penal, não corresponde à realidade geral, sendo mais correto que tal exame seja feito baseado nas circunstâncias e natureza de cada caso analisado concretamente, indagando-se se o interessado que renunciou à tutela penal do bem jurídico possuía a necessária capacidade de juízo e se o consentimento correspondia à sua verdadeira vontade.

Cumprе ressaltar, todavia, que essa orientação não serve de critério em qualquer ocasião, pois para algumas condutas em especial, o próprio Código Penal fixou a idade a partir da qual o consentimento possui o efeito de excluir a tipicidade da ação. É o caso dos crimes contra a liberdade sexual.

Dispostos no Código Penal entre os artigos 213 e 218, todos os tipos penais lá descritos pressupõem o dissentimento da vítima. Pois o que o direito penal pretende tutelar não é a sexualidade em si, mas sim a liberdade do indivíduo dispor da sua sexualidade, na medida em que consentir com a conduta.

---

<sup>66</sup> CIRINO DOS SANTOS. Op. cit., p. 193.

<sup>67</sup> WESSELS. Op. cit., p. 77.

<sup>68</sup> TAVARES. Op. cit., p. 264-265.

Contudo, estabelece a legislação penal uma idade mínima para que esse consentimento seja considerado válido, e possua relevância para descaracterizar a conduta sexual como crime. Prevê o artigo 224, alínea “a”, do Código Penal<sup>69</sup>, que a violência será presumida nos casos em que a vítima não for maior de catorze anos, e desta forma, mesmo nas hipóteses em que a “vítima” menor de catorze anos expressar voluntariamente seu desejo em manter relação sexual, ainda assim haverá a presunção da violência em razão da sua incapacidade para consentir, considerando-se, assim, delituosa a ação realizada.

Importante destacar, porém, a tendência dos Tribunais em relativizar a presunção de violência, para que cada situação seja analisada de acordo com os costumes da época, do local, e das circunstâncias do caso concreto. A título de exemplo, cite-se caso examinado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no qual restou reconhecida a atipicidade do crime de estupro, em razão do consentimento da suposta “vítima”, de treze anos, com a conduta do autor, posto que conviviam em união estável. Assim dispõe a ementa:

CONJUNÇÃO CARNAL COM MULHER DE TREZE ANOS DE IDADE. ATIPICIDADE ANTE O CONSENTIMENTO VÁLIDO. UNIÃO ESTÁVEL DA VÍTIMA COM TERCEIRO EXCLUI PUNIBILIDADE. 1. Mudanças sociais ocorridas nos últimos 65 anos permitem inferir que o discernimento de uma mulher com 14 anos em 1940 ao menos se equipara ao de uma mulher com 13 anos em 2004, afastando a incidência do artigo 224, a, do Código Penal, que versa sobre violência presumida quando da relação sexual mantida com menor. 2. Demonstrada a união estável da vítima com terceiro (art. 226, § 3º, CF) e tratando-se de crime com violência presumida, aplica-se o artigo 107, VIII, CP, vigente à época, para o efeito de declarar extinta a punibilidade do agente. Aplicação analógica *in bonam parte* autorizada pelo direito penal. Absolvição mantida. (Apelação Crime nº 70017430174, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator Aramis Nassif, Julgado em 16.05.2007, DJ 04.06.2007).

Não só em situações em que o consentimento resta tão explícito, como no caso de convivência em união estável, é que se tem verificado essa relativização com relação à idade daquele que consente. Cite-se, nesse sentido, outro caso julgado também pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que levou em conta o

---

<sup>69</sup> “Art. 224. Presume-se a violência, se a vítima:  
a) não é maior de catorze anos;”

comportamento da mulher menor de 14 anos, a fim de afastar a incapacidade para o consentimento:

**ESTUPRO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA FICTA. CONSENTIMENTO DA SUPOSTA VÍTIMA. PRESUNÇÃO DE INCAPACIDADE DE CONSENTIR AFASTADA NO CASO DOS AUTOS. ATO MORALMENTE REPROVÁVEL QUE NÃO ENCONTRA TIPIFICAÇÃO PENAL. MANTENÇA DA ABSOLVIÇÃO.** Havendo prova consistente no sentido de que era a vítima, menina sem freios, com 13 anos de idade, e já com experiências sexuais, que tomava iniciativa e assediava o réu, por quem se teria apaixonado, para que com ela mantivesse relação amorosa, dando vazão a seus precoces instintos sexuais, autorizado estava o afastamento da violência ficta, mantendo-se o veredicto absolutório. Relativização da presunção legal de violência que vem sendo admitida pela jurisprudência pátria e que muito mais se justifica quando com mais de 12 anos a ofendida, idade em que o ECA já a tem como adolescente, e não mais como criança... (Apelação Crime nº 70015773385, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Bandeira Pereira, Julgado em 31.08.2006, DJ 26.09.2006).

Observa-se, portanto, que os Tribunais passaram a considerar a inexistência de ofensa ao bem jurídico protegido, no caso, quando o sujeito passivo da conduta consente na realização da ação, mesmo quando não possuir a idade determinada pela legislação penal nesses casos. A presunção de violência deixa de ser absoluta, se comprovada a inexistência de resistência ou coação física ou moral, e se existente, conjuntamente, a capacidade concreta da compreensão do titular do bem jurídico afetado.

Relativamente às situações em que falta ao menor a capacidade de consentir, essa capacidade passa para os pais ou responsáveis, dependendo do bem jurídico em discussão.

Orienta JESCHECK<sup>70</sup> que, faltando ao menor de idade ou a um doente mental, capacidade para consentir, o seu representante legal terá não só o direito, como também o dever, de expressar o consentimento em seu lugar. Se o menor for capaz de consentir por si mesmo, se possuir o entendimento e discernimento necessários para compreender o significado do abandono do interesse jurídico protegido, não há necessidade, para fins penais, do consentimento conjunto do representante legal; porém se houver conflito entre a vontade do menor e do seu representante, deve prevalecer a vontade do efetivo titular do bem jurídico em

---

<sup>70</sup> JESCHECK. Op. cit., p. 522.

discussão – ou seja, a decisão do menor. Recorde-se que, na Alemanha, a capacidade relativa inicia-se aos sete anos de idade.<sup>71</sup>

Não obstante, em algumas situações não pode o representante legal consentir no lugar do titular do bem jurídico incapaz. Destaca Juarez CIRINO DO SANTOS<sup>72</sup> as chamadas *decisões existenciais*, dentre as quais inclui-se, por exemplo, o transplante de órgãos, e *decisões relacionadas ao núcleo da personalidade*, tais como o consentimento em delitos contra a honra, ou contra a integridade física.

A capacidade para consentir validamente não encontra limites apenas na idade do titular do bem. Uma vez considerada a capacidade como compreensão e discernimento das reais conseqüências da renúncia à tutela jurídica, encontra também restrições na incapacidade natural de querer e de entender, em razão de doença mental.

Se para a determinação da capacidade com base na idade do interessado não pode ser considerada a imputabilidade penal estabelecida, a partir dos dezoito anos, no Código Penal, o mesmo não se pode dizer quanto aos critérios para analisar a incapacidade para consentir em razão de doença mental.

