

CAPÍTULO XVI

O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO E A CAPACIDADE PARA CONSENTIR: ANÁLISE CRÍTICA

*Devapi Souza Sampaio**

*Rafael de Souza Figueiredo***

“Da finalidade visada pela busca do fundamento, nasce a ilusão do fundamento absoluto” (Norberto Bobbio).

Sumário • 1. Aspectos Introdutórios – 2. Capacidade de Consentimento: Legislação Comparada – 3. Natureza Jurídica do Consentimento do Ofendido – 4. Critérios Definidores da Capacidade de consentir; 4.1. Critério Etário; 4.2. Critério Subjetivo – 5. Conclusões.

1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

O poder punitivo estatal está intrinsecamente relacionado com o conflito existente entre a autonomia e projeção da liberdade do indivíduo e as expectativas da coletividade. Conforme preleciona Costa Andrade¹, “é por demais conhecido o significado da tensão entre ‘a paixão da liberdade’ e a ‘paixão de ordem’”. Frise-se, no entanto, que é necessário haver equilíbrio entre tais impulsos, sob pena de desembocarmos no autoritarismo ou, diametralmente, na anarquia.

Neste sentido, a repressão penal somente encontrará seu equilíbrio quando limitada pelo princípio da subsidiariedade. É dizer, o Direito Penal deve ser a última dentre todas as medidas a serem consideradas, tutelando unicamente os bens jurídicos mais caros à sociedade². O consentimento do ofendido insere-se neste contexto como importante fator de preservação da intervenção mínima, tornando desnecessário o controle penal de determinadas condutas que, “a priori”, seriam puníveis.

Constitui-se, o consentimento do ofendido, em manifestação válida do titular do bem jurídico, que, voluntariamente, renuncia à proteção penal do bem, submetendo-o a risco ou sacrifício. A doutrina majoritária distingue entre o consentimento

* Graduando da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

** Graduando da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

1. ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 30.

2. ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 35.

que exclui a tipicidade (acordo) e o que funciona como causa suprallegal de exclusão da antijuridicidade. Todavia, parece-nos mais acertado o entendimento de Roxin, para quem o consentimento do titular do bem jurídico afasta a tipicidade. Cirino dos Santos, explicitando a opinião do mestre alemão, aduz:

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 de liberdade constitucional³.

Diante de tal posicionamento, entendemos ser irrelevante a distinção entre consentimento e acordo, existindo apenas o consentimento do titular do bem jurídico, cuja consequência é a exclusão da tipicidade.

O consentimento, para ser válido e eficaz, deve observar alguns requisitos: a) disponibilidade do bem; b) consciência do consentimento por parte do agente; c) a aquiescência necessita ser prévia ou concomitante; d) o agente deve atuar nos limites do consentimento; e) o titular do bem deve ser capaz de consentir⁴.

É acerca deste último requisito, capacidade de consentir, que tratará o presente trabalho. Questão duvidosa é a que visa definir um critério para aferir essa capacidade. Tradicionalmente, a doutrina nacional utiliza um critério etário, sustentando que é capaz de consentir o maior de 18 anos, em analogia com a imputabilidade penal ou com a capacidade civil.⁵

Data venia, ousamos divergir de tais posicionamentos. Entendemos, na esteira de Juarez Tavares⁶ e Wessels⁷, que não se deve estabelecer critérios estáticos, sendo aferível a capacidade única e exclusivamente quando do exame do caso concreto. Mostraremos, outrossim, que referidas posições doutrinárias são, em verdade, construções em *malam partem*, vedadas pelo nosso ordenamento jurídico.

2. CAPACIDADE DE CONSENTIMENTO: LEGISLAÇÃO COMPARADA

É inegável a importância do estudo do direito comparado como método de investigação e compreensão do direito. Nos dizeres de Zaffaroni e Batista: “É fácil

-
1. ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.35.
 2. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p.263.
 3. Cf. PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro. Parte Geral*, v. I, 5ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.402.
 4. Neste sentido, JESUS, E. Damásio. *Direito Penal (parte geral)*. 26ª ed., v.I, São Paulo: Saraiva, 2003, p.403. e PIERANGELI, José Henrique. *O Consentimento do Ofendido na Teoria do Delito*. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.138.
 5. TAVARES, Juarez. *O consentimento do ofendido no direito penal*. Revista da Faculdade de Direito da Ufpr, Curitiba, 1969. Disponível em <<http://calvados.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/7163/5114>>. Acessado em: 13 jun. 2007.
 6. WESSELS, Johannes. *Direito Penal – Parte Geral*. Tradução: Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1976, p. 78-79.

