

FACULDADE DE DIREITO – UFPR
INSTITUTO DE CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL - ICPC

O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO NA TEORIA DO DELITO

CURITIBA

2007

SOLANGE MARIA PADILHA

O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO NA TEORIA DO DELITO

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de especialista em Direito Penal e Criminologia do Curso de Pós-Graduação do Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC.

Professor Orientador: Dr. Juarez Cirino dos Santos 

CURITIBA

2007

TERMO DE APROVAÇÃO

SOLANGE MARIA PADILHA

O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO NA TEORIA DO DELITO

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do título de especialista em Direito Penal e Criminologia do Curso de Pós-Graduação do Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC, pela comissão formada pelos professores:

Orientador: _____

Prof. Dr. Dr. Juarez Cirino dos Santos

Prof.

Prof.

CURITIBA
2007

AGRADECIMENTOS

À minha família que muito colaborou e me incentivou para a concretização deste trabalho.

Em especial, ao professor Dr. Juarez Cirino dos Santos, pela oportunidade que me concedeu e pelo conhecimento que me proporcionou com sua sapiência e enorme dedicação.

SUMÁRIO

TERMO DE APROVAÇÃO	II
RESUMO	VI
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I_- A TEORIA DO DELITO	3
1.1 A NECESSIDADE DA TEORIA DO DELITO	3
1.2 A TEORIA DO DELITO	3
1.2.1 A conduta	4
1.2.1.1 Teorias da ação	5
1.2.1.1.1 Teoria naturalista ou causal da ação	5
1.2.1.1.2 Teoria social da ação	5
1.2.1.1.3 Teoria finalista da ação	6
1.2.2 A tipicidade.....	6
1.2.3 A antijuridicidade	7
1.2.3.1 Justificações.....	8
1.2.3.1.1 Estado de necessidade	9
1.2.3.1.2 Legítima defesa	10
1.2.3.1.3 Estrito cumprimento de dever legal	11
1.2.3.1.4 Exercício regular de direito	11
1.2.4 A culpabilidade.....	12

CAPÍTULO II _O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO NA TEORIA DO DELITO	
.....	15
2.1 INTRODUÇÃO.....	15
2.2 TEORIA DO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO.....	15
2.2.1 Teoria de Feuerbach.....	15
2.2.1 Teoria de Feuerbach.....	15
2.2.2 Teoria do negócio do jurídico	16
2.2.3 Teorias da ação jurídica	17
2.3 A AQUIESCÊNCIA DO TITULAR DO BEM JURÍDICO	18
CAPÍTULO III _O AGENTE E O CONSCIENTE	27
3 VALIDADE DO CONSENTIMENTO	27
3.1 REQUISITOS PARA O CONSENTIMENTO VÁLIDO	29
3.1.1 Requisitos objetivos	30
3.1.1.1 Capacidade de consentir	30
3.1.1.2 Anterioridade do consentimento.....	31
3.1.2 Requisitos subjetivos.....	32
3.1.2.1 Ciência do consenso e vontade de atuar	32
3.2 O CONSENTIMENTO E SEU TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL.....	32
CONCLUSÃO	36
REFERÊNCIAS	38

RESUMO

O crime é uma conduta contrária ao Direito Penal, desta forma, quando o agente age contrariamente ao mandamento contido na norma penal, está cometendo crime. O Código Penal no seu artigo 23 prevê que a legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal são excludentes da ilicitude, prescrevendo que não há crime quando o agente praticar o fato agindo numa dessas situações. Desta forma, o consentimento do ofendido, não está arrolado entre as hipóteses legais previstas. Poderia mesmo assim ser considerado excludente de ilicitude? O consentimento do titular do bem jurídico, às vezes, opera-se como causa de exclusão da tipicidade e, por vezes, como causa de justificação, visto que através deste se pode estabelecer se houve ou não o fato delituoso.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é analisar o consentimento do titular do bem jurídico dentro da teoria do delito.

O crime é uma conduta contrária ao Direito Penal, desta forma, quando o agente age contrariamente ao mandamento contido na norma penal, está cometendo crime.

O Código Penal no seu artigo 23 prevê que a legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal são excludentes da ilicitude, prescrevendo que não há crime quando o agente praticar o fato agindo numa dessas situações. Desta forma, o consentimento do ofendido, não está arrolado entre as hipóteses previstas. Poderia mesmo assim ser considerado excludente de ilicitude?

Mesmo não havendo nenhum dispositivo legal em nosso ordenamento jurídico que discipline o consentimento do titular do bem jurídico, este é de grande relevância no estudo do direito penal moderno, uma vez que, dependendo das circunstâncias do crime e do tipo penal, o consentimento do titular do bem jurídico, às vezes, opera-se como causa de exclusão da tipicidade e, por vezes, como causa de justificação, visto que através deste se pode estabelecer se houve ou não o fato delituoso.

Sendo de fundamental importância sua análise, em determinadas ocasiões se estiver presente o consentimento do titular do bem jurídico não há antijuridicidade e, se não há tipicidade ou se não há antijuridicidade não há crime, já que a tipicidade e a antijuridicidade são elementos essenciais do delito.

A justificativa do consentimento só terá validade se o titular do bem ameaçado possa dele dispor, ou seja, o bem protegido deve ser disponível.

A aquiescência como causa de exclusão da tipicidade ocorre nos casos em que há a necessidade de dissentimento da vítima, se esta consente, não há antijuridicidade, conseqüentemente não há crime.

O consentimento para ser válido e eficaz deve observar alguns requisitos objetivos e subjetivos. Entre os requisitos objetivos estão a capacidade de consentir e a anterioridade do consentimento; entre os subjetivos estão a ciência do consenso e a vontade de atuar.

CAPÍTULO I

DA TEORIA DO DELITO

1.1 A NECESSIDADE DA TEORIA DO DELITO

Por Teoria do Delito, entende-se a parte da ciência do Direito Penal que se ocupa em explicar o que é delito em geral. Por outras palavras, é a parte da ciência do Direito Penal que pretende indicar as características que todo e qualquer delito deve apresentar.¹

A Teoria do Delito é uma maneira lógica de se constatar no caso concreto se houve ou não um crime. Cabendo ao jurista analisar e examinar cada caso sob à luz das normas penais positivas, sem deixar o posicionamento crítico em relação à realidade jurídica quando esta se apresente injusta.

1.2 A TEORIA DO DELITO

O termo crime, em latim de onde se origina (*crimen, inis*), significa queixa, calúnia, erro. Enfim, tem a aceção semântica relacionada com a idéia de mal.²

A doutrina penal construiu um conceito denominado *dogmático* ou *analítico*. Até o começo deste século a doutrina concebia o crime a partir de um critério bipartido, constituído de dois elementos: um objetivo, representado pela ação ou omissão, e outro subjetivo, representado pela culpabilidade. Em 1906, o jurista alemão Ernst von Biling reformulou o conceito analítico de crime, inserindo um novo

¹ PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido : na teoria do delito**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001. p. 15.

² LEAL, João José. **Direito penal geral**. São Paulo : Atlas, 1998. p. 165.

elemento: a tipicidade. O crime passou a ser definido, do ponto de vista dogmático, como a *conduta humana* (ação propriamente dita ou omissão), *típica*, *antijurídica* e *culpável*³. Assim, crime é a ação típica, antijurídica e culpável.

