

## REQUISITOS E LIMITES DE VALIDADE DO CONSENTIMENTO

OLÍVIO ALBINO CANFÃO<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente Artigo tem por escopo analisar os requisitos e limites de validade do consentimento. Com este, objetiva-se verificar até que ponto pode o titular do bem jurídico penalmente protegido nele livremente consentir.

**PALAVRA CHAVE:** Consentimento. Bem jurídico. Requisitos e Limites.

**ABSTRACT:** This article has the purpose to analyze the requirements and limits of validity of the consent. With this, the objection is to verify to what extent can the holder of the legal criminal protected him freely consenting.

**KEYWORD:** Consent. Legal right. Requirements and Limits.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia - UFBA

## Introdução

O presente trabalho tem por escopo analisar os requisitos e limites de validade do consentimento. Para tal, merecerá a nossa atenção as breves análises do conceito individual e social do crime, bem como o de vítima na qualidade do titular do bem jurídico.

Destacam-se, ainda, as análises do instituto do consentimento do titular do bem jurídico, na qual, estarão presentes as abordagens sobre a liberdade de consentir, natureza jurídica do instituto do consentimento, espécies e requisitos de validade do consentimento. Os limites de validade do consentimento, considerando a sua especialidade, serão abordados por último.

Ainda, é importante ressaltar que, mesmo não havendo nenhum dispositivo legal no ordenamento jurídico brasileiro que discipline o consentimento do titular do bem jurídico penalmente protegido, esse é de grande relevância no estudo de Direito Penal moderno. Uma vez que, às vezes, opera como causa de exclusão da tipicidade e, outra como causa de justificação.

Com o presente trabalho, objetiva-se verificar até que ponto o titular do bem jurídico penalmente protegido pode nele livremente consentir.

## Conceito individual e social do crime

Inicialmente, cabe referir que cada dia que passa a humanidade descobre novas necessidades e alcança novos objetivos. E essas transformações acompanham a evolução da sociedade, adaptando-se aos seus clamores.

O Direito Penal, dentro dos ramos do Direito, é o exemplo legítimo da adaptação social, pois, é o ramo da ciência jurídica que visa tutelar os bens jurídicos de mais elevado valor dos membros da sociedade. Ele se faz importante porque como os homens não alcançaram um nível de respeito à órbita de direitos de terceiros, foi concedido ao Estado o poder de punir, com a aplicação de penas, aqueles que violarem as normas penalmente tipificadas.

Com efeito, é o Direito Penal a área da ciência jurídica que trabalha com valores intrínsecos ao ser humano e com os bens jurídicos que vezes são insubstituíveis.

Nessa acepção, o crime seria toda ação cometida com dolo, ou infração contrária aos costumes, à moral e à lei, que é igualmente punida ou reprovada pela consciência social. Ademais, todo fato humano que, positiva ou descuidadamente, lese ou ponha em perigo de lesão aos bens juridicamente considerados fundamentais para existência da coletividade é crime.

O crime, desse modo, é fato social que na realidade evoluiu com o passar dos séculos, razão pela qual seu conceito jurídico é um dos mais controvertidos na moderna doutrina penal.

No âmbito da doutrina penal brasileira, inicialmente adotou-se o conceito formal do crime, ou seja, toda conduta humana que infringe a lei penal. Nesse contexto, verificava-se o fato de o indivíduo transgredir a lei penal apenas, sem que qualquer fator fosse analisado, pois, o crime resultava de mera subsunção da conduta ao tipo legal, e a infração penal era tudo aquilo que o legislador descreve como tal, pouco importando o seu sentido coletivo.

Posteriormente, adotou-se a definição material do crime como sendo o fato oriundo de uma conduta humana que lese ou ponha em perigo de lesão ao bem jurídico protegido pela lei penal. Isso, justamente, porque considerar a existência de um crime sem levar em conta a sua essência ou lesividade material, afrontaria a dignidade da pessoa humana.

Como bem observa Rogério Greco (2012, p. 140):

Sob seu aspecto formal crime seria toda conduta que atentasse que colidisse formalmente contra a lei penal editada pelo Estado. Sob seu aspecto material, o crime seria como aquela conduta que viola os bens jurídicos mais importantes.