É possível tomar o artigo 26 do Código Penal como referência da medida de capacidade para renunciar a proteção de um bem jurídico. Estabelece o aludido dispositivo que *“é isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”*.

Destarte, o consentimento de um indivíduo que possui a condição de doente mental, porque incapaz de compreender a extensão e conseqüência da renúncia à tutela jurídica do bem em questão, não pode ser validamente aceito pelo direito penal para desconstituir eventual delito. Nesse sentido entendeu o extinto Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, consoante se extrai da ementa a seguir transcrita:

---

<sup>71</sup> § 104, § 105 e § 107 BGB.

<sup>72</sup> CIRINO DOS SANTOS. Op. cit., p. 195.

APELAÇÃO CRIMINAL – ESTUPRO – VÍTIMA DEFICIENTE MENTAL QUE NÃO TEM DISCERNIMENTO PARA CONSENTIR O ATO SEXUAL – VIOLÊNCIA PRESUMIDA (ART. 224, “B”) – VALOR PROBANTE DA PALAVRA DA VÍTIMA SOPESADA A CONFISSÃO ESPONTÂNEA DO RÉU – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – Não obstante o consentimento da vítima, tal fato não tem o condão de desconstituir a efetiva prática do delito praticado por violência presumida, levando-se em consideração que o conjunto probatório composto das provas testemunhais e perícias médicas, apresentam-se harmoniosos e suficientes a ensejar na incapacidade de discernimento da vítima para consentir no ato sexual. (...) (TJPR – Apelação Crime nº 250.396-0 – Quarta Câmara Criminal – Rel. Des. Lídio José Rotoli de Macedo – DJ 13.08.2004)

Destaque-se, contudo, que se o titular do bem jurídico possuir doença mental em nível que não lhe retire, ou prejudique, o discernimento e entendimento necessário acerca da consequência da lesão do bem, não será inválido o seu consentimento, que permanece íntegro quanto ao seu efeito justificante.<sup>73</sup> Por esta razão é que não se pode falar em um critério único para identificar a capacidade daquele que consente, devendo ser examinado, em cada caso, a real capacidade de discernimento que o permita compreender o significado e consequências do seu consentimento<sup>74</sup>, sempre considerando a natureza do bem jurídico em questão.

#### 4.1.2 Disponibilidade do bem jurídico

O consentimento somente descaracteriza a conduta criminosa, e o agente não será responsabilizado penalmente, diante de bens jurídicos individuais e disponíveis. Desta forma, a liberdade do indivíduo em renunciar à proteção penal encontra limites na lesão que se dirige contra a comunidade, mesmo quando a consequência atinge imediatamente um indivíduo.<sup>75</sup>

O que justifica a irrelevância da vontade do interessado diante de um bem jurídico indisponível é o fato deste não possuir uma dimensão estritamente individual. Pela importância e significado do bem frente à coletividade, ultrapassa a esfera pessoal do indivíduo, e por isso a proteção jurídica sobre tal bem transcende o particular afetado. Conforme assevera MAURACH, *“Em nuestra sociedad pluralista y liberal, el*

---

<sup>73</sup> PIERANGELLI. Op. cit., p. 135.

<sup>74</sup> PUIG. Op. cit., p. 513.

<sup>75</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal* ..., p. 526.

*derecho a la autoterminación de cada individuo sólo debería retroceder ante valores colectivos de gran trascendencia.*<sup>76</sup> Com essa afirmação, confirma a impossibilidade do consentimento atingir bens da coletividade.<sup>77</sup>

Aníbal BRUNO corrobora tais afirmações, explicando que não é válido o consentimento *“quando o bem jurídico tem por titular o Estado, ou representa um valor coletivo, ou a sua proteção transcende do domínio exclusivo do interesse privado, sendo a vontade do seu titular insuficiente para decidir da sua disposição.”*<sup>78</sup>

Entre os bens jurídicos indisponíveis, o único aceito unanimemente como tal é a vida.

Afirma Aníbal BRUNO<sup>79</sup> que a vida é um bem jurídico cuja proteção não interessa somente a partir de um ponto de vista individual, pois tem importância para toda a comunidade. Desta forma, mesmo que o indivíduo não mais possua interesse na continuidade da sua própria vida, tal fato não a exclui da tutela penal. O Estado continua a proteger a vida como valor social, e por este motivo torna-se inválido o consentimento do titular deste bem jurídico para que dele o privem.

Da mesma forma entende José Afonso da SILVA<sup>80</sup>, para quem a vida não é só um direito fundamental do indivíduo, mas também um interesse que o Estado e a própria humanidade devem preservar, de modo a assegurar a sua conservação.

Günther JAKOBS<sup>81</sup> aponta para a necessidade de um exame racional quanto ao destino do bem, que justificaria a impossibilidade de o consentimento do interessado produzir algum efeito diante de um bem indisponível, tal como a vida.

Opinião similar é a exarada por Santiago Mir PUIG, para o qual, nos delitos contra a vida, o consentimento não possui eficácia eximente, tendo em vista tratar-se de um bem jurídico irrenunciável, seja em razão da consideração da vida humana,

<sup>76</sup> MAURACH/ZIPF. Op. cit., p. 289.

<sup>77</sup> Acrescenta PUIG, nesse passo, que nos *delitos contra a coletividade*, os bens protegidos são independentemente da vontade do indivíduo, ainda que ação recaia efetivamente sobre um sujeito concreto. (PUIG, Op. cit., p. 508)

<sup>78</sup> BRUNO. Op. cit., p. 20.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>80</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 199.

<sup>81</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Tradução por Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madri: Marcial Pons, 1995, p. 525.

exteriorizada especialmente na proibição de matar outra pessoa – o que demonstra tratar-se de bem jurídico dotado de um valor social que transcende o interesse particular do seu titular –, seja no fato de que, diferentemente de outros direitos fundamentais, a renúncia à vida é irreversível e impossibilita para sempre o gozo do conteúdo essencial deste e de qualquer outro direito.<sup>82</sup>

A concordância existente quanto à indisponibilidade do bem jurídico *vida* não existe de forma unânime com relação à *integridade corporal*. É, provavelmente, juntamente com a saúde, o bem jurídico de maior controvérsia quanto à validade do consentimento para a ausência de responsabilização penal do autor da lesão.

Assevera Juarez CIRINO DOS SANTOS que o alcance do consentimento nesses casos pode depender da extensão, da finalidade ou da adequação social da lesão. Afirma que:

... o consentimento real não exclui a tipicidade de lesões corporais graves em brigas de rua, mas exclui a tipicidade de lesões corporais graves em esportes marciais regulamentados, como boxe, karatê, judô, etc., especialmente no gênero conhecido como *vale-tudo*; igualmente, pode-se admitir efeito excludente da tipicidade em lesões sado-masoquistas consentidas entre adultos e sem dano social, realizadas na esfera inviolável da vida privada da pessoa humana<sup>83</sup>

Segundo Aníbal BRUNO<sup>84</sup>, o consentimento do interessado quanto a lesões à integridade corporal e à saúde, não possuem, em geral, poder discriminante, mas é possível admiti-lo em alguns casos, desde que não coloque em perigo a vida ou diminua a capacidade do indivíduo como valor social.