1.2.1 A conduta

A conduta é um componente essencial do aspecto objetivo do crime. Conduta é o gênero de que constituem espécies a ação e a omissão. Quer na conduta positiva (ação), quer na negativa, existem duas integrantes: uma interior ou psíquica (moral), outra exterior ou física (material).⁴ Pode-se analisar a conduta sob dois aspectos: interior e exterior (vontade e atividade). A causalidade e o resultado sempre acompanham a conduta, mas a lei penal só assinala importância ao resultado e à causalidade quando ligados à conduta.⁵

O direito não cria a conduta, apenas a valora. Os tipos, portanto, constituem meras descrições abstratas da conduta. Esta existe concretamente e cumpre à tipicidade torná-la um delito. Conseqüentemente, a conduta é um conceito básico, sobre o qual se estruturará o conceito de crime, fazendo sobre ela recair as categorias ou caracteres da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade.⁶

A ordem jurídica regula somente as condutas humanas, as quais se realizam mediante a manifestação de vontade dirigida a um fim. Tal regulamentação visa a proteção dos bens jurídicos de maior importância.

³ LEAL, João José. **Direito penal geral**. São Paulo : Atlas, 1998. p. 165.

⁴ COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed. reform. e atual. São Paulo : Saraiva, 1996. p. 24.

⁵ PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido : na teoria do delito**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001. p. 27-28.

⁶ PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido : na teoria do delito**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001. p. 21-22.

1.2.1.1 Teorias da ação

1.2.1.1.1 Teoria naturalista ou causal da ação

Nesta teoria a conduta é concebida como um simples comportamento humano, voluntário, sem qualquer valoração ou apreciação sobre a sua ilicitude ou reprovabilidade. É denominada naturalista ou naturalística porque incorpora as leis da natureza no Direito Penal, sendo a conduta um puro fator de causalidade. A vontade é causa do comportamento e este, por sua vez, é a causa do resultado. Daí também se chamar *causal*.⁷

A teoria naturalista da ação analisa o delito sobre o prisma naturalístico. Sofreu diversas críticas porque o delito é um fenômeno social, proveniente da convivência social, além disso, esta teoria se importa somente com o aspecto causal da questão, não conseguindo explicar os crimes omissivos.

1.2.1.1.2 Teoria social da ação

Para essa teoria, o delito deveria ser valorado de acordo com o meio social. Assim, ação é a realização de um resultado socialmente relevante, analisado pela ótica do Direito e não pelas leis da natureza. Na vontade da ação basta que o agente tenha querido *alguma coisa*.

Da mesma forma, esta teoria também recebeu críticas por dar muita importância ao desvalor do resultado, quando o que importa é o desvalor da conduta.⁸

⁷ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal: parte geral**. 1. vol. 19. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva. 1995. p. 201-202.

⁸ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal: parte geral**. 1. vol. 19. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva. 1995. p. 204.

1.2.1.1.3 Teoria finalista da ação

Para esta teoria, que tem Welzel como seu precursor, os crimes não se diferenciam somente pelo desvalor do resultado, mas principalmente pelo desvalor do comportamento típico.

Na lição de JESUS⁹:

“A ação é uma atividade final humana. Partindo disso, Welzel afirma que a ação humana é o exercício da atividade finalista. É portanto, um acontecimento finalista e não somente causal. A finalidade, diz ele, ou atividade finalista da ação, se baseia em que o homem, consciente dos efeitos causais do acontecimento, pode prever as consequências de sua conduta, propondo, dessa forma, objetivos de distinta índole. Conhecendo a teoria da causa e efeito, tem condições de dirigir sua atividade no sentido de produzir determinados efeitos. O nexu finalista da ação só se estende a esses elementos, quais sejam, aos resultados propostos pela vontade.”

1.2.2 A tipicidade

A fragmentariedade do Direito Penal tem como consequência uma construção tipológica individualizadora de condutas que considera gravemente lesiva de determinados bens jurídicos que devem ser tutelados.

O tipo penal tem função meramente descritiva, competindo à norma a valoração da conduta. Por isso, uma ação pode ser típica e não ser ilícita (contrária a norma), ante a existência de uma causa de justificação.

No entender de BITENCOURT:

⁹ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal: parte geral**. 1. vol. 19. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva. 1995. p. 205.

“Tipo é o conjunto dos elementos do fato punível descrito na lei penal. O tipo exerce uma função limitadora e individualizadora das condutas humanas penalmente relevantes. É uma construção que surge da imaginação do legislador, que descreve legalmente as ações que considera, em tese delitivas. Tipo é um modelo abstrato que descreve um comportamento proibido. Cada tipo possui características e elementos próprios que os distinguem uns dos outros, tornando-os todos *especiais*, no sentido de serem inconfundíveis, inadmitindo-se a adequação de uma conduta que não lhes corresponda perfeitamente. Cada tipo desempenha uma função particular, e a ausência de um tipo não pode ser suprida por analogia ou interpretação extensiva.”¹⁰

1.2.3 A antijuridicidade

A antijuridicidade caracteriza-se pela contrariedade revelada pela conduta ao direito. Ao conceito de delito, porém, não interessam todas as condutas antijurídicas, mas tão-somente aquelas que o legislador entendeu que devesse tipificar. Com isso, a conduta assume a característica de ilícito penal.

Para significativa corrente doutrinária que segue a von Liszt, a antijuridicidade distingue-se em *formal* e *material* ou *substancial*. A antijuridicidade é formal quando se define como uma simples contrariedade a uma norma jurídica. Por seu turno, a antijuridicidade material manifesta-se quando são atingidos interesses vitais do indivíduo ou da sociedade, cuja proteção é tarefa reservada as normas jurídicas.¹¹

¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 1 vol. 9. ed. São Paulo : Saraiva, 2004. p. 245.

¹¹ PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido : na teoria do delito**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001. p. 48.

1.2.3.1 Justificações

A doutrina utiliza-se de várias denominações para se referir as causas legais que excluem a antijuridicidade, ou seja, apesar da conduta ser típica ela não é ilícita, a conduta não será punida porque a lei exclui a sua tipicidade.

Na lição de Cirino dos Santos¹², o legislador, em regra, descreve nos tipos as ações ou omissões antijurídicas ou contrárias ao direito, excepcionalmente permitidas em algumas situações concretas denominadas *justificações*. Destarte, inexistente justificação, está caracterizada a antijuridicidade, presente justificação, exclui-se a antijuridicidade.

Assim, “ações justificadas são ações conformes o direito, porque as justificações têm o efeito de excluir a antijuridicidade indicada no tipo legal.”¹³

A lei brasileira é omissa em reconhecer causas supralegais de exclusão de antijuridicidade, mas a doutrina e a jurisprudência admitem tal possibilidade, haja vista ser impossível o Direito Penal enumerar todas as possíveis causas de justificação de condutas.

Desta forma, as causas supralegais encontram seu fundamento nos princípios gerais de direito, na analogia e nos costumes. Em nosso ordenamento jurídico temos, além das hipóteses de exclusão de antijuridicidade enumeradas na lei penal, o consentimento do ofendido como causa excludente supralegal, que será analisado adiante.

As causas de justificação excluem a ilicitude da conduta desde que a pessoa não exceda, dolosa ou culposamente, os limites da norma permissiva, caso isso ocorra, responderá pelo excesso.

¹² SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal : parte geral**. 2. ed. Curitiba : ICPC; Lúmen Juris, 2007. p. 220.