Observa-se, porém, que em face do princípio da legalidade, o conceito formal e material não traduz o crime com sua precisão, surge o conceito analítico. Confira-se Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 269), “os conceitos formal e material são insuficientes para permitir à dogmática penal à realização de uma análise dos elementos estruturais do conceito do crime”. Já Rogério Greco (2012, p. 142),

explica que “a função do conceito analítico é a de analisar todos os elementos ou características que integram o conceito de infração penal sem que com isso se queira fragmentá-lo”.

Depois, esse autor acrescenta, o “crime é, certamente, um todo unitário e indivisível. Ou o agente comete delito (fato típico, ilícito e culpável), ou o fato por ele praticado será considerado um indiferente penal. O estudo estratificado ou analítico permite-nos, com clareza, unificar a existência ou não da infração penal”.

Com efeito, é o conceito analítico aquele que busca, sob o prisma jurídico, estabelecer os elementos estruturais do crime e propicia a correta e mais justa decisão sobre infração penal e seu autor, fazendo com que o intérprete ou o julgador desenvolva o seu raciocínio em etapas.

Importante ainda é a opinião do Damásio E. De Jesus (2011, p. 193) que aduz que o crime, “é fato típico e antijurídico (ou ilícito), a culpabilidade, por sua vez, tem outra natureza”. Ocorrendo, então, o crime, em primeiro lugar, deve ser observado à tipicidade da conduta. Em caso positivo, e só neste caso, verifica-se se esta é ilícita ou não. Sendo fato típico e ilícito, surge a infração penal. Depois, é só verificar se o autor é ou não culpado pela sua prática, ou seja, se deve ou não sofrer um juízo de reprovação pelo crime que cometeu.

Pelo conceito analítico, o crime é fato típico, antijurídico (ilícito) e culpável. Ou seja, um fato criminoso pressupõe não só a expressão da vontade mediante a ação (voluntário movimento do corpóreo), como também a consequente lesão ou perigo de lesão sobre um bem ou interesse jurídico penalmente protegido.

No que se refere à ação do agente, faz-se necessário ressaltar que o crime sempre é praticado mediante uma conduta positiva (ação comissiva), ou através de uma conduta negativa (ação omissiva). Desse modo, é tanto criminoso o fato de um marginal disparar a arma contra um indivíduo e matá-lo, como o fato de uma mãe desejar matar o próprio filho de tenra idade, deixando de amamentá-lo, com finalidade de matá-lo de fome.

O fato típico, por conseguinte, pressupõe que a conduta praticada pelo agente esteja ajustada à descrição do crime criada pelo Legislador e prevista em

Lei. Fora dessa situação, a conduta seria atípica e, portanto, não punida, tendo em vista que não existe dispositivo penal que o incrimine.

A conduta é antijurídica quando se mostra contrária ao direito e não encontra uma causa que possa justificá-la, e o fato culpável é aquilo que se passa na mente do agente que pratica o crime.

Nota-se, apesar de ser o conceito analítico o que mais se amolda à dogmática jurídica penal atual, que esse esgota o seu conteúdo material, ou seja, o fato oriundo da conduta humana que lese ou ponha em perigo um bem jurídico penalmente protegido. Não obstante, não é tão somente desse conteúdo que se esgota o conceito do crime na atualidade, sendo necessária a inclusão de seu aspecto social.

Como bem argumenta Jorge De Figueiredo Dias (2004, p.125):

A realidade do crime, porém, não resulta de seu conceito ainda que material, mas depende também da construção social daquela realidade, ele (crime) é em parte produto da sua definição social, operada em últimos termos pelas instâncias formais (Legislador, Polícia, Ministério Público, Juiz) e mesmo informais (Família, Escola, Igreja, Clubes e Vizinhos) de contrato social.

Desse modo, um ato é criminoso quando ofende a consciência coletiva. O crime, portanto, é todo fato humano que propositada ou descuidadamente, lesa ou põe em perigo de lesão os bens jurídicos considerados fundamentais para a existência da coletividade e a paz social.