comprovar não haver sistemas que sejam construídos sem receber influências de outros, estruturados para outros países”⁸

Nada obstante a importância do consentimento do ofendido, são raros os Códigos Penais que tratam desse instituto em suas partes gerais, sendo tarefa ainda mais árdua encontrar dispositivos normativos que especifiquem a capacidade de consentir. Como lembra Costa Andrade, “a maioria das codificações limita-se a algumas normas esparsas na Parte Especial, regulando apenas aspectos parcelares do consentimento”⁹.

A análise das partes gerais das diversas codificações penais alienígenas, no que se refere à capacidade de consentimento, conduz-nos a uma divisão em três categorias. Na primeira, encontram-se os Códigos que regulamentam o consentimento do ofendido e estabelecem um critério definidor para a capacidade de consentir. Enquadra-se nesta delimitação, v.g., o Código Penal Espanhol, que preceitua, *in verbis*:

Art. 155 – En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados. *No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o un incapaz* (grifo nosso).

Bem assim, o Código Penal Português:

Art. 38.º – Consentimento.

“1. Além dos casos especialmente previstos na lei, o consentimento exclui a ilicitude do facto quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofender os bons costumes.

“2. O consentimento pode ser expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido, e pode ser livremente revogado até à execução do facto.

“3. *O consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 14 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta* (grifo nosso).

Em um segundo grupo estão aqueles Códigos que tratam apenas de aspectos gerais do consentimento, sendo omissos no que diz respeito à definição da capacidade de consentir. Citamos, a título exemplificativo, o Código Penal alemão:

-
8. BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003; p.189.
 9. ANDRADE, op. cit., p.11.

§ 228: Quem efetua uma lesão pessoal com o consentimento do lesionado, então só atua antijuridicamente quando o fato, apesar do consentimento, vá de encontro aos bons costumes.

Da mesma forma, o Código Penal italiano, no seu art. 50: “Não é punível quem ofende ou põe em perigo um direito, com consentimento da pessoa que dele pode validamente dispor.”. Lembramos também os Códigos Penais mexicano, colombiano, uruguaio e costarriquenho.

Num terceiro grupo, por fim, reúnem-se os que nada estabelecem a respeito da matéria. Inserem-se nesta categoria a grande maioria das codificações, inclusive a brasileira. Destarte, no Brasil, coube à doutrina a regulamentação do instituto do consentimento do ofendido, tratando de seus principais aspectos, inclusive da capacidade de consentir.

3. NATUREZA JURÍDICA DO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO

Antes de analisarmos os critérios comumente utilizados pela doutrina para definir a capacidade de consentir, faz-se necessário, preliminarmente, discutir a questão da natureza jurídica do consentimento do ofendido. Isto porque só com a clara ciência dessa natureza é que se poderá inferir quais critérios e regras devem disciplinar a definição de referida capacidade.

Feuerbach, um dos primeiros autores a tratar com profundidade do tema, entendia que a natureza jurídica do consentimento resultava necessariamente da natureza jurídica do crime, é dizer: “perspectivado o crime como atentado a uma expressão da liberdade, o consentimento só poderia releva da dimensão positivada da mesma liberdade”. Neste sentido, para o jurista alemão, “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”¹⁰. A despeito da inquestionável importância deste conceito para a dogmática penal – contribuindo para o debate acerca da natureza jurídica do consentimento – ele não mais deve ser adotado, porquanto considera crime como uma violação de direito subjetivo de outrem, ótica ultrapassada na teoria do delito desde o triunfo da idéia de bem jurídico¹¹.

A teoria do negócio jurídico, de Zitelmann, confere uma natureza negocial ao consentimento, funcionando como um negócio jurídico privado. Nos dizeres de Pierangeli: “a sua essência está em garantir ao consenciente o cumprimento da conduta”¹². Ressalta ainda o penalista brasileiro, desconstruindo essa teoria,

10. PIERANGELI, op. cit., p.73.

11. Ver mais em ANDRADE, op. cit., p. 51.

12. PIERANGELI, op. cit., p.74.

que “não é possível se falar em negócio jurídico válido no campo penal, vez que o direito a cumprir-se seria manifestamente ilícito.”¹³

Outro jurista que se debruçou verticalmente sobre o tema foi Mezger. Tratando de seu entendimento, são elucidativos os ensinamentos de Tavares:

(...) o consentimento constituir-se-ia no exemplo clássico da exclusão do injusto com base no princípio da ausência de interesse. Sua verificação só caberia com a pressuposta existência de abandono do bem.¹⁴

Crítica-se esse argumento por apoiar-se na idéia de que o injusto representa lesão de interesse, e não lesão a um bem jurídico – contrariando o entendimento quase pacífico na dogmática penal contemporânea.