¹³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 2000. p. 157.

Na lei penal pátria as causas legais que excluem a ilicitude estão arroladas no artigo 23 do Código Penal, *in verbis*:

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.

Parágrafo único. O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos.

1.2.3.1.1 Estado de necessidade

A lei penal considera o estado de necessidade como situação justificante quando existente perigo atual, ao qual o agente não deu causa voluntariamente e que de outro modo não podia evitar, para salvar direito próprio ou alheio, cujo sacrifício não se era possível exigir.

O Código Penal no seu artigo 24 define estado de necessidade como:

Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não lhe era razoável exigir-se.

§ 1º. Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

§ 2º. Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.

Desta forma, deve haver existência de perigo atual ao bem jurídico, involuntário e impossibilidade de evitá-lo de modo diverso. Assim, *perigo* é a ameaça de lesão ao bem jurídico; *atual* consiste na imediata proteção, *involuntário* porque não pode ser provocado intencionalmente

pelo autor, e *inevitável* significa que o perigo não pode ser evitado conforme o direito.¹⁴

1.2.3.1.2 Legítima defesa

A lei penal considera a legítima defesa como situação justificante quando o agente reage à injusta agressão, atual ou eminente, a direito seu ou de terceiro, usando moderadamente dos meios necessários.

Conforme o artigo 25 do Código Penal considera-se legítima defesa:

Art. 25. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Deste modo, para que se configure a legítima defesa deve haver agressão injusta, atual ou iminente, a direito próprio ou de terceiro. Assim, *agressão* é toda ação humana de violência concreta ou provável dirigida contra bens jurídicos do agredido ou de terceiro; *injusta* é a agressão imotivada ou não provocada pelo agredido; *atual* é a agressão presente, e *eminente* é a agressão que está prestes a acontecer, *direito próprio ou de outrem* qualquer bem jurídico que recebe proteção do Direito.¹⁵

¹⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal : parte geral**. 2. ed. Curitiba : ICPC; Lúmen Juris, 2007. p. 242-244.

¹⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 2000. p. 158-162.

Quando o sujeito se excede na repulsa à agressão, seja valendo-se de meios superiores aos necessários, seja não os utilizando com moderação, haverá excesso, sendo este punível.¹⁶

1.2.3.1.3 Estrito cumprimento de dever legal

A lei penal considera o estrito cumprimento do dever legal justificção exclusiva de funcionário público, o qual age, nos estritos limites do dever, agasalhado pelo manto jurídico ou ordem de superior hierárquico. Caso exceda tais limites poderá ser excluída a justificção da conduta, tornando-se antijurídica, bem como, ao particular agredido poderá ser permitida a legítima defesa.¹⁷

O cumprimento de ordem manifestamente ilegal pelo subordinado enseja responsabilização deste pelo injusto praticado, pois não são obrigatórias, caso seja duvidosa sua antijuridicidade, não.

1.2.2.1.4 Exercício regular de direito

A lei penal considera o exercício regular de direito, a conduta do particular que age exercendo direito seu e de modo regular causa de justificção.

O fundamento dessa exclusão está em que o ordenamento jurídico tem que ser harmônico entre si, assim, sempre que o Direito permite uma conduta, essa mesma conduta não pode, ao mesmo tempo, ser permitida por lei extrapenal e punida pela lei penal, desde que não ultrapassados

¹⁶ DELMANTO, Celso...[et al]. **Código penal comentado**. 6. ed. atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Renovar, 2002. p. 49.

¹⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal : parte geral**. 2. ed. Curitiba : ICPC; Lúmen Juris, 2007. p. 257-260.

os limites em que é facultado o exercício, pois se excedidos esses limites, poderá haver abuso de direito, excluindo-se a justificação.¹⁸

1.2.4 A culpabilidade

A culpabilidade não se esgota na relação de desconformidade entre ação e ordem jurídica, mas ao contrário, a *reprovação pessoal* contra o agente do fato fundamenta-se quando ele puder determinar-se de acordo com o dever jurídico, e assim não o faz. Para justificar a imposição de uma sanção, não é suficiente que o autor tenha obrado típica e antijuridicamente. O juízo de desvalor somente pode ser emitido quando existir a possibilidade de formular uma reprovação ao autor do fato. E essa possibilidade só existirá quando, no momento do fato, o autor puder determinar-se de outra maneira, isto é, pelo dever jurídico.¹⁹

Com a teoria normativa pura, o princípio da culpabilidade passou a ser examinado sob dois aspectos: um na tipicidade e outra na culpabilidade.²⁰

O princípio significa, em nível de tipicidade, que para existir conduta típica é necessária existir o dolo ou a culpa. Caso a conduta não seja dolosa ou culposa ela será atípica. Conseqüentemente, para que seja penalmente relevante, o resultado decorrente da conduta do agente, deve ter sido realizada pela vontade do agente, o agente deve ter,

¹⁸ DELMANTO, Celso...[et al]. *Código penal comentado*. 6. ed. atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Renovar, 2002. p. 45.

¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 1 vol. 9. ed. São Paulo : Saraiva, 2004. p. 351.

²⁰ PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido : na teoria do delito*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001. p. 62.

necessariamente, querido o resultado. É o chamado *nullum crimen sine culpa*, garantido constitucionalmente.²¹

O princípio, em nível de culpabilidade, preceitua a impossibilidade de ser imposta uma pena ao agente se não lhe pode exigir uma conduta de conformidade com o direito. É o chamado princípio de culpabilidade, que tem como pressuposto lógico a liberdade de manifestação da vontade humana.²²

Doutrinariamente CIRINO DOS SANTOS²³ expõe:

“O conceito de culpabilidade como juízo de valor negativo ou reprovação do autor pela realização não justificada de um crime, fundado no poder de agir conforme a norma, em condições de normalidade do fato, parece constituir a expressão contemporânea dominante do conceito *normativo* de culpabilidade: o juízo de valor da culpabilidade tem por *objeto* o tipo de injusto (realização não justificada de um crime) e por *fundamento* o poder atribuído ao sujeito de agir conforme a norma, resultante da consciência real ou possível da antijuridicidade; o poder atribuído ao sujeito de agir conforme a norma pode ser excluído nas hipóteses de incapacidade de culpabilidade ou de *inevitável* desconhecimento do tipo de injusto; pode ser reduzido nas hipóteses de capacidade relativa de culpabilidade ou de *evitável* desconhecimento do injusto; finalmente, o sujeito pode ser exculpado em situações de *anormalidade* das circunstâncias do fato, determinantes de *anormal* motivação da vontade, que fundamentam a idéia de inexigibilidade de comportamento conforme a norma.”

Segundo a concepção finalista, os elementos que integram a culpabilidade são: a) a imputabilidade; b) possibilidade de

²¹ PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido : na teoria do delito*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001. p. 62.

²² PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido : na teoria do delito*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001. p. 62.

²³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 2000. p. 204.

conhecimento da ilicitude do fato; c) exigibilidade de obediência ao Direito²⁴.

É através da censurabilidade da conduta, da reprovabilidade do comportamento do agente que se pode ter um juízo de reprovação sobre o indivíduo que comete um crime. Tal Juízo se fundamenta na capacidade do sujeito compreender e querer cometer o delito, na possibilidade de consciência da ilicitude e na exigibilidade de conduta diversa.