Do exposto, torna-se viável concluir que o Direito Penal, em seu aspecto de garantia, visa proteger o indivíduo e a própria sociedade de qualquer lesão ou ameaça de lesão aos seus bens e interesses juridicamente tutelados. Foi esse aspecto que exerceu poderosa influência na concretização do delito como conduta humana, e não apenas como manifestação reprovável da personalidade do agente.

Vítima do crime

A figura da vítima, tal como o conceito de crime, absolveu diversas conceituações com o passar dos tempos, sendo essa tarefa de conceituar complexa e problemática, haja vista diversos ramos doutrinários que estudam a sua existência.

Na visão mitológica, por exemplo, a vítima era um ser vivo não necessariamente um ser humano, que se submetia ao sacrifício para evitar as desgraças ou a ira dos deuses. Como bem observa Elias Neuman (1994, p. 27), “el concepto del vocábulo víctima apela a dos variedades. Vincire: animales que se sacrifican a los dioses y deidades, o bien, vincere, que representa el sujeto vencido (...)”.

Depois, esse autor rebate a conceituação mitológica afirmando que, a vítima que definitivamente interessa à vitimologia é o ser humano, pois somente ele sofre danos aos seus bens juridicamente protegidos. Também Juan Bustos Ramirez (1993, p. 8), “ahora bien, no hay duda de que se puede tener una consideración amplia de víctima, como la persona afectada por cualquier hecho (incendio, huracán, terremoto, separación, divorcio, etc..)”.

Vítima, desse modo, é todo o ser humano que sofre lesão ou ameaça de lesão a um bem ou interesse jurídico penalmente protegido.

Quanto à classificação, várias são as espécies de vítimas fornecidas pela doutrina, porém, bastante controvertidas. A controvérsia decorre da existência de algumas situações nos quais o Direito, apesar de aparentar natureza personalíssima, sua lesão atinge de forma mediata e subsidiária a sociedade. Seria o caso de extorsão mediante sequestro, homicídios, dentre outras situações.

Sem ingressar no mérito dessa controversa e, sob a ótica do conceito de crime que propomos, ou seja, que toda ação ou omissão a qual lese ou ponha em perigo de lesão a um bem individual ou coletivo penalmente protegido, entendemos como sendo duas espécies de vítima: individual e coletiva. Conforme Elias Neuman (1994, p. 23), “la víctima en el ámbito penal puede ser individual o colectiva y el dano resulta del hecho de la violación de bienes jurídicamente protegido en la normativa penal (...)”.

Assim, se o bem jurídico penalmente protegido, cuja titularidade pertence a um particular, haja sofrido lesão ou perigo de lesão, a vítima será, inegavelmente, este. Se, pelo contrário, a lesão atinge de forma mediata e subsidiária a sociedade, a vítima será, nesse caso, a coletividade.

Não obstante, existem situações em que a lesão ou perigo de lesão pode recair sobre um bem jurídico penalmente protegido, cuja titularidade pertence à pessoa jurídica. Nessas situações, a vítima será, sem dúvida, este.

É vítima, portanto, toda pessoa física ou jurídica, ou ainda, a coletividade, desde que a lesão ou perigo de lesão recaia sobre um bem jurídico penalmente protegido, cuja titularidade lhes pertence.

#### A Liberdade de consentir

A liberdade é um valor jurídico de extrema relevância social, sendo o exercício desse direito, garantido em quase todas as constituições, principalmente depois da Revolução Francesa, permanecendo sempre presente no desejo humano.

Por ser uma garantia que o ordenamento jurídico confira aos indivíduos de exercerem livremente seus direitos, pressupõe-se que o seu titular o exerça desde que sua ação não prejudique direitos dos outros, mesmo nas situações em que essas ações poderiam ser consideradas prejudiciais para ele.

No âmbito da tutela penal sobre bens jurídicos, observa-se, que o Direito Penal, além de tipificar e proibir expressamente determinadas condutas atentatórias aos mais altos valores sociais, reconhece o direito de se dispor livremente sobre o bem jurídico, desde que essa disposição não afronte inequivocamente a consciência jurídica relacionada aos limites sociais do *jus puniendi*. Daí, a doutrina vivente do Direito penal entender: há bens jurídicos que pela sua natureza são disponíveis e, outros, indisponíveis.