Para nós, a melhor doutrina é aquela que considera que o consentimento do ofendido “constitui causa de exclusão de tipicidade e consiste na renúncia à *proteção penal* de bens jurídicos disponíveis”¹⁵ (destaque nosso). Esclarecedoras são as palavras de Tavares:

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!¹⁶

Diante do exposto, resulta claro que a capacidade de consentir deve ser analisada sob o prisma do direito penal, adotando-se a idéia de crime como lesão a bem jurídico e afastando-se os preceitos de direito privado.

4. CRITÉRIOS DEFINIDORES DA CAPACIDADE DE CONSENTIR

Conforme demonstrado anteriormente (cap. 2), a maioria das legislações nada estabelece acerca do consentimento do ofendido e os seus requisitos. Por esta razão, em grande parte dos países coube à doutrina construir os critérios definidores da capacidade de consentir. No Brasil, costuma-se divergir entre dois principais critérios. O primeiro, defendido por Pierangeli, Damásio, Marques, estabelece uma idade a partir da qual se adquire a capacidade. Já o segundo, defendido por Cirino, Tavares, propugna a abolição de qualquer idade-limite que autorize “o titular do bem jurídico na sua disposição, devendo o juiz, caso a caso, valorar o grau de capacidade material do consenciente”¹⁷.

13. PIERANGELI, op. cit., p. 75.

14. TAVARES, op. cit., p. 262-263.

15. SANTOS, op. cit., p. 262.

16. TAVARES, op. cit., p. 263.

17. PIERANGELI, op. cit., p. 137.

4.1. Critério Etário

Fazendo uma interpretação analógica com a idade fixada no Código Penal brasileiro para a imputabilidade penal, Pierangeli sustenta:

Resulta, portanto, meridianamente claro, que o critério a ser seguido só pode ser o da idade estabelecida para a imputabilidade, ou seja, 18 anos, até porque os menores dessa idade ficam sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial (art. 27). Adquire, pois, o indivíduo a sua capacidade penal a partir dos 18 anos. Mas, não a adquire tão-somente o imputado, mas, também, o consenciente, porquanto 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.¹⁸

De forma semelhante, Damásio de Jesus:

(...) é necessário que a vontade seja expressa por quem já atingiu a capacidade penal, aos 18 anos de idade, não eivada de qualquer causa que lhe retire o caráter de validade por doença mental, erro, dolo ou violência.¹⁹

Com a devida licença, cumpre sublinhar que tais posicionamentos incorrem em dois graves equívocos, sendo o primeiro de ordem formal e o segundo de ordem material.

No que concerne à forma, a defesa de que a capacidade para consentir deve ser a mesma da imputabilidade esbarra em uma norma básica do direito penal: a vedação absoluta da analogia em *malam partem*. Ora, o legislador em momento algum estabeleceu um *quantum* definidor da capacidade. Admiti-la, portanto, como sendo 18 anos, baseado tão-somente em uma analogia, é insuficiente para condenar o ofensor do bem jurídico “invalidamente” renunciado, tendo em vista que isso configuraria – no caso concreto – uma analogia em desfavor do réu.

Em relação ao aspecto material, a princípio parece não haver equívoco algum em se utilizar, na definição da capacidade de consentir, o mesmo parâmetro utilizado para delimitar a imputabilidade penal (capacidade de culpabilidade), já que ambas partem da mesma realidade ôntica, é dizer, ambos exigem que o agente compreenda o sentido e as conseqüências de seus atos.

Todavia, após uma análise mais aprofundada destes institutos, nota-se que eles diferenciam-se essencialmente no que tange à sua função na teoria do delito. É que enquanto a imputabilidade funciona como pressuposto de punição, o consentimento do ofendido é concebido justamente para evitar a punição. A imputabilidade, por conta disto, exige um critério fixo, bem delimitado, em

18. PIERANGELI, op. cit., p.138.

19. JESUS, op. cit., p. 403.

homenagem à segurança do cidadão face às arbitrariedades do Estado. Assim, na determinação da imputabilidade torna-se compreensível a utilização de um critério estático (etário). O mesmo não se diz em relação ao consentimento do ofendido. Este instituto se presta a afastar a punição, não demanda, portanto, um critério definidor tão rígido, sendo mais razoável optar-se pela análise do caso concreto, cujas vantagens iremos explicitar no tópico seguinte.