Para Pierangeli²⁵ os motivos e metas do agente, o sentimento resultante do delito e o grau de contrariedade ao dever constituem circunstâncias que irão determinar uma agravação ou uma atenuação da reprovabilidade da conduta, já os vínculos que se estabelecem entre sujeitos ativos e passivo, as razões de gratidão e de confiança figuram como critério avaliador do grau de culpabilidade.

²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 1 vol. 9. ed. São Paulo : Saraiva, 2004. p. 353.

²⁵ Cf. PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido : na teoria do delito*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001. p. 70.

CAPÍTULO II

O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO NA TEORIA DO DELITO

2.1 INTRODUÇÃO

A lei brasileira é omissa em reconhecer causas supralegais de exclusão de antijuridicidade, mas a doutrina e a jurisprudência admitem tal possibilidade. Em nosso ordenamento jurídico temos, além das hipóteses de exclusão de antijuridicidade enumeradas na lei penal, o consentimento do ofendido como causa excludente supralegal.

A palavra consentimento vem do latim *consentire* e, e, no seu sentido originário exprime a concordância entre as partes ou uniformidade de opinião²⁶.

Para Paulo José da Costa Júnior²⁷ “o consentimento é um ato de disposição de direitos.”

2.2 TEORIAS DO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO

2.2.1 Teoria de Feuerbach

Segundo PIERANGELI²⁸, Feuerbach, no início do século passado afirmou que:

²⁶ PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido : na teoria do delito**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001. p. 72.

²⁷ COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed. reform. e atual. São Paulo : Saraiva, 1996. p. 112.

²⁸ Feurbach apud PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido : na teoria do delito**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001. p. 73.

Enquanto uma pessoa pode renunciar de seus direitos através de um ato declaratório de sua vontade, o consentimento para o fato da parte do prejudicado elimina o conceito de delito. Se o direito está subtraído à livre manifestação da vontade do autorizado ou se este é incapaz da sua livre disposição, o consentimento não tem efeito jurídico algum.

Assim, para que o consentimento seja válido vai depender da natureza do direito e da possibilidade de disposição do bem jurídico.

2.2.2 Teoria do negócio do jurídico

Segundo Pierangeli a teoria do negócio jurídico foi desenvolvida por Zitelmann, construída a partir do disposto nos §§ 182 e seguintes do Código Civil alemão (BGB) e consiste tal teoria no consentimento como um negócio jurídico de Direito privado; a sua natureza negocial visa garantir ao consenciente a realização da conduta típica.²⁹

Conforme ZITELMANN³⁰, uma vez admitida a natureza de negócio jurídico ao consentimento, pode-se explicar a sua eficácia como causa de exclusão da antijuridicidade, pois os princípios que regulam os negócios jurídicos existem em si mesmos no Direito privado, onde a pessoa possui o poder de determinar, dentro de certos limites, os próprios fundamentos jurídicos.

Apesar desta teoria ser defendida por grande parte da doutrina que admite a possibilidade de adoção de critérios civilísticos no Direito Penal, recebe severas críticas por apresentar falhas que a tornam inaceitável diante do desenvolvimento da dogmática moderna. A não aceitação da teoria do negócio jurídico resulta da própria natureza

²⁹ PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido : na teoria do delito**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001. p. 74.

³⁰ Zitelmann apud PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido : na teoria do delito**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001. p. 75.

negocial do consentimento já que a manifestação da vontade para produzir efeitos deve estar em harmonia com o ordenamento jurídico.³¹

2.2.3 Teoria da ação jurídica

De acordo com esta teoria, defendida por Beling, se o titular do bem jurídico tutelado consente na sua perda, redução ou exposição a perigo é porque não mais considera esse bem como de valor, devendo ser considerada lícita a conduta já que os bens tem proteção jurídica enquanto o seu titular os considera e trata como bens de valor. O bem juridicamente protegido perde essa proteção no momento em que seu titular permite a ofensa a esse bem.³²

A teoria da renúncia a proteção jurídica, juntamente com a do negócio jurídico dominante na doutrina, mostra-se muito útil no Direito Civil, entretanto no Direito Penal mostra somente uma das faces que o instituto apresenta.

Há de se ressaltar que esta teoria possui variantes tornando-se importante ressaltar as posições de Mezger e Welzel.

Mezger se posiciona próximo da teoria da ação jurídica, mas segundo ele, a exclusão da ilicitude embasa-se na falta de interesse do titular do bem juridicamente protegido. Pressupõe a disposição consciente do bem jurídico por parte daquele que, legitimamente, tem a capacidade de dispor. Assim, o consentimento só será eficaz quando o titular da ação e do objeto de proteção é o mesmo, caso contrário, há a

³¹ PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido : na teoria do delito**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001. p. 77-8.

³² PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido : na teoria do delito**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001. p. 79.

conservação da antijuridicidade da ação apesar do consentimento do ofendido.³³

Para Welzel, que segue a teoria da ação jurídica, se a conduta estiver de conformidade com o consentimento, este a torna lícita, porém, a validade do consentimento é limitada pelos bons costumes, que se contrariados, tornam a conduta ilícita. O consentimento deve ser sério, lúcido e corresponder à verdadeira vontade do consentimento para ser válido.³⁴

2.3 A AQUIESCÊNCIA DO TITULAR DO BEM JURÍDICO

A conceituação de aquiescência é difícil, uma vez que por vezes ela apresenta-se como causa de atipicidade, outras como causa de justificação e em alguns casos, ainda resulta irrelevante.

Sob a denominação de aquiescência, a doutrina moderna procura abranger tanto o consentimento como o acordo, porém possuem natureza diversa. O acordo, mesmo que não seja conhecido pelo autor, mas apenas por existir, funciona como causa de atipicidade porque torna a conduta atípica provocando uma vontade que não guarda ligação ao tipo objetivo; já o consentimento requer o seu conhecimento por parte do autor, por ser uma causa de justificação e o seu conhecimento torna conhecida a antijuridicidade, que se faz no plano da culpabilidade.³⁵

A aquiescência tomada como acordo implica na exclusão da tipicidade, enquanto que a aquiescência tomada como consentimento

³³ Cf. PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido : na teoria do delito**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001. p. 79-80.

³⁴ PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido : na teoria do delito**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001. p. 80.

³⁵ PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido : na teoria do delito**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001. p. 96.

gera a exclusão da antijuridicidade (ou opera-se como causa de justificação).

A aquiescência como causa de exclusão da tipicidade ocorre nos casos em que há a necessidade de dissentimento da vítima, se este consente, não há tipicidade, conseqüentemente não há crime, pois a concordância da vítima em tais situações atua como excludente de tipicidade.

Neste sentido, nos coloca Aníbal Bruno que quando um dos elementos do tipo é o não consentimento do titular do bem jurídico, se este consente, “o tipo não se configura e não existe crime.”³⁶

Pierangeli³⁷ cita como exemplos de inexistência de crime, tendo em vista o consentimento do titular, o delito de invasão de domicílio (artigo 150 do Código Penal), que ocorre quando o titular do bem jurídico consente no ingresso ou na permanência do agente em sua casa ou em dependência desta e a violação de correspondência.

De fato, o consentimento do ofendido pode funcionar como causa excludente da tipicidade, da ilicitude da conduta. Se ocorrer o consentimento do ofendido para entrar ou permanecer no domicílio da vítima, não há obviamente adequação típica, logo não há crime.