Bens disponíveis são aqueles cujo interesse é estritamente privado e que a lei protege somente se for atingido contra a vontade do interessado ou seu titular. Já indisponíveis são os que para sua conservação, observam o interesse coletivo.

Nessa ótica, se lançarmos olhares ao instituto do consentimento, diríamos que este jamais teria efeito em face de um bem jurídico de natureza indisponível, vez que a conservação deste se refere ao interesse coletivo.

Tal percepção, contudo, não pode prosperar, pois, a verdade é que existem alguns bens que, pela sua natureza, são facilmente identificados pela doutrina como sendo disponíveis (ex.: patrimônio) ou indisponíveis (ex.: a vida); outros, porém, causam certa divergência. É o caso de integridade física, por exemplo.

No que concerne à integridade física, entendemos que essa é um bem jurídico de natureza indisponível cujo exercício se refere à expressão autônoma de seu titular. Se não vejamos: se o bem jurídico pertencente à esfera autônoma de seu titular, haja sofrido lesão considerada de natureza grave ou gravíssima, inegável será pelo princípio da solidariedade a dimensão social da sua danosidade. Se, porém, a lesão sofrida for de natureza leve, esta se exaure tão somente na esfera privada do seu titular.

Contudo, vale ressaltar que o consentimento somente será considerado como expressão de autonomia, quando o seu respectivo titular tiver possibilidade fática de controlar a dimensão da renúncia do bem jurídico penalmente protegido.

Destaque-se, ainda, que a doutrina vem sustentando a invalidade do consentimento da vítima particular em face de bens jurídicos coletivos. No que se diz o consentimento de uma vítima concreta não possui nenhum efeito nos delitos contra a coletividade, pois, esta é afetada por bens jurídicos supraindividuais. Ou seja, são muitos os titulares desse bem jurídico.

Antes de ingressarmos no mérito dessa preocupação, convém analisarmos o consentimento do titular do bem jurídico, vez que só esta reflexão nos poderá propiciar a luz.

#### Consentimento do titular do bem jurídico

Consentimento, do latim, “*consentire* (ter o mesmo sentir, estar de acordo, concordar), possui na terminologia jurídica, a acepção da manifestação da vontade, séria e definitiva, em virtude do qual a pessoa, concordando com os desejos de outrem, vincula-se a obrigação ou obrigações, que servem objeto ao ato jurídico ou do contrato firmado entre as partes” (De Plácido E Silva 2004, p. 353).

Pela etimologia, o consentimento significa o ato livre e consciente do titular do bem jurídico penalmente lesado ou posto em perigo de lesão, de ser capaz em anuir ou concordar de modo inquestionável com a lesão ou perigo de lesão sobre o bem jurídico disponível do qual é único titular ou agente expressamente autorizado a dispor legalmente por ele.

No que tange à previsão do instituto, a doutrina entende com unanimidade, que o Direito pátrio não elencou o consentimento do ofendido nas causas de justificação constantes no artigo 23 do Código Penal vigente.

Embora o legislador encerre nesses artigos as formas excludentes, a doutrina majoritária tem entendido que as causas de exclusão não se resumem somente a essas. Daí a compreensão de que se trata das causas supralegais de exclusão da antijuridicidade ou ilicitude.

É o que explica Julio Fabrini Mirabete (2001, p. 176), “a classificação funda-se na afirmação de que o Direito do Estado, por ser estático não esgota a totalidade do Direito e a Lei não pode esgotar todas as causas justificativas da conduta humana no plano do ordenamento penal”. Também Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 397), “o caráter dinâmico da realidade social permite a incorporação de novas pautas sociais que passam a integrar o cotidiano dos cidadãos, transformando-se em normas culturais amplamente aceitas”. Por isso, conclui, que “condutas outrora proibidas adquirem aceitação social, legitimando-se culturalmente”.

Em sintonia com os argumentos desses doutrinadores, resta indagar, em que situação esta causa supralegal terá o condão de excluir a tipicidade ou a antijuridicidade? Antes da resposta que se precede, torna-se oportuno analisarmos a natureza jurídica do instituto em evidência.