Por sua vez, existem autores, como, por exemplo Heleno Cláudio FRAGOSO<sup>85</sup>, que compreendem a integridade física como um bem jurídico disponível, podendo o seu titular consentir em condutas que representam, em um primeiro momento, lesão à saúde e à integridade corporal.

---

<sup>82</sup> PUIG. Op. cit., p. 508.

<sup>83</sup> CIRINO DOS SANTOS. Op. cit., p. 191-192.

<sup>84</sup> BRUNO. Op. cit., p. 22.

<sup>85</sup> Afirma o autor que "a nosso ver a integridade corporal também é bem jurídico disponível, mas não é esse o entendimento que prevalece em nossa doutrina". (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 193).

Analisando a legislação comparada, aponta Francisco MUÑOZ CONDE<sup>86</sup> que na Espanha, o legislador pretendeu extinguir tal polêmica, declarando a irrelevância do consentimento para eximir de pena o delito de lesões. Tal dispositivo, contudo acabou por intensificar as dificuldades já existentes, especialmente no que tange a questões envolvendo tratamento médico e cirúrgico, lesões produzidas em razão da prática de esportes, etc., que passaram a ser resolvidas com o auxílio de outras causas de justificação.

Parece, de todo modo, razoável afirmar que a solução para definir a natureza da integridade física não possa ser uniforme para toda as situações, pois são bastante distintos os casos que podem se apresentar nesse âmbito.

Por fim, na questão atinente à disponibilidade do bem jurídico, deve-se indagar também sobre a legitimidade para o consentimento.

Somente terá legitimidade para expressar consentimento, aquele que puder validamente dispor do bem jurídico.<sup>87</sup> Sendo o bem jurídico individual, somente o seu titular pode dele dispor, renunciando a proteção jurídica conferida pelo direito penal.

Diante de um bem jurídico que pertença a uma pluralidade de indivíduos, o consentimento de um deles isoladamente não possui nenhuma relevância ou validade, pois a disponibilidade do bem concerne a todos os seus afetados, sendo necessária, portanto, a existência do consentimento de todos os titulares do direito tutelado.<sup>88</sup>

Destaque-se que o bem jurídico pertencente a uma pluralidade de indivíduos não constitui, necessariamente, um bem jurídico coletivo. Neste, o interesse público é preponderante ao interesse do particular ou particulares afetados concretamente, conforme já exposto anteriormente.

#### 4.1.3 Bons costumes

---

<sup>86</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 121.

<sup>87</sup> PIERANGELLI. Op. cit., p. 133.

<sup>88</sup> PIERANGELLI. Op. cit., p. 90.

Por não ser um instituto formalmente existente no direito penal brasileiro, o consentimento do titular do bem jurídico carrega consigo muito das características que possui em outros ordenamentos jurídicos.

Ao lado das condições anteriormente expostas, aponta a doutrina que, para que se considere válido o consentimento do interessado, o ato não deve colidir com as normas de cultura, ou seja, com os costumes e exigências ético-sociais.<sup>89</sup> Nesse passo, a não-contrariedade aos bons costumes insere-se como um requisito que, caso não observado, retira o efeito justificante do consentimento, tornando-o irrelevante ao direito penal.

Discute-se se tal requisito aplica-se somente ao consentimento relativo aos delitos contra a integridade física, ou se constitui um princípio geral válido para toda a teoria do consentimento.

Ao tratar do tema, opina PIERANGELLI que os bons costumes influem na esfera de disponibilidade do bem jurídico especialmente no que se refere à moral sexual.<sup>90</sup> Acrescenta que o conceito de bons costumes deve adaptar-se às mutáveis valorações da moral social, a fim de ajustar-se e estabelecer uma correspondência real aos novos conceitos e princípios da moralidade sexual.<sup>91</sup>

Em sentido oposto, defende a doutrina majoritária a relevância dos bons costumes como critério limitador do consentimento somente com relação aos delitos que pretendem tutelar a integridade física.

Tanto que na legislação alemã<sup>92</sup>, há dispositivo que expressamente determina, com relação às lesões, que a ação permanecerá sendo antijurídica quando a conduta, apesar de consentida, for contrária aos bons costumes.

Na opinião de MAURACH<sup>93</sup>, o campo de aplicação dessa condição deve limitar-se aos delitos de lesões corporais, eis que fora dessa esfera está destinado a perder toda a claridade. Cite-se, como exemplo, uma situação em que o consentimento

---

<sup>89</sup> BRUNO. Op. cit., p. 21.

<sup>90</sup> Cita como exemplo de situação em que a contrariedade aos bons costumes deve impedir a exclusão da ilicitude do fato, o “*consentimento para sevícias sexuais que produzem lesões corporais de natureza grave*”. (PIERANGELLI. Op. cit., p. 117).

<sup>91</sup> Ibid., p. 119.

<sup>92</sup> § 228 StGB.

<sup>93</sup> MAURACH. Op. cit., p. 300.

funciona como excludente de tipicidade: ao convidar um indivíduo à sua casa, o consentimento do proprietário terá como consequência a inexistência do delito de invasão de domicílio, independentemente dos motivos do convite. Se a motivação do dono ao convidar o indivíduo à sua residência, era para que assistissem a um jogo de futebol, ou para que torturassem um inimigo, independe para caracterizar a atipicidade do delito.

Por isso é que se deve entender os bons costumes como critério limitador somente no âmbito das lesões à integridade física. Afirmo JESCHECK<sup>94</sup> que nessas espécies de crimes, muitas vezes estão em jogo valores irreparáveis, posto que a saúde constitui pressuposto fundamental para a realização da maioria das atividades do indivíduo, e por esta razão, afirma que em eventuais lesões corporais, mesmo realizadas com o consentimento do interessado, não é retirado o caráter antijurídico quando o fato se oponha aos bons costumes.

Alguns autores, por outro lado, consideram inaceitável admitir-se a contrariedade aos bons costumes como pressuposto hábil a impedir a validade do consentimento, pois a indefinição desse requisito impossibilita a sua influência na liberdade de ação do titular do bem jurídico. É o que defende Bernd SCHÜNEMANN, ao afirmar que

... não se pode proteger o bem jurídico contra a vontade do seu titular. As até hoje difundidas tentativas de proteger o bem jurídico também contra o seu titular por meio de construções restritivas do poder de disposição me parecem disfuncionais, sob a perspectiva da idoneidade ou adequação, e errôneas, por violarem a liberdade de ação do titular do bem jurídico. Um exemplo seria o dispositivo do § 228 do Código Penal alemão, que declara ineficaz o consentimento do ofendido quando o fato, apesar do consentimento, viola os bons costumes. Aqui me parece estarmos diante de uma escandalosa tentativa do legislador de impor determinadas formas de vida no âmbito da integridade física. O fato de que a referência ao parâmetro dos bons costumes, impassível de ser determinado com base no que quer que seja, também viole o princípio da determinação da lei penal, torna o dispositivo ainda mais absurdo.<sup>95</sup>

É de se reconhecer que a indefinição acerca do conceito de “bons costumes” pode trazer uma certa insegurança na análise desse pressuposto na teoria do consentimento. Contudo, interessa destacar o entendimento de autores como

---

<sup>94</sup> JESCHECK. Op. cit., p. 518.

<sup>95</sup> SCHÜNEMANN. Op. cit., p. 32-33.