Porém, se o consentimento do ofendido não faz parte do tipo penal como elemento, tratando-se de pessoa capaz e objeto jurídico disponível, ocorre a exclusão da ilicitude do fato.

No crime de dano do artigo 163 do Código Penal não há crime quando o ofendido consente na danificação do objeto material, contudo é necessário que o consentimento seja válido para ser considerado válido.

³⁶ PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido : na teoria do delito**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001. p. 97.

³⁷ PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido : na teoria do delito**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001. p. 97.

O consentimento do ofendido constitui justificação quando o titular do bem possa dele dispor, contudo, se a conduta afetar também um bem ou interesse da coletividade, o consentimento justificante não terá eficácia.³⁸

Nas palavras de PIERANGELI³⁹:

“O consentimento do ofendido pode se constituir em causa de exclusão da antijuridicidade unicamente nos delitos em que o único titular do bem ou interesse juridicamente protegido é a pessoa que aquiesce (“acordo” ou “consentimento”) e que pode livremente dele dispor. De uma maneira geral, estes delitos podem ser incluídos em quatro grupos diversos: a) delitos contra bens patrimoniais; b) delitos contra a integridade física; c) delitos contra a honra; e, d) delitos contra a liberdade individual.”

Assim, o consentimento do ofendido pode ser causa de exclusão da antijuridicidade somente nos delitos em que o único titular do bem jurídico ou interesse juridicamente protegido é a pessoa que consente e que pode livremente dele dispor.

Paulo José da Costa Junior⁴⁰ afirma ser o consentimento um ato de vontade e “será ele válido e eficaz sempre que o ato de vontade for livre. Para tanto, deverá estar presente no momento da lesão do direito”.

Doutrinariamente BITENCOURT⁴¹ expõe:

Enfim, são duas formas distintas de o consentimento do ofendido influir na tipicidade: para excluí-la, quando o tipo pressupõe o dissenso da vítima; para integrá-la,

³⁸ <http://calvados.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewFile/7163/5114>. TAVARES, Juarez. **O consentimento do ofendido no direito penal**. Acesso em: Mai. 2007.

³⁹ PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido : na teoria do delito**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001. p. 98.

⁴⁰ COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed. reform. e atual. São Paulo : Saraiva, 1996. p. 112.

⁴¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 1 vol. 9. ed. São Paulo : Saraiva, 2004. p. 306.

quando o assentimento da vítima constitui elemento estrutural da figura típica.

Destarte, podemos depreender que o fundamento do consentimento como causa supralegal de justificação está naqueles casos onde há a necessidade de dissentimento do titular do bem jurídico e quando se tratar de bens disponíveis.

Todo bem jurídico tutelado que não se encontra mais no rol dos bens jurídicos de interesse do particular, que por sua natureza disponíveis e que não vão de encontro aos bons costumes, são passíveis de serem abdicados pôr seu titular.

Prosseguindo em seu estudo, BITENCOURT⁴² afirma:

De qualquer sorte, nenhuma dessas modalidades de consentimento configura o consentimento justificante. Mas o consentimento justificante poderá existir, quando decorrer de vontade juridicamente válida do titular de um bem disponível. O consentimento do titular do bem jurídico disponível afasta a contrariedade à norma jurídica, ainda que eventualmente a conduta consentida venha a se adequar a um modelo abstrato de proibição. Nesse caso, o consentimento opera como causa justificante supralegal, afastando a proibição da conduta, como, por exemplo, nos crimes de cárcere privado (art. 148), furto (art. 155), dano (art. 163), etc.

Portanto, nas figuras em que o dissentimento da vítima não se encontra descrito no tipo penal, o consentimento funciona como causa supralegal de exclusão da ilicitude, afastando a proibição da conduta, conseqüentemente o crime.

Continua BITENCOURT:

⁴² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 1 vol. 9. ed. São Paulo : Saraiva, 2004. p. 306.

A doutrina tem apontado como necessários ao consentimento justificante os seguintes requisitos:

a) que a manifestação do ofendido seja livre, sem coação, fraude ou outro vício de vontade; b) que o ofendido, no momento de consentir, possua capacidade para fazê-lo, isto é compreenda o sentido e as consequências de sua aquiescência; d) que o fato típico se limite e se identifique como o consentimento do ofendido.

Para CIRINO DOS SANTOS⁴³ “o consentimento do ofendido constitui renúncia à proteção penal de bens jurídicos disponíveis e pode ter eficácia excludente da tipicidade da ação ou da antijuridicidade da ação típica”. A moderna doutrina diferencia o consentimento real e o consentimento presumido do ofendido, conferindo efeito excludente da antijuridicidade ao consentimento presumido, e ao consentimento real do ofendido, sob a forma de concordância, efeito excludente do tipo; e sob a forma de consentimento, efeito excludente de antijuridicidade. Ao consentimento real permite-se atribuir efeito excludente da tipicidade, podendo também lhe ser conferido o efeito de exclusão da antijuridicidade, como causa supralegal de justificação.

O consentimento real desvalora o resultado e, em decorrência, descaracteriza o próprio tipo penal; o titular do bem jurídico demonstra desinteresse na proteção do bem jurídico, não gerando nenhum conflito entre a vítima e o agente.

Ressalta CIRINO DOS SANTOS⁴⁴ que:

O consentimento real do ofendido, no caso de bem jurídico disponível, tem eficácia excludente da tipicidade da ação, porque o tipo legal protege a vontade do portador do bem jurídico, cuja renúncia representa exercício da liberdade constitucional de ação, por exemplo: na área da liberdade pessoal, o seqüestro ou cárcere privado consentidos; na área de liberdade sexual, a relação sexual consentida

⁴³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 2000. p. 193.

⁴⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 2000. p. 194.

(exceto hipótese de absoluta incapacidade de decisão válida); na área da propriedade, a subtração ou apropriação consentida de coisa alheia móvel. Às vezes, o poder de disposição do bem jurídico depende da extensão, da finalidade ou de outros aspectos da lesão respectiva: o consentimento real não exclui a tipicidade de lesões corporais graves, especialmente de lesões perigosas para a vida em brigas-de-rua, por exemplo; mas, o consentimento real exclui a tipicidade nas cirurgias médicas, em geral, incluindo esterilizações, extração de órgãos em vivos para transplante, cirurgias corretivas de anomalias sexuais em indivíduos transexuais, etc.; admite-se, mesmo, efeito excludente da tipicidade em lesões sadomasoquistas, como práticas da esfera privada da vida, sem dano social. Entretanto, o consentimento real é ineficaz em relação a bem juridicamente indisponível, por exemplo, a vida humana – tabu só quebrado pela legítima defesa e certas situações do estado de necessidade –, valendo o consentimento real apenas como redução de pena; ou em relação a bens jurídicos da comunidade, como a falsificação de documento, por exemplo, que fere a credibilidade da circulação jurídica, etc.

Sendo bem jurídico disponível, o consentimento real do ofendido, exclui a tipicidade da conduta, porque o tipo penal protege a vontade do titular legítimo do bem, cujo desinteresse representa mero exercício da liberdade constitucional do direito de ação. São exemplos de bens jurídicos disponíveis os direitos patrimoniais, alguns atributos da personalidade, como a honra, a liberdade moral e pessoal, a liberdade sexual, a domiciliar. Contudo, se não for caso de legítima defesa ou certas situações de estado de necessidade e se tratar de bem jurídico indisponível, o consentimento é ineficaz servindo apenas como base de diminuição de pena. São exemplos de direitos indisponíveis a vida e a integridade física.