#### Natureza jurídica do instituto do consentimento

Inicialmente, cabe esclarecer que a expressão “consentimento do ofendido” varia de autor para autor, qual seja: consentimento da vítima, consentimento do titular do bem jurídico, consentimento do interessado, dentre outras.

Apesar do valor que nutre todas essas expressões, entendemos por bem adotar o consentimento do titular do bem jurídico, por acreditarmos ser esta a mais acertada (consistente na renúncia da proteção penal do titular do bem jurídico) e, por conseguinte, mais difundida pela doutrina.

Retroagindo às análises da natureza jurídica do instituto, urge ressaltar, que como o direito pátrio não elencou o consentimento nas causas de justificação constantes no artigo 23 do Código Penal vigente, sendo uma construção doutrinária, classificando-o de causas supralegais de exclusão da antijuridicidade ou ilicitude, entendemos que se trata de um instituto de natureza doutrinária, que ora funciona como causa de exclusão da tipicidade, ora como causa de exclusão da antijuridicidade.

Confirme leciona Paulo Queiroz (2005, p. 286), “segundo a doutrina (majoritária), o consentimento válido do ofendido ora funciona como causa de exclusão da tipicidade, ora como causa de exclusão de antijuridicidade”.

Segundo esse autor, o consentimento exclui a tipicidade sempre que o dissenso do titular do bem jurídico penalmente protegido expresse ou, lícitamente, faça parte do tipo penal; e exclui a antijuridicidade, desde que provenha de pessoa capaz de dispor (em se tratando da incapacidade, seu representante legal).

Para Rogério Greco (2012, p. 366) “o consentimento do ofendido, dentro da teoria do delito, pode ter dois enfoques com finalidades diferentes: afastar a tipicidade e excluir a antijuridicidade”. Depois elucida que, o consentimento exclui a tipicidade, se o tipo penal exige o dissenso do titular do bem jurídico enquanto um dos requisitos objetivos formais necessários à completude da figura incriminadora. Também excluí a antijuridicidade nos casos em que o titular do bem jurídico protegido e disponível assente de forma livre.

A título de exemplos, temos: crimes de violação de domicílio – art. 150 do CP (se alguém permite ou tolera que o terceiro ingresse na sua casa, ausente estará à tipicidade da conduta) e estupro – art. 213 do CP (se a mulher consente na relação, inexistente a tipicidade).

Note-se nos dois casos a ação cujo caráter ilícito seria agir contra a vontade do titular do bem jurídico. Também, que o comportamento do autor importasse já

uma lesão ao bem jurídico, sendo que a ilicitude é afastada porque a própria vítima assim quis. Portanto, é causa supralegal de exclusão da tipicidade e da antijuridicidade, vez que se refere situação não contemplada pelo Código Penal.

Com bem ressalta Juarez Santos (2010, p. 257):

O consentimento do ofendido constitui causa supralegal de exclusão da antijuridicidade ou da própria tipicidade porque consiste na renúncia da proteção Penal de bens jurídicos disponíveis, ou seja, todos os bens individuais, inclusive a vida, em determinadas condições.

O consentimento do ofendido, assim entendido, fora de hipóteses em que o dissenso do titular do bem jurídico protegido constitui requisito da figura típica, pode excluir a ilicitude, se praticado em situações justificantes, como por exemplo, aquele que realiza tatuagem no corpo de terceiros pratica conduta típica de lesões corporais (art. 129 do CP), muito embora lícita, se verificado o consentimento do titular do bem jurídico.

Destaca-se, ainda, que doutrina majoritária tem entendido que o consentimento, em determinadas situações, poderá constituir causa especial de diminuição de pena. E a jurisprudência brasileira registra como exemplo disto a eutanásia.

Desse modo, aquele que mata a pedido da vítima e para abreviar o sofrimento desta, teria praticado, segundo a jurisprudência majoritária, o homicídio privilegiado (por motivo de relevante valor moral – art. 121, § 1º, CP). Não haveria, neste caso, exclusão da tipicidade nem tampouco da ilicitude, uma vez que a vida seria considerada um bem de natureza indisponível. Todavia, o consentimento do titular do bem jurídico constituirá, em detrimento do consentâneo, causa especial de diminuição de pena.