WESSELS e JAKOBS, que admitem que o reflexo desse requisito importe principalmente na análise dos motivos da ação e dos objetivos dos envolvidos.

Nesse passo afirma WESSELS que *“em intervenções à integridade corporal, o ‘fato’ não pode atentar contra os bons costumes”* sendo relevante o exame de tal requisito diante *“dos motivos de agir e objetivos dos participantes, assim como dos meios utilizados e da espécie de lesão. Decisiva será a contrariedade aos costumes do fato como tal, sem referência ao consentimento”*<sup>96</sup>.

No mesmo sentido é a opinião de JAKOBS<sup>97</sup>, ao aduzir que o limite imposto pelos bons costumes deve ser entendido no âmbito da motivação da ação, analisando-se a carga de desaprovação jurídica contida na finalidade da conduta. Segundo essa interpretação, poder-se-ia justificar a irrelevância do consentimento em casos em que o *objetivo da conduta* não possa ser *defendido juridicamente*. Cite-se como exemplo, a situação de uma briga de rua, sem regras, pois nessa hipótese é clara a contrariedade aos bons costumes da ação.

Ainda merece destaque que a contrariedade aos bons costumes somente possui relevância quando referente ao fato em si, e não ao consentimento. Desta forma, a conduta que, embora consentida, atente aos bons costumes, permanecerá antijurídica. Se o consentimento, por sua vez, possuir motivação atentatória aos bons costumes, em nada influencia na sua validade.

#### **4.1.4 Manifestação do consentimento e elemento subjetivo: ação no limite e com ciência do consentimento.**

Tradicionalmente, aceita-se que o consentimento pode ser manifestado expressa ou tacitamente.

Afirma ROXIN<sup>98</sup> que é suficiente que o consentimento seja exteriorizado mediante uma ação concludente. Igualmente entende PIERANGELLI, para o qual, mesmo sendo o consentimento tácito ou não expresso, deve ser *“claro, sério, livre e*

---

<sup>96</sup> WESSELS. Op. cit., p. 78.

<sup>97</sup> JAKOBS. Op. cit., p. 528.

<sup>98</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal* ..., p. 533.

*determinado*<sup>99</sup>. Desta forma, não se pode tomar como consentimento uma simples inércia, se não restar clara a vontade de renunciar à proteção do bem jurídico<sup>100</sup>, pois o consentimento caracteriza-se por ser mais do que a simples admissão de uma conduta, de um simples “deixar fazer”<sup>101</sup>.

Exige-se que o consentimento seja reconhecível externamente de algum modo<sup>102</sup>. Desta forma, deve ser sempre anterior ao fato, sendo irrelevante o consentimento posterior.

O consentimento é revogável antes da realização da conduta consentida. Contudo, não basta para a revogação que a mudança da vontade se dê apenas internamente, sendo necessário que o agente manifeste exteriormente a revogação<sup>103</sup>.

Existem diferenças essenciais no que diz respeito à manifestação do consentimento nas situações em que há exclusão da tipicidade e nas situações em que há exclusão da ilicitude.

Conforme ensina ROXIN<sup>104</sup>, quando o consentimento é fator impeditivo da tipicidade, interessa somente a vontade interna do titular do bem jurídico, mesmo que essa vontade não seja manifestada exteriormente. O mesmo não ocorre com o consentimento com efeito excludente da antijuridicidade, pois nesse caso exige-se que a vontade seja reconhecível no mundo exterior através de palavras ou ações.

Explica PIERANGELLI, quanto às mencionadas conseqüências no plano subjetivo, que *“enquanto o ‘acordo’ tão-só em razão de sua existência (e mesmo que não fosse conhecido pelo autor) deixa atípica a conduta por provocar um dolo que não guarda congruência no tipo objetivo, o ‘consentimento’ requer o seu conhecimento da parte do autor, por ser uma causa de justificação e o seu conhecimento toma conhecida a antijuridicidade, que se faz no plano da culpabilidade.”*<sup>105</sup>

Desta forma, exige-se, para os casos em que o consentimento exclui a ilicitude, a concorrência de um elemento subjetivo, juntamente com os demais requisitos

---

<sup>99</sup> PIERANGELLI. Op. cit., p. 145.

<sup>100</sup> Id.

<sup>101</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal...**, p. 534.

<sup>102</sup> JESCHECK. Op. cit., p. 521.

<sup>103</sup> ROXIN. **Derecho penal...**, p. 535.

<sup>104</sup> Ibid., p. 513.

<sup>105</sup> PIERANGELLI, Op. cit., p. 90.

objetivos da justificação. Por isso, é imprescindível que o autor tenha conhecimento do consentimento, eis que deve agir dentro dos seus limites<sup>106</sup>, devendo possuir a consciência de que realiza o fato com o assentimento do titular do bem jurídico<sup>107</sup>.

Na realidade, a exigência do elemento subjetivo é requisito geral das causas de exclusão da ilicitude; sendo o consentimento do titular do bem jurídico uma causa supralegal de justificação, aplica-se também a esses caso.

BITENCOURT destaca, nesse sentido, que *“não basta que estejam presentes os pressupostos objetivos de uma causa de justificação, sendo necessário que o agente tenha consciência de agir acobertado por uma excludente”*<sup>108</sup>. Assim sendo, o agente deve possuir um “dolo” de agir autorizadamente, e essa consciência de agir conforme o direito, juntamente com os pressupostos objetivos para configuração da justificativa, afasta o desvalor da ação<sup>109</sup>.

Deve-se destacar, contudo, a existência de uma corrente minoritária<sup>110</sup>, a qual entende pela desnecessidade desse elemento subjetivo, afirmando ser suficiente a existência da conformidade interna do lesionado, mesmo nos casos de exclusão da antijuridicidade.

Assim, para os que aceitam a validade da justificação diante da presença tão-somente dos elementos objetivos, independe que o consentimento tenha sido exteriorizado pelo lesionado.

Porém, entre os que entendem pela necessidade do elemento subjetivo para configurar uma justificativa válida, existe uma certa divergência no tratamento da

---

<sup>106</sup> CIRINO DOS SANTOS. Op. cit., p. 194.

<sup>107</sup> PIERANGELLI. Op. cit., p. 146-147.

<sup>108</sup> BITENCOURT. Op. cit., p. 127.

<sup>109</sup> Id.