A capacidade concreta de entendimento do ofendido é ponto determinante na capacidade do mesmo consentir, independentemente da idade do portador do bem jurídico, apesar disso, a idade é o primeiro indicador de capacidade de consentimento: até 14 anos, incapacidade de

consentimento; entre 14 e 18 anos, possível capacidade de consentimento; a partir de 18 anos, capacidade de consentimento.⁴⁵

Somente o consentimento de agente capaz tem eficácia. A “capacidade deve ser inferida no caso concreto, independentemente do grau de imputabilidade” do agente. “O consentimento deve se referir à espécie e forma da ação típica, sendo, sempre, anterior à manifestação de vontade do sujeito ativo.”⁴⁶

O consentimento, como ato de vontade que é, deve ser livre, pois se haver vícios ou defeitos de consentimento este pode ser excluído. A capacidade de consentimento deve existir como capacidade de compreensão da natureza e das conseqüências da renúncia ao bem jurídico respectivo; por outro lado, o engano exclui o consentimento se tal fato motivar defeito ou vício sobre o bem jurídico. Por exemplo: B aplica injeção de tranquilizante em A, omitindo informação sobre efeito prejudicial à saúde; o erro exclui o consentimento sempre que ocorrer como expressão de equívoco pessoal ou de engano provocado por terceiro; enfim, a violência real ou ameaçada exclui o consentimento porque bloqueia a vontade do ofendido⁴⁷.

A teoria da mediação é a principal teoria sobre a manifestação do consentimento, e para a qual é necessária a exteriorização do consentimento, porque é através dela que o autor saberá os limites desse consentimento; até onde é permitido ir. O consentimento deve ser anterior ao fato, caso seja posterior ao fato este é irrelevante e pode ser revogado a qualquer momento. Não obstante o consentimento pode ser expresso ou tácito, desta forma, pode ser exprimido de qualquer modo, dispensando o uso de palavras.

⁴⁵ Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 2000. p. 196.

⁴⁶ <http://calvados.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewFile/7163/5114>. TAVARES, Juarez. *O consentimento do ofendido no direito penal*. Acesso em: Mai. 2007.

⁴⁷ Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 2000. p. 196-7.

“Se o portador do bem jurídico é incapaz, o consentimento pode ser manifestado pelos pais, mas o representante legal não pode consentir em decisões existenciais, como, por exemplo, extração de órgãos para transplante.”⁴⁸

Para COSTA JÚNIOR⁴⁹ “o consentimento, enquanto ato da vontade, pode ser expresso ou tácito, quando resultante de comportamento inequívoco.” O autor cita como exemplo o fato de alguém se apossar de algo que outrem acaba de jogar no lixo ou quando se age em benefício do titular do direito, como no caso de invasão de domicílio alheio para apagar um incêndio, ou reparar um cano d’água que se rompeu, poderá ser presumido o consentimento.

O consentimento real exclui a tipicidade da ação; funda-se na liberdade de ação do titular do bem jurídico disponível, já o consentimento presumido funciona como causa supralegal de justificação da ação típica. O consentimento real é manifestado claramente pelo portador do bem jurídico, por isso não há a necessidade da presunção; se, ao contrário, o consentimento manifestado não foi manifestado, então o consentimento do ofendido pode ser presumida.

No consentimento presumido pode ocorrer⁵⁰: a) o consentimento não foi declarado, porém a vítima consentiria se perguntada: por exemplo, cirurgia urgente em vítima inconsciente de acidente (neste caso deve-se ter em vista se é possível esperar o consentimento da vítima sem prejudicá-la, se for possível, então, o consentimento não poderá ser presumido), b) o consentimento do ofendido poderia ser obtido, mas é desnecessário: por exemplo,

⁴⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 2000. p. 198.

⁴⁹ COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. reform. e atual. São Paulo : Saraiva, 1996. p. 112.

⁵⁰ Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 2000. p. 199.

entrar na casa alheia para apagar incêndio (se o autor tinha conhecimento de que o morador não aceitaria sua entrada na casa, o consentimento não pode ser presumido). Destarte, o consentimento presumido se pressupõe perante as circunstâncias.

“Distingue-se o consentimento presumido do putativo. Age igualmente sem dolo o que ofende um direito disponível, na suposição errônea de que o titular tenha emprestado o seu consentimento⁵¹.”

No consentimento putativo o agente crê na existência de um consentimento que não houve, já o consentimento presumido o autor tem total conhecimento da inexistência do consentimento.

~

⁵¹ COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed. reform. e atual. São Paulo : Saraiva, 1996. p. 112.

CAPÍTULO III

O AGENTE E O CONSCIENTE

3 VALIDADE DO CONSENTIMENTO

No ensinamento de TAVARES⁵² “a justificativa do consentimento só funciona onde o bem ameaçado se inclua entre os denominados bens disponíveis.” Assim, desde que o titular do bem, juridicamente protegido, seja o Estado ou a coletividade, não se admite validade ao consenso.

Desta forma, nos crimes contra o Estado e a sociedade, a justificativa do consentimento é inaplicável, caso contrário a própria coletividade arcaria com o prejuízo advindo. Portanto, é insuscetível de renúncia.

De acordo com TAVARES⁵³:

Se o interesse privado predomina integralmente, o consentimento exclui a antijuridicidade, em decorrência da qualidade renunciável do bem. Se de outro modo, os interesses coletivos prevalecem, subsiste a antijuridicidade, apesar do consenso, por se tratar de bem irrenunciável. Restam, pois, poucos delitos para a justificativa do consentimento. Entre os bens particulares renunciáveis, que podem, portanto, sujeitar-se à sua atuação, há quase unanimidade em mencionar-se a honra, a liberdade pessoal, a integridade corporal, assim como todos os bens jurídicos patrimoniais. Quanto à vida, esta é evidentemente irrenunciável.

⁵² <http://calvados.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewFile/7163/5114>. TAVARES, Juarez. **O consentimento do ofendido no direito penal**. Acesso em: Mai. 2007.

⁵³ <http://calvados.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewFile/7163/5114>. TAVARES, Juarez. **O consentimento do ofendido no direito penal**. Acesso em: Mai. 2007.

Para o consentimento ter validade, o desinteresse pela proteção jurídica do bem deve ser admitida pelo direito, e a manifestação de renúncia deve ser feita por quem de direito, ou seja, a pessoa deve ser o portador do interesse protegido ou possuir poderes para dispor do bem.

O consentimento deve ser dado pelo titular do bem jurídico e só terá validade a manifestação de vontade de quem é capaz de discernir, de consentir, pois se o consentimento for viciado ou defeituoso poderá ser desconsiderado, bem como se contrariar os bons costumes.

Segundo BRUNO⁵⁴ “é preciso que o ato não colida com as normas de cultura – com os costumes e exigências ético-sociais.” Se o fato atentar contra os bons costumes, o consentimento não terá eficácia porque o ato é imoral ou reprovável.

Também, é necessário que o consentimento tenha sido manifestado anteriormente ao acontecimento ilícito, observado que o mesmo pode ser livremente revogado, ou seja, o titular do bem jurídico pode não mais consentir.