Espécies do consentimento

Segundo Figueiredo Dias (2004, p. 441-453), “o consentimento justificante se resume em: consentimento real (ou simplesmente consentimento) e o consentimento presumido”.

O consentimento real trata-se, na verdade, de tudo quanto exposto até aqui, ou seja, é consentimento livre e capaz do titular do bem jurídico individual e disponível, desde que este possa apresentar-se como excludente da tipicidade, ou da antijuridicidade. Conforme observa Juarez Santos (2010, p. 259), “o consentimento do titular do 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 vontade constitucional de ação”.

O consentimento presumido, por seu turno, se baseia no pressuposto de que nele não existe um consentimento real do titular do bem jurídico protegido, mas pressupõe a sua existência diante das circunstâncias. Confirma-se, Figueiredo Dias (2004, p. 453), há consentimento presumido “quando a situação em que o agente atua permite razoavelmente supor que o titular do interesse juridicamente protegido teria eficazmente consentido no fato, se conhecesse as circunstâncias em que este é praticado”.

Para Juarez Santos (2010, p. 265), “o consentimento presumido é construção normativa do psiquismo do autor sobre a existência objetiva do consentimento do titular do bem jurídico, que funciona como causa supralegal de justificação da ação típica”. Depois o autor acrescenta que “o consentimento presumido é subsidiário em relação ao consentimento real: se o titular do bem jurídico manifesta consentimento real, então não há o que presumir; ao contrário, se não existe consentimento real manifestado, então a existência objetiva do consentimento pode ser presumido”.

O consentimento presumido é desse modo, um consentimento subsidiário do real. Trata-se, na realidade, daquelas situações em que o sujeito penetra na casa de seu vizinho, na ausência deste, para reparar a torneira de água quebrada ou abre a carta dirigida ao amigo, para atender a um assunto deste, que não admite demora; uma pessoa produz a lesão no que está na eminência de afogar-se, para poder salvá-lo da morte certa; o médico opera o que foi vítima de um acidente, estando este privado de consciência e, dentre outras situações.

Repare-se, que em todos esses casos, o titular do bem jurídico lesado não consentiu na ofensa, mas nele teria presumidamente consentido se lhe tivesse sido possível pôr a questão. Ademais, a ação do presumível consentânea, nesses casos,

visa-se a proteção de um bem jurídico de maior grau na hierarquização e a ponderação dos interesses tutelados pela norma jurídica. Nessas condições, tal qual sucede com o consentimento real, não se pode, absolutamente, falar de antijuridicidade, nem tampouco de punibilidade.

Além dos tipos de consentimentos já analisados, reconhece-se a existência de um terceiro tipo cuja denominação, é “putativo”. Trata-se de situações no qual o agente acredita na existência de consentimento que, na verdade, não houve.

A doutrina tem entendido que se trata de aquiescência que exclui a tipicidade, pois, o erro sobre esse consentimento configura-se como um erro do tipo (art. 20 do CP), no qual há exclusão do dolo, mas persiste a punição.

Como bem argumentam Ávila e Pires Filho (2012, p. 224):

Tratando-se do consentimento putativo, não podemos deixar de falar do erro. No consentimento presumido, o erro não existe, pois o agente conhece a existência do consentimento. No consentimento putativo, o agente incide em erro, pois este acredita num prévio consentimento, que verdadeiramente não existe. Logo, o consentimento putativo é dado, quando inexistindo o consentimento, o agente, por erro, o considera existente, de maneira que se o consentimento fosse prestado, se constituiria em uma causa de justificação.

Assim, se retroagirmos os olhares aos termos do dispositivo legal em evidência, que prescreve “o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal do crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em Lei”, percebe-se que, de fato, o consentimento putativo, se amolda à aquiescência que exclui a tipicidade.