<sup>110</sup> Nesse sentido é o entendimento de Aníbal BRUNO, para o qual *“não é necessário que se tenha manifestado [o consentimento] expressamente, nem é preciso que o agente tenha, ciência de que ele foi concedido”*. (BRUNO. Op. cit., p. 20); também esse é o posicionamento de Euclides Ferreira da SILVA JUNIOR, para o qual *“não há que se falar em perquirir qualquer outro elemento que não seja o resultante da comparação entre o fato praticado e a legislação posta” e completa dizendo que “a falta de elementos subjetivos no fato típico não infirma o caráter objetivo da antijuridicidade. Não tem sobre ele qualquer influência, pois, no tipo anormal, os elementos subjetivos são conditio sine qua non do fato típico e não da antijuridicidade”*. (SILVA JUNIOR, Euclides Ferreira da. *Lições de direito penal: parte geral*. 2 ed. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002. v. 1, p. 144).

situação em que estejam presentes os requisitos objetivos da justificação, sem a concorrência dos elementos subjetivos. Com relação ao tema, afirma ZAFFARONI que

A admissão dos elementos subjetivos do tipo permissivo é algo que está majoritariamente aceito na doutrina mais moderna. Há divergências a respeito das soluções para o caso em que se configurasse apenas o aspecto objetivo do tipo permissivo, faltando seu aspecto subjetivo. Para os partidários da teoria do injusto objetivo em geral, a solução está em sancionar a conduta cometida nessas situações como uma tentativa, porque consideram que o resultado está justificado. Do nosso ponto de vista não podemos sustentar a existência de resultados justificados, e sim de condutas justificadas, de modo que não estando justificada a conduta típica, a tipicidade se mantém em toda sua extensão e a antijuridicidade corresponde a um injusto de consumação.<sup>111</sup>

Contrariamente a este entendimento, explica Mir PUIG<sup>112</sup> que aquele que atua sem conhecimento do consentimento do titular do bem jurídico não pode ficar impune, devendo ser punível por tentativa inidônea. Pois, ainda que a efetiva existência do consentimento faça desaparecer o tipo, o autor que dele não possui ciência tenta, mesmo que de forma inidônea, realizar a conduta<sup>113</sup>.

No mesmo sentido é o posicionamento de MAURACH<sup>114</sup>, defendendo que, se o agente não possui conhecimento acerca do consentimento do interessado, no seu entender a ação segue sendo ilícita, resultando, desta forma, numa situação de tentativa inidônea.

#### 4.1.5 Vícios do consentimento

Para ser válido, o consentimento deve ser livre de vícios da vontade, como o engano, o erro e a coação.<sup>115</sup>

Vale destacar, todavia, que influem na validade do consentimento apenas os vícios *essenciais* da vontade, ou seja, somente aqueles que podem afetar verdadeiramente a liberdade de escolha do interessado.

<sup>111</sup> ZAFFARONI. Op. cit., p. 576.

<sup>112</sup> PUIG. Op. cit., p. 513.

<sup>113</sup> Para ilustrar essa situação, PUIG toma o exemplo daquele que subtrai um bem, sem saber que o seu dono o havia abandonado. Explica que, nesse caso, o agente não realiza o crime de furto, em razão da existência do consentimento, mas deve ser punido por tentativa inidônea de furto. (Ibid., p. 514).

<sup>114</sup> MAURACH. Op. cit., p. 299.

<sup>115</sup> JESCHECK. Op. cit., p. 522.

A coação, entendida como violência real, excluirá o consentimento do titular do bem jurídico, pois bloqueia a sua vontade<sup>116</sup>. Porém não se pode falar que o mesmo vale, em todos as situações, para a coação entendida como violência ameaçada. Neste caso, a ameaça deve representar uma coação efetiva, de maneira a afetar seriamente a liberdade de decisão daquele que consente, não sendo qualquer ameaça capaz de tornar irrelevante o consentimento<sup>117</sup>.

Relativamente ao erro e ao engano no consentimento, excluirão a sua eficácia quando afetarem a *quantidade e qualidade* do ataque ao bem jurídico. É o que defendem autores como MIR PUIG<sup>118</sup> e JESCHECK<sup>119</sup>.

Com efeito, deve-se ter em conta em que medida o erro ou o engano afetam a compreensão do interessado acerca da renúncia à tutela penal. Pois a idéia fundamental do consentimento, consoante aponta ROXIN<sup>120</sup>, é que este somente pode ser considerado válido para eximir de pena o agente da ação na medida em que o fato representa uma real expressão da autonomia do titular do bem jurídico, como realização da sua liberdade de ação.

Em algumas situações, o legislador optou em incluir o vício no consentimento na própria tipificação da conduta. Cite-se, a saber, os crimes descritos nos artigos 215<sup>121</sup>, 216<sup>122</sup> e 216-A<sup>123</sup> do Código Penal.

Assim é que, por exemplo, na acusação do delito de posse sexual mediante fraude, não é possível falar-se em consentimento da vítima para alegar a inexistência do crime. Assim julgou o Tribunal de Justiça da Bahia, entendimento corroborado pelo

<sup>116</sup> CIRINO DOS SANTOS. Op. cit., p. 193.

<sup>117</sup> Exemplifica ROXIN, com as seguintes situações: na hipótese de uma mulher que, com o fim de obter o consentimento de seu namorado para a destruição de um objeto, ameaça-o dizendo que não se casará com ele caso não consinta com o dano, o consentimento segue sendo eficaz, diante da ausência de uma coação reprovável; já no caso de um sádico, que ameaça a outra pessoa com uma denúncia para que este consinta em apanhar com um chicote, será o agente punido por lesões corporais, em face da existência de uma real coação. (ROXIN, Claus. **Derecho Penal** ..., p. 551).

<sup>118</sup> PUIG. Op. cit., p. 514.

<sup>119</sup> JESCHECK. Op. cit., p. 522.

<sup>120</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal** ..., p. 545.

<sup>121</sup> “Art. 215. Ter conjunção carnal com mulher, mediante fraude”.

<sup>122</sup> “Art. 216. Induzir alguém, mediante fraude, a praticar ou submeter-se à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal”.

<sup>123</sup> “Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função”.

Superior Tribunal de Justiça, na situação em que o indivíduo, no exercício das suas atividades de curandeiro, pai-de-santo e adivinho, prometendo prosperidade em relacionamentos afetivos, realizava “trabalhos” nas mulheres que por ele procuravam, induzindo-as em erro para que com ele mantivessem relações sexuais:

CRIMINAL. HC. POSSE SEXUAL MEDIANTE FRAUDE SIMPLES. “PAI-DE-SANTO”. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EXPRESSÃO “MULHER HONESTA”. CONSENTIMENTO NÃO-DEMONSTRADO. PRESENÇA DOS ELEMENTOS NECESSÁRIOS PARA A POSSÍVEL CONFIGURAÇÃO DO DELITO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO-EVIDENCIADA DE PLANO. IMPROPRIEDADE DO WRIT PARA APROFUNDADO EXAME DA ALEGADA INEXISTÊNCIA DO DELITO EM RAZÃO DA ATIPICIDADE. (...) Evidenciado que o réu teria se utilizado de estratagemas, ardil, engodo para que as vítimas se entregassem à conjunção carnal, não se vislumbra a existência de consentimento das vítimas para as práticas sexuais ocorridas, em tese, com o paciente. “Pai-de-santo” que, dizendo estar incorporado, chamava as vítimas, suas seguidoras religiosas, para realizar “trabalhos” – oportunidade em que as forçava, em tese, a manterem relações sexuais com ele. Não há que se falar em trancamento da ação penal por atipicidade da conduta, se os autos dão conta de que o procedimento do paciente reúne os três elementos necessários para a configuração do crime de posse sexual mediante fraude: conjunção carnal, honestidade das vítimas e fraude empregada pelo agente. (...) (STJ – HC 21129/BA – Rel. Min. Gilson Dipp – Quinta Turma – DJ 16.09.2002, p. 212)

O exemplo acima evidencia de que maneira o vício na vontade do titular do bem jurídico afeta de forma essencial o consentimento, invalidando-o perante o direito penal.