Por tudo quanto exposto, consideramos o critério etário inidôneo para determinar a capacidade de consentir.

4.2. Critério Subjetivo

Com argúcia mestre, Tavares, em um dos mais brilhantes trabalhos publicados no Brasil sobre o tema, ensina-nos:

Só possui eficácia o consentimento dado por agente capaz. Essa capacidade deve ser inferida do caso concreto, independentemente do grau de imputabilidade, bem como das regras do Direito Privado.²⁰

No mesmo sentido, Cirino dos Santos:

A capacidade de consentimento depende da capacidade *concreta* de compreensão ou de juízo do titular do bem jurídico afetado, determinável como questão de fato independentemente da idade do portador do bem jurídico ou do critério civilístico de capacidade relativa²¹.

Este critério se nos parece muito mais adequado, porquanto, ao reservar a análise da capacidade ao caso concreto, leva em consideração as vicissitudes da vida e as idiosincrasias do homem, não ignorando o caráter dinâmico da realidade social. Revela-se, portanto, muito mais próximo de um Direito Penal marcado pela idéia de subsidiariedade e orientado por perspectivas político-criminais constitucionalizadas.

Por fim, vale transcrever, literalmente, Wessels:

[...] o consenciente deve ser capaz de consentir, 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 exige para isto uma determinada idade (...) 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.

20. TAVARES, op. cit., p. 262-263.

21. SANTOS, op. cit., p. 262.

5. CONCLUSÕES

Finalizando a presente investigação, podemos chegar às seguintes conclusões:

- a) O consentimento do ofendido reveste-se de grande importância na moderna teoria do delito, ao tornar atípicas condutas que seriam inicialmente puníveis. Coaduna-se, desta forma, a uma moderna concepção de Direito Penal, caracterizado por uma proteção subsidiária e norteado por perspectivas de política criminal.
- b) São raras as codificações estrangeiras que regulamentam o consentimento do ofendido. No Brasil, onde também ocorre esta omissão, coube à doutrina construir as regras aplicáveis a referido instituto.
- c) No pertinente à natureza jurídica, é o consentimento do ofendido causa de exclusão de tipicidade, consistindo na renúncia à proteção penal de bens jurídicos disponíveis.
- d) Deve-se, tendo em vista sua natureza jurídica do consentimento, repudiar a utilização de preceitos privados na delimitação da capacidade de consentir.
- e) Incorre em erro a doutrina que estabelece um critério etário, baseado em analogia com a imputabilidade penal e capacidade civil, para determinar a capacidade de consentir, pelos motivos seguintes:
 - I) Essa posição doutrinária viola o princípio que veda a analogia em *malam partem* em matéria penal;
 - II) Confunde, ainda, dois institutos díspares no que toca à sua função na teoria do delito, exigindo da delimitação da capacidade de consentir a mesma rigidez utilizada na definição da imputabilidade.
- f) O critério a ser seguido na definição da capacidade de consentir deve ser aquele que aponta que o juiz deve valorar o grau de capacidade do consentiente caso a caso.

6. REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 2 ed., Rio de Janeiro: Revan, 2003.

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, Parte Geral*. 10 ed., v.1, São Paulo: Editora Saraiva, 2006.
- GRECO, ROGÉRIO. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 4 ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2004.
- JESUS, E. Damásio. *Direito Penal (parte geral)*. 26 ed., v. I, São Paulo: Saraiva, 2003.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. 18 ed., São Paulo: Atlas, 2002.
- NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito Penal*. 24 ed., vol. I, São Paulo: Saraiva, 1986.
- PIERANGELI, José Henrique. *O Consentimento do Ofendido na Teoria do Delito*. 3 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*, 5 ed., v.I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito Penal – Introdução Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2006.
- TAVARES, Juarez. *O consentimento do ofendido no direito penal*. Revista da Faculdade de Direito da Ufpr, Curitiba, 1969. Disponível em <<http://calvados.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/7163/5114>>. Acesso em: 13/06/2007.
- WESSELS, Johannes. *Direito Penal – Parte Geral*. Tradução: Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1976.