É inegável a validade do consentimento ainda que feito de maneira não individualizada, possibilitando a todas as pessoas físicas que queiram praticarem o fato delituoso. Desta forma, a conduta pode ser praticada por mais de uma pessoa, pois “a justificação a todos aproveita.” Destarte, “ninguém pode lesar ou por em perigo um bem jurídico cujo titular renunciou à tutela estabelecida pela ordem jurídica.”⁵⁵

⁵⁴ Anibal Bruno apud <http://calvados.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewFile/7163/5114>. TAVARES, Juarez. **O consentimento do ofendido no direito penal**. Acesso em: Mai. 2007.

⁵⁵ PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido : na teoria do delito**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001. p. 130.

Contudo, se a conduta for praticada por duas ou mais pessoas em concurso e somente uma delas tiver o consentimento, este não beneficiará os demais. O consentimento pode ser expresso ou tácito⁵⁶.

Importante salientar que o consentimento é revogável até o momento em que o agente executa o fato consentido, podendo ser a revogação tácita ou expressa, devendo ser de forma clara e determinante.

No entender de Pierangeli "o consentimento é revogável até o momento em que o agente executa o fato consentido", podendo ser a revogação tácita ou expressa, obedecendo a forma em que o consentimento assumiu, ou seja, se "expressa foi a forma da aquiescência, expressa deve ser a forma de sua revogação; se tácita, também será válida a revogação tácita" Também, segundo o autor é possível que o consentimento seja tanto expresso como tácito, mas independentemente deste ser tácito ou expresso, ele "deve ser claro, sério, livre e determinado".⁵⁷

3.1 REQUISITOS PARA O CONSENTIMENTO VÁLIDO

O consentimento para ser válido e eficaz deve observar alguns requisitos: objetivos e subjetivos. Entre os requisitos objetivos estão: a capacidade de consentir e a anterioridade do consentimento; entre os requisitos subjetivos estão: a ciência do consenso e a vontade de atuar, isto é, capaz, segundo sua maturidade psíquica e moral, de reconhecer o significado e o alcance da renúncia ao bem jurídico e de julgá-lo justamente, não se exigindo para isto uma determinada idade.

⁵⁶ PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido : na teoria do delito**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001. p. 131.

⁵⁷ PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido : na teoria do delito**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001. p. 153.

Só se justifica o fato, se, além do consentimento objetivo, o agente possuir o conhecimento da sua declaração ou existência. O desconhecimento do agente acerca do consenso é irrelevante, respondendo ele por crime consumado. Se, entretanto, supõe erradamente a existência do consentimento ausente na realidade, pode ter sua culpabilidade excluída, se o erro for invencível.⁵⁸

3.1.1 Requisitos objetivos

3.1.1.1 Capacidade de consentir

Somente o consentimento de agente capaz tem eficácia.

A capacidade de consentimento deve existir como capacidade de compreensão da natureza e das conseqüências da renúncia ao bem jurídico respectivo; por outro lado, se tal fato motivar engano, gerando defeito ou vício sobre o bem protegido, exclui-se o consentimento. No exemplo dado pelo ilustre mestre Cirino dos Santos: B aplica injeção de tranqüilizante em A, omitindo informação sobre efeito prejudicial à saúde; o erro exclui o consentimento sempre que ocorrer como expressão de equívoco pessoal ou de engano provocado por terceiro; enfim, a violência real ou ameaçada exclui o consentimento porque bloqueia a vontade do ofendido⁵⁹.

Somente o consentimento de agente capaz tem eficácia, sendo que tal capacidade deve ser aferida no caso concreto, independentemente do grau de imputabilidade do agente, devendo, contudo, ser sempre, anterior à manifestação de vontade do sujeito ativo.”⁶⁰

⁵⁸ <http://calvados.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewFile/7163/5114>. TAVARES, Juarez. **O consentimento do ofendido no direito penal**. Acesso em: Mai. 2007.

⁵⁹ Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 2000. p. 196-7.

⁶⁰ <http://calvados.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewFile/7163/5114>. TAVARES, Juarez. **O consentimento do ofendido no direito penal**. Acesso em: Mai. 2007.

A capacidade concreta de entendimento do ofendido é ponto determinante na capacidade do mesmo consentir, independentemente da idade do portador do bem jurídico, apesar disso, a idade é o primeiro indicador de capacidade de consentimento: até 14 anos, incapacidade de consentimento; entre 14 e 18 anos, possível capacidade de consentimento; a partir de 18 anos, capacidade de consentimento.⁶¹

Se o portador do bem jurídico é incapaz, o consentimento pode ser manifestado pelos pais ou responsáveis, “mas o representante legal não pode consentir em decisões existenciais, como, por exemplo, extração de órgãos para transplante.”⁶²

3.1.1.2 Anterioridade do consentimento

É necessário que o consentimento tenha sido manifestado anteriormente ao acontecimento ilícito, observado que o mesmo pode ser livremente revogado, ou seja, o titular do bem jurídico pode não mais consentir.

A comunicação do consentimento é fator determinante, porque o autor deve agir dentro dos limites do consentimento e, para que isso ocorra, o consentimento deve ser anterior ao fato, pois se for posterior é irrelevante, por outro lado, o consentimento pode ser revogado a qualquer momento. Inobstante “o consentimento pode ser expresso ou tácito, dispensando o uso de palavras na relação sexual, o consentimento pode ser manifestado de qualquer modo, como, por exemplo, a reação do bem juridicamente protegido.”⁶³

⁶¹ Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 2000. p. 196.

⁶² SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 2000. p. 198.

⁶³ Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal : parte geral**. 2. ed. Curitiba : ICPC; Lumen Juris, 2007. p. 269.

Se o portador do bem jurídico é incapaz, o consentimento pode ser manifestado pelos pais ou responsáveis.

3.1.2 Requisitos subjetivos

3.1.2.1 Ciência do consenso e vontade de atuar

Para que ocorra o consentimento, a renúncia à proteção do bem jurídico deve ser permitida pelo Direito, o consenciente deve ser o titular do interesse protegido ou estar autorizado a dispor do bem jurídico, bem como deve ser, independentemente do grau de sua imputabilidade, capaz de reconhecer o significado e os efeitos da sua renúncia (consciência), a qual deve ser livre de vícios e defeitos que a maculem, observando que a manifestação da vontade deve ser sempre anterior à conduta, pois o autor deve agir dentro dos limites do consentimento. Salientando que o consentimento pode ser livremente revogado.

A vontade de atuar caracteriza-se pela maturidade psíquica e moral do agente de reconhecer o significado e o alcance da renúncia ao bem jurídico e de julgá-lo, não se exigindo para isto uma determinada idade.

3.2 O CONSENTIMENTO E SEU TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL

O consentimento do ofendido, apesar de não estar tipificado é de grande relevância penal, pois através deste é possível se estabelecer se houve ou não crime.

A jurisprudência tem adotado o consentimento do titular do bem jurídico, principalmente, nos casos de furto, estupro, violação de domicílio, rapto, aborto, entre outros.