#### 4.2 Consentimento presumido

O consentimento presumido surge como uma construção mental, psíquica, do autor, sobre a existência real do consentimento do titular do bem jurídico. Na entendimento de WESSELS<sup>124</sup>, “*no caso de consentimento juridicamente admissível, mas ausente por fundamento fático, resta lugar a um ‘consentimento presumido’.*” Prossegue o autor, dizendo que “*Nesta causa de justificação, reconhecida pelo direito costumeiro, podem obter importância duas ponderações diversas: o atuar no interesse material do ofendido e o princípio do interesse ausente.*”

Afirma-se, seguindo esse entendimento, que o consentimento presumido tem lugar quando não é exarado de forma expressa, nem tácita, porém em razão das

---

<sup>124</sup> WESSELS. Op. cit., p. 78-79.

circunstâncias é possível presumir que o interessado assentiria, caso perguntado (é o caso, por exemplo, da vítima de acidente de trânsito que é levada inconsciente ao hospital, e necessita com urgência de uma cirurgia, não sendo possível esperar o indivíduo retomar a consciência, nem mesmo aguardar algum familiar da vítima para obter o consentimento)<sup>125</sup>; ou ainda, a situação em que o consentimento poderia ser obtido, mas é desnecessário (situação em que, diante de um vazamento de água que está a inundar o apartamento vizinho, o morador adentra a residência providenciar um conserto)<sup>126</sup>.

Para muitos autores, o consentimento presumido constitui uma figura desnecessária tendo em vista que essas questões poderiam ser resolvidas à luz do estado de necessidade.<sup>127</sup>

Mister ressaltar a proposta de MIR PUIG<sup>128</sup> relativamente a essa questão: aduz que quando a intervenção for necessária para resguardar um bem jurídico indisponível por seu titular, como, por exemplo, a vida, não é necessário recorrer ao consentimento presumido, bastando que a situação reste amparada pelo estado de necessidade. Por outro lado, se o interesse em perigo corresponde a um bem jurídico disponível, somente será justificada a conduta se o consentimento puder ser presumido, sendo imprescindível verificar-se a probabilidade *ex ante* de que o titular consentiria.

Um juízo objetivo *ex ante* do consentimento presumido é requisito imprescindível, especialmente para solucionar o caso em que, posteriormente, revela-se que o titular do bem jurídico disponível pretendia efetivamente renunciar à proteção jurídica, mesmo representando o abandono do interesse algo prejudicial ou irracional. Nessa situação, o agente atua justificadamente, porque tomadas todas as cautelas na

---

<sup>125</sup> Ainda de acordo com os ensinamentos de WESSELS, “A ação será aqui justificada, se se situar no interesse do ofendido, dentro de um juízo objetivo, como “justo meio para um justo fim” e o atuante, depois da “devida investigação”, tiver chegado a se convencer de que o fato corresponde à vontade presumida do titular do consentimento” (Id.)

<sup>126</sup> Para explicar essa segunda situação, assevera WESSELS que “O segundo princípio será considerado onde faltar um interesse de conservação do ofendido, digno de ser protegido, e deva supor o seu consentimento, conforme um juízo objetivo e razoável, e baseado em indícios bastante sérios.” (Id.)

<sup>127</sup> Nesse sentido opinam Francisco MUÑOZ CONDE (Op. cit., p. 120); e René Ariel DOTTI (DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 405).

<sup>128</sup> PUIG. Op. cit., p. 515.

análise objetiva da ponderação de interesses da perspectiva do interessado, em conjunto com a suposição de qual seria a decisão que se poderia esperar do titular do bem, caso tomasse conhecimento da situação.<sup>129</sup>

Sobre o tema, afirma ROXIN que quando há indícios suficientes a indicar o consentimento do titular do bem jurídico, e se o sujeito atua confiando nesse consentimento, o fato de que o titular do bem na realidade não tenha consentido em nada modifica o consentimento presumido, pois existiria uma justificação real e não meramente putativa.<sup>130</sup>

---

<sup>129</sup> JESCHECK. Op. Cit., p. 526-527.

<sup>130</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal** ..., p. 593.

## **5 ANÁLISE PRÁTICA DA APLICAÇÃO DO CONSENTIMENTO DO TITULAR DO BEM JURÍDICO**

Após a apresentação do consentimento do titular do bem jurídico e seus requisitos, cabe aqui analisar algumas hipóteses em que o consentimento do ofendido surgiu como tese defensiva na tentativa de descaracterizar o delito. O objetivo é proporcionar uma maior identificação do assunto através da ilustração de alguns casos concretos em que se discutiu o consentimento do interessado.

### **5.1 Caso 1**

EMENTA:

**APELAÇÃO CRIMINAL – LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVÍSSIMA (ART. 129, § 2º, II E IV, DO CÓDIGO PENAL) – AGENTE QUE, EMBRIAGADO, UTILIZANDO-SE DE UM CANIVETE, DECEPA COMPLETAMENTE O TESTÍCULO ESQUERDO E TRÊS QUARTOS DO TESTÍCULO DIREITO DO OFENDIDO, SEU IRMÃO, QUE TAMBÉM ESTAVA EM ESTADO DE EBRIEDADE – DEFORMIDADE DO ÓRGÃO GENITAL E DEBILIDADE NA FUNÇÃO REPRODUTIVA ATESTADAS PELO LAUDO DE CORPO DE DELITO COMO PERMANENTES – ARGÜIÇÃO DE NULIDADE DO FEITO POR FALTA DE APRECIÇÃO DAS TESES DEFENSIVAS APRESENTADAS NAS ALEGAÇÕES FINAIS E DE FUNDAMENTAÇÃO DO *DECISUM* – INOCORRÊNCIA – SENTENÇA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA E CIRCUNSCRITA A TODOS OS ASPECTOS ARGÜIDOS PELA DEFESA – PREFACIAIS REPELIDAS**

**MÉRITO – PRETENSA ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE DOLO – INVIABILIDADE – VONTADE DE PRODUZIR UM DANO AO CORPO CONSTATADA E QUE PRESCINDE DA ANÁLISE DA CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE, QUE É ELEMENTO DA CULPABILIDADE – EMBRIAGUEZ VOLUNTÁRIA QUE NÃO TEM O CONDÃO DE EXCLUIR A IMPUTABILIDADE**

**PENAL (CAPACIDADE DE ENTENDER O CARÁTER ILÍCITO DO FATO E DETERMINAR-SE DE ACORDO COM ESSE ENTENDIMENTO) – EXEGESE DO INCISO II DO ART. 28 DO CÓDIGO PENAL – PERDÃO DA VÍTIMA – FATO QUE NÃO ILIDE A RESPONSABILIDADE PENAL – CONDENAÇÃO MANTIDA  
APELO NÃO PROVIDO.**

(TJSC – Apelação Criminal nº 2005.011737-9 – Rel. Des. Substituto Túlio Pinheiro – Primeira Câmara Criminal – Julgamento em 26.06.2007)

Neste caso, o agente foi acusado pelo delito descrito no artigo 129, § 2º, incisos III e IV, do Código Penal, narrando a denúncia que teria decepado o testículo esquerdo e parte do testículo direito do seu irmão, com um canivete.