A respeito, jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

"Estupro. Reconhecimento da Violência Presumida. Impossibilidade. Jovem madura com idade próxima ao limite legal. É indubitoso que, nos dias atuais, não se pode mais afirmar que uma jovem, na pré-adolescência, continue como na década de 40, a ser uma insciente das coisas do sexo. Na atualidade, o sexo deixou de ser um tema proibido, para se situar em posição de destaque na família, onde é discutido livremente por causa da AIDS, nas escolas, onde adquiriu o "status" de matéria curricular e nos meios de comunicação de massa, onde se tornou assunto corriqueiro. A quantidade de informações, de esclarecimentos, de ensinamentos sobre sexo flui rapidamente e sem fronteiras, dando as pessoas, inclusive as de menos de 14 anos de idade, uma visão teórica da vida sexual, possibilitando-a a rechaçar as propostas de agressões que nessa esfera se produzem-se a uma consciência bem clara e nítida da disponibilidade do próprio corpo. Sob pena do conflito da lei com a realidade social, não se pode mais excluir completamente, nos crimes sexuais, a apuração do elemento volitivo da ofendida, de seu consentimento, sob o pretexto de que continua não podendo dispor livremente de seu corpo, por faltar-lhe capacidade fisiológica e psico-ética". TJRS. Apel. Criminal nº 698248671. 6ª C.Crim. Rel. Sylvio Baptista Neto. J. 15.10.1998.



Nesse mesmo sentido, jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo:

"Sob pena de conflitarem lei e realidade social, não se pode mais afirmar que se exclui completamente, nos crimes sexuais, a apuração do elemento volitivo da pessoa ofendida, de seu consentimento sob o pretexto de continua não podendo dispor livremente do seu corpo, por faltar-lhe capacidade biológica e psico-ética. A pressão exercida pela realidade social tem sido de tal ordem que a presunção de violência decorrente das circunstâncias da ofendida dispor de idade inferior de 14 anos se relativizou

(...) Em decorrência do exposto, a tais situações de relativização da presunção deve ser acrescida uma outra, ou seja, exclui-se a presunção de violência quando a pessoa ofendida, embora com menos de 14 anos de idade, deixa claro e patente ter maturidade suficiente para exercer a sua capacidade de auto-determinar-se no terreno da sexualidade. Se dela partir a iniciativa ou a provocação do ato sexual, ou se ela adere prontamente ao convite de caráter sexual, que o agente lhe dirige, constitui um verdadeiro contra senso entender que sofreu uma violência". TJSP. Ap. Crime nº 93117-3. Rel. Des. Márcio Bartoli.

Nesse mesmo sentido, jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

· "Crime de violação de domicílio. O consentimento da esposa do chefe da casa, na ausência deste, exclui a ação criminosa de quem penetra no lar, com o consentimento da mesma" .STF. RHC nº 46.151-SP. 2ª Turma. Rel. Min. Adalício Nogueira. J. 24.09.1968

Nos casos em que o dissenso é elemento do tipo, o consentimento válido exclui a tipicidade (exemplo é o delito de violação de domicílio - CP, art. 150), o dissenso do sujeito passivo funciona como elemento do tipo. De modo que a presença de seu consentimento torna atípico o fato e, nos casos em que o dissenso não faz parte do tipo, o consentimento válido exclui a antijuridicidade. Há, ainda, aqueles casos em que o consentimento é que caracteriza o delito, como nos casos do rapto consensual, sedução e o aborto provocado terceiro com o consentimento da gestante.

Nas situações que envolvem parceiros que desenvolvem jogos ou brincadeiras sexuais, entre pessoas adultas e capazes (no sentido jurídico do termo), que consentem em serem dominados, aprisionados ou em sofrer lesões leves, que não lhes cause maiores gravames à saúde.

Assim, o *consentimento do ofendido* permite que as pessoas possam dispor de suas vidas como bem queiram, na medida em que não afetem

bens jurídicos indisponíveis, como a vida, a saúde ou integridade física, ou interesse da coletividade, os quais são insuscetíveis de renúncia.

CONCLUSÃO

O Código Penal no seu artigo 23 prevê que a legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal são excludentes da ilicitude, prescrevendo que não há crime quando o agente praticar o fato agindo numa dessas situações. As excludentes que constam no Código Penal (legítima, defesa, estado de necessidade, etc.) não são exaustivas, isto é, comportam outras formas similares de situações que podem definir que determinado fato proibido seja, eventualmente, permitido. É o que acontece com o consentimento do ofendido.

Todo bem jurídico tutelado que não se encontra mais no rol dos bens jurídicos de interesse do particular, que são pör sua natureza disponíveis e que não vão de encontro aos bons costumes, são passíveis de serem abdicados pör seu titular.

Dependendo das circunstâncias do crime e do tipo, o consentimento do titular do bem jurídico assume uma feição, sendo de fundamental importância sua análise, uma vez que em determinadas ocasiões se estiver este presente não há tipicidade ou não há antijuridicidade e, se não há tipicidade ou não há antijuridicidade, não há crime, já que a tipicidade e a antijuridicidade são elementos essenciais do delito.

O consentimento para ser válido e eficaz deve observar alguns requisitos objetivos e subjetivos. Entre os requisitos objetivos estão a capacidade de consentir e a anterioridade do consentimento; entre os subjetivos estão a ciência do consenso e a vontade de atuar.

Somente o consentimento de agente capaz tem eficácia, devendo tal capacidade ser inferida no caso concreto.

O consentimento do titular do bem jurídico pode apresentar-se de quatro maneiras dentro da teoria do delito: como circunstância que é

absolutamente irrelevante (como nos casos em que o bem é indisponível, exemplo: vida); como elemento do tipo que caracteriza o delito (quando o consentimento está presente no tipo como elemento necessário para sua configuração, exemplo: rapto consensual); como elemento do tipo que descaracteriza o delito – causa de exclusão da tipicidade - (quando só existe delito quando inexistente o consentimento, exemplo: furto) e, como causa de exclusão da antijuridicidade (como nos casos em que o consentimento não faz parte do tipo, exemplo: crime de dano).

Isto posto, o consentimento do ofendido pode funcionar como: *a)* causa excludente da tipicidade; ou *b)* causa supralegal de exclusão da antijuridicidade. Quando a conduta contém a falta de consentimento da vítima como elemento do tipo penal, o consenso funciona como causa de exclusão da tipicidade. Nas figuras em que o dissentimento do ofendido não se encontra descrito como elementar o consenso funciona como causa supralegal de exclusão da ilicitude.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 1 vol. 9. ed. São Paulo : Saraiva, 2004.

CINTRA, Antonio Carlos de A., GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo : Ed. Malheiros, 2002.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed. reform. e atual. São Paulo : Saraiva, 1996.

DELMANTO, Celso...[et al]. **Código penal comentado**. 6. ed. atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Renovar, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: parte geral**. 15ª. Ed. Rio de Janeiro : Forense, 1995.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1958.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal: parte geral**. 1. vol. 19. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva. 1995.

LEAL, João José. **Direito penal geral**. São Paulo : Atlas, 1998.

MIRABETTE, Júlio F. **Manual de direito penal: parte geral**. 2. ed. São Paulo : Atlas, 1985.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 27. ed. São Paulo : Saraiva, 1995. v. 1.

PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido : na teoria do delito**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001. p. 15.

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

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal : parte geral**. 2. ed. Curitiba : ICPC; Lúmen Juris, 2007.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo : Ed. Malheiros, 2004.

<http://calvados.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewFile/7163/5114>.

TAVARES, Juarez. **O consentimento do ofendido no direito penal**. Acesso em: Mai. 2007.

VADE MECUM / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. – 3. ed. atual. e ampl. - São Paulo : Saraiva, 2007.