Segundo a narração da própria vítima, o fato ocorreu durante a comemoração do final da safra de fumo, em uma festa em que todos os presentes bebiam. Ao final da festa, os dois irmãos, ambos embriagados e fazendo brincadeiras entre si, mostravam seus órgãos genitais um para o outro, até que em um determinado momento, o agente, utilizando-se de um canivete, amputou os testículos do irmão.

Segundo testemunha que presenciou o fato, a própria vítima afirmou que queria ser “capado” para engordar e ter força para trabalhar, pois estavam lhe chamando de “magrela”, e o agente, atendendo ao pedido da vítima, arrancou os testículos e jogou-os fora em um pasto, onde provavelmente os restos foram comidos pelas galinhas.

A vítima afirma, contudo, que perdoou o irmão e que com ele mantém relação cordial. Nem mesmo teve interesse em comunicar o fato à polícia, por saber que o ocorrido deveu-se ao estado de embriaguez de ambos.

Analisando os fatos, poder-se-ia alegar que a conduta do agente foi embasada no pedido da própria vítima, e portanto, haveria consentimento do titular do bem jurídico.

Contudo, tal não se verifica possível, tendo em vista tratar-se de bem jurídico indisponível, no presente caso. A integridade física pode, em certas situações, ser considerado bem disponível, na medida em que realiza a faculdade de livre disposição

do seu titular, não sendo, todavia, o que ocorre no caso analisado. Nesta hipótese, a lesão não apresenta adequação social<sup>131</sup>, além de diminuir a capacidade do indivíduo como valor social<sup>132</sup>, e ser contrária aos bons costumes<sup>133</sup>.

Ademais, o estado de embriaguez em que se encontrava a vítima, impedia a sua capacidade de compreensão e discernimento acerca da extensão do fato, representando vício na sua vontade.

No contexto desse caso concreto apresentado, é que se verifica a necessidade de que o direito penal atue, não só para tutelar os bens jurídicos contra a lesão provocada por terceiros, mas também para proteger o titular do bem jurídico contra a sua própria irracionalidade<sup>134</sup>, não sendo possível o entendimento de que o consentimento do interessado possua relevância para o direito penal em qualquer hipótese.

## 5.2 Caso 2

EMENTA:

**AIDS – TRANSMISSÃO POR MEIO DE RELAÇÃO SEXUAL – LESÕES CORPORAIS GRAVÍSSIMAS – CONDENAÇÃO – RECURSO PROVIDO. Está incurso nas sanções do art. 129, § 2º, II, do Código Penal, aquele que, sabendo-se portador do vírus HIV, mantém relação sexual, tomando sua parceira soropositiva.**

(TJMG – Apelação Criminal nº 1.0000.00.342300-1/000 – Rel. Des. José Antonio Baía Borges)

Neste caso, narra a denúncia que o acusado, portador do vírus da AIDS, manteve relações sexuais com a vítima, transmitindo a ela doença incurável, que constitui, por isso mesmo, lesão corporal gravíssima.

---

<sup>131</sup> CIRINO DOS SANTOS. Op. cit., p. 191.

<sup>132</sup> BRUNO. Op. cit., p. 22.

<sup>133</sup> JESCHECK. Op. cit., p. 518.

<sup>134</sup> SCHÜNEMANN. Op. cit., p. 16.

Alegou o acusado que manteve relação sexual uma única vez com a vítima, fazendo uso de preservativo, e após cientificá-la de que portava o vírus da AIDS.

Por sua vez, a vítima afirmou que viveu um relacionamento amoroso com o acusado durante aproximadamente três anos, e que nesse período manteve com ele inúmeras relações sexuais, algumas vezes com proteção e outras sem, afirmando, ainda, que nunca o acusado lhe informou da sua condição de soropositivo.

Entendeu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais que não seria crível que a vítima, tendo sido previamente informada acerca da doença do acusado, optasse em manter relações sem proteção e assumir o risco de contrair uma doença tão grave como a AIDS, refutando, assim, a tese defensiva do autor.

Nesse caso resta explícito, de qualquer maneira, que o consentimento da vítima, mesmo que existente, não poderia ser considerado válido para eximir o agente de responsabilidade penal, eis que não se refere a bem jurídico disponível, pois atinge a integridade corporal da vítima de forma a colocar em perigo a sua própria vida.

### 5.3 Caso 3

EMENTA:

**FURTO QUALIFICADO. VERSÃO DO RÉU, DE QUE SE APODEROU DA MERCADORIA COM O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA, QUE SE REVELA POSSÍVEL NO CONTEXTO DOS FATOS. ACUSAÇÃO DA VÍTIMA QUE NÃO DENOTA A NECESSÁRIA ISENÇÃO, TENDO EM VISTA O INTERESSE NA DEMISSÃO DO FUNCIONÁRIO POR JUSTA CAUSA. DÚVIDA INSUPERÁVEL QUANTO À ANTIJURIDICIDADE DOS FATOS. ABSOLVIÇÃO. Apelação defensiva provida. Apelação ministerial prejudicada.**

(TJRS – Apelação Criminal nº 70015467947 – Rel. Des. Marco Antonio Bandeira Scapini – Sexta Câmara Criminal – Julgamento em 10.05.2007 – DJ 01.06.2007)

Trata-se de acusação de furto qualificado por abuso de confiança, em que o agente, que trabalhava como assador da churrascaria da vítima, teria subtraído para si do estabelecimento comercial, pouco a pouco a cada dia, certa quantidade de carne, até o momento em que foi flagrado por uma câmera de segurança do estabelecimento.

O acusado afirma que agiu com o consentimento do titular do bem jurídico, explicando que a própria "vítima", dono do estabelecimento, alegando dificuldades financeiras para pagamento dos funcionários, propôs que, para complementar a verba salarial que lhe seria devida e não podia pagar integralmente, poderia o acusado levar para casa, esporadicamente, uma certa quantia de carne para seu consumo.

E assim agiu o acusado, até o momento em que foi demitido por justa causa do estabelecimento, sob a acusação de furto de mercadoria.

A análise das provas demonstraram, contudo, que tal acusação pode ter sido motivada na intenção do dono da churrascaria em despedir o empregado por justa causa, a fim de eximir-se do pagamento de custas rescisórias, já que o estabelecimento passava por dificuldades financeiras há algum tempo. Por isso, teria autorizado o funcionário a levar certa quantidade de carne para sua casa, que assim procedeu, acreditando estar agindo com o consentimento do interessado.

Por fim, o Tribunal de Justiça entendeu que a ilicitude do fato não estava suficientemente comprovada, diante das dúvidas acerca da existência do consentimento da suposta "vítima", com a intenção de livrar-se do pagamento das verbas rescisórias, haja vista que a churrascaria já enfrentava dificuldades financeiras.

Através da exposição de alguns casos concretos em que se discutiu a aplicação do consentimento do titular do bem jurídico, procurou-se demonstrar que esse instituto, embora não regulado expressamente na legislação penal pátria, pode encontrar aplicação prática em casos concretos, seja para descaracterizar uma conduta que a princípio revela-se criminosa, seja para, através dos seus pressupostos, impedir que o consentimento seja considerado fator descriminalizante em todo e qualquer caso, independente da existência dos requisitos que o validam.

## 6 CONCLUSÃO

Importa destacar, após esta breve análise dos principais aspectos concernentes ao consentimento do titular do bem jurídico, o seguinte:

Apesar de não estar expressamente regulado na legislação penal pátria, não há dúvidas sobre a sua aceitação, à exceção de alguns autores que o entendem supérfluo, diante das demais causas de justificação apresentadas no direito penal brasileiro, entendimento, contudo, que não se pode aceitar, em vista de situações que somente podem ser resolvidas a partir do conceito de consentimento do interessado.

Possui como principal função a realização da liberdade de disposição individual e autodeterminação do indivíduo, na medida em que possibilita a descaracterização de uma conduta, a princípio, delituosa, diante da existência do assentimento do titular do bem, quanto ao perigo e à lesão desse interesse particular disponível.

A existência de elementos paternalísticos no direito penal, contudo, faz-se necessário para impor limites a essa liberdade de disposição, haja vista que cada indivíduo possui também parcela de responsabilidade na proteção de bem jurídicos, não podendo o consentimento ser aceito irrestritamente para descaracterizar condutas criminosas.

Muito embora parte da doutrina entenda que o consentimento do titular do bem jurídico possui efeito único de excludente da tipicidade, a teoria dualista mostra-se mais eficaz na solução dos fatos concretos, admitindo que em algumas hipóteses o consentimento pode assumir efeito excludente da tipicidade (especialmente nos casos em que o dissentimento é elemento do próprio tipo), porém em outras situações a lesividade do bem jurídico perdura mesmo na presença do consentimento do seu titular, podendo, todavia, ser excluída a ilicitude da conduta se estiverem presentes os pressupostos necessários à sua validade.

Esse entendimento, contudo, só se legitima a partir de um conceito de bem jurídico não subjetivado, considerando-se que a tutela penal dos bens jurídicos procura proteger a integridade do seu objeto, e não o domínio autônomo do titular sobre o

bem<sup>135</sup>. Nesse contexto é que, mesmo diante do desistesse do titular na conservação do bem jurídico, a sua proteção pelo direito penal permanece sendo importante, eis que o consentimento não possui eficácia descriminalizante imediata, havendo necessidade de atento exame relativamente à presença das condições que conferem ao instituto relevância penal.

O contorno dessas condições fundamenta-se, essencialmente, na função que o Estado possui de propiciar uma convivência harmoniosa entre os seus cidadãos, preservando-se as relações existentes na sociedade; fim esse, que deve ser buscado tendo-se em conta a subsidiariedade do direito penal, que não pode ser utilizado para impor determinados padrões de vida e de moralidade. Sendo assim, os pressupostos de validade do consentimento assumem a tal ponto importância, que na ausência de um deles, a conduta sofrerá todas as duras conseqüências impostas pelo direito penal diante do ataque aos seus preceitos e normas.

Nesse passo, os requisitos para o consentimento válido (apesar de algumas diferenças face ao efeito excludente de tipicidade ou de antijuridicidade) são, essencialmente: a capacidade natural de compreensão e discernimento acerca da extensão e das conseqüências que a renúncia à proteção do bem jurídico implicam; a disponibilidade do bem jurídico atingido pela conduta consentida, pois diante de bens indisponíveis, por existir um objetivo de proteção que transcende o interesse do particular atingido, não assume relevância a aquiescência do titular na lesão desse interesse; o conhecimento, por parte do agente, acerca do consentimento do titular do bem, nos casos em que o consentimento possui efeito justificante, assumindo, dessa forma, a função de elemento subjetivo; e no que concerne à conduta que atinge a integridade física, a inexistência de ofensa aos bons costumes.

O consentimento do titular do bem jurídico é, sem dúvida, um instituto complexo, com relação ao qual a doutrina muito já se ocupou, principalmente a internacional. A doutrina nacional pouco se aprofundou verdadeiramente no estudo do tema, mas certamente ainda haverá de se ocupar muito no futuro, pois cada vez mais surgem casos concretos que pedem soluções com base no consentimento.

---

<sup>135</sup> JESCHECK. Op. cit., p. 513-514.

Por fim, cabe destacar que cada caso particular em que se investiga a relevância do consentimento do titular do bem para produção de efeito excludente de elemento do crime merece minucioso estudo e atenção, não só por ser um instituto com muitas peculiaridades, e vários requisitos a serem observados; mas principalmente, por realizar um importante papel no espaço de liberdade conferido aos indivíduos, contribuindo na superação do artificialismo que impedia que a vontade dos particulares pudesse exercer algum efeito no poder punitivo do Estado, e auxiliando, portanto, a adaptação do Direito à realidade social que este visa tutelar.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. 13 ed. Tradução de Paulo M. de Oliveira. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria geral do delito**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t.2.

CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

CIRINO DO SANTOS, Juarez. **A moderna teoria do fato punível**. 4 ed. Curitiba: ICPC; Lúmen Júris, 2005.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Direito penal: curso completo**. 8. ed.. São Paulo: Saraiva, 2000.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 1 ed. 15 impressão. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira.

FIANDACA, Giovanni. O "bem jurídico" como problema teórico e como critério de política criminal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 89, volume 776, junho de 2000, p. 409-439.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

\_\_\_\_\_. Transexualismo – cirurgia. Lesão corporal. **Revista de Direito Penal**, Forense, Rio de Janeiro, nº 25, 1979, p. 25-34.

FREDERICO MARQUES, José. **Curso de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1956, v. 2.

GRECO, Luis. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, nº 49, Ano 2004, p. 89-147.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general**. Fundamentos y teoría de la imputación. Tradução por Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madri: Marcial Pons, 1995.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal: parte general**. Tradução por S. Mir Puig e F. Muñoz Conde. 3 ed. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1981.

MAGALHÃES, Délio. **Causas de exclusão de crime**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1975.

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. **Derecho penal: parte general**. 7. ed. Tradução por Jorge Bofill e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução por Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988.

PIERANGELLI, José Henrique. **O consentimento do ofendido na teoria do delito**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1989.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. V. 1. 2 ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

PUIG, Santiago Mir. **Derecho Penal: Parte General**. 7 ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. 2. ed. Tradução por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Ed. Civitas, 1997, t.1.

\_\_\_\_\_. **Política criminal y estructura del delito** (Elementos del delito en base a la política criminal). Traducción de Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malareé. Barcelona: PPU, 1992

\_\_\_\_\_. Que comportamento pode o Estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. Tradução de Luís Greco. **Revista Jurídica**. São Paulo, Ano 52, nº 317, março de 2004, p. 69-81.

\_\_\_\_\_. Tem Futuro o Direito Penal? **Revista dos Tribunais**. São Paulo, Ano 90, Volume 790, agosto de 2001, p. 460-474.

SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, Ano 13, nº. 53, março-abril de 2005, p. 9-37.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA JUNIOR, Euclides Ferreira da. **Lições de direito penal**: parte geral. 2 ed. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002. v. 1.

SOLER, Sebastian. Causas de justificação da conduta. **Revista de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Editor Borsi, nº 5, jan./mar. 1972, p. 7-17.

TAVARES, Juarez. O consentimento do ofendido no direito penal. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, 12, Curitiba, 1969, p. 257-270.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

WESSELS, Johannes. **Direito penal**: parte geral (Aspectos fundamentais). Tradução por Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.