O erro sobre esse consentimento configura-se, como um erro do tipo (art. 20 do CP), em que há exclusão do dolo, mas permite a punição por crime culposo se previsto em Lei; no entanto, se tratar de aquiescência que exclua a antijuridicidade (consentimento), o erro sobre esse consentimento configura-se como um erro de proibição (art. 21 do CP), no qual há a isenção de pena, se inevitável, e a diminuição de um sexto a um terço, se evitável.

O consentimento, na forma putativa, cogita-se, portanto, em um dissenso do interessado, que por ventura não ocorreu ou não ocorreria, incidindo nas hipóteses de erro jurídico-penal.

## Requisitos de validade do consentimento

Segundo doutrina majoritária, os requisitos de validade do consentimento são: que o titular do bem tenha a capacidade jurídica para consentir; que o bem jurídico sobre o qual recaia a conduta do agente seja disponível; que o titular do bem jurídico tenha manifestado o seu consentimento de forma livre; e, que o consentimento tenha sido dado pelo titular do bem antes ou durante a conduta lesiva.

*a) Que o titular do bem tenha a capacidade jurídica para consentir*

Exige-se, que o ofendido, no momento da aquiescência, esteja em condições de compreender o significado e as consequências de sua decisão, possuindo, pois, a capacidade. Nessa ótica, o critério a ser seguido só pode ser o da idade estabelecida para imputabilidade, ou seja, 18 anos, até porque os menores dessa idade ficam sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

São dotados de capacidade genérica para consentir, portanto, os maiores de dezoito anos mentalmente hígidos. Caso o titular do bem jurídico seja pessoa incapaz, poderá seu responsável legal consentir por ele, nos termos da Lei Civil.

*b) Que o bem jurídico sobre o qual recaia a conduta do agente seja disponível*

Deve-se entender que o bem em questão seja passível de disponibilidade, para que o consentimento do titular do bem jurídico penalmente protegido seja válido. Nessa ordem de ideia, o consentimento do titular do bem jurídico poderia tão somente constituir uma causa de exclusão da antijuricidade, nos delitos em que o único titular do bem jurídico penal protegido seja pessoa que aquiesce e que pode livremente dele dispor.

Contudo, tal possibilidade não pode proceder, pois, existem determinados bens cuja valoração jurídica e pela sua natureza se considera indisponível. Seu exercício, porém, se refere à realização da autonomia privada de seu titular. Nessas circunstâncias, se a lesão sofrida for considerada de natureza leve, esta se exaure tão somente dentro da esfera pessoal. Como bem enfatiza Manoel da Costa

Andrade (1991, p. 561), “o direito de dispor livremente do bem jurídico deduz-se precisamente do mesmo bem jurídico, constituindo parte essencial do seu valor para o direito”. Em seguida, acrescenta, “o exercício da capacidade da disposição é uma forma de realização do valor, que está acoberto de todo o controle e de toda a intervenção paternalista por parte do Estado”.

A título de exemplo ressalta-se, dentre nós, a questão concernente ao bem jurídico “vida humana” que, por sua natureza, é considerado tanto como um bem indisponível por excelência, como também a expressão da autonomia privada de seu titular. Seu exercício é, portanto, posto entre a vontade do respectivo portador e o sentido da sua expressão.

Assim, se determinado doente em fase terminal, sofrendo intensas dores, tem a possibilidade de pedir o auxílio de terceira pessoa para que desligue os aparelhos que o mantém vivo, e se tal pessoa desligá-los, embora tenha havido um pedido consciente, ainda assim a sua conduta será ilícita. Se não houver, no caso, qualquer causa dirimente da culpabilidade, essa pessoa responderá pelo crime, uma vez que a vida é um bem indisponível.

*c) Que o titular do bem jurídico tenha manifestado o seu consentimento de forma livre*

Nesse caso, pressupõe-se que não deverá ter havido coação, fraude ou qualquer outro vício que possa inquinare de nulidade a manifestação de vontade da vítima. Ademais, como ocorre em qualquer outro ato jurídico, que os vícios de vontade não ensejam nulidade e os mesmos são tidos, *in concreto*, como insanáveis.

Exige-se, ainda, que a manifestação apresente-se indubitável, inequívoca e inquestionável, sem margem de dúvidas.

*d) Que o consentimento tenha sido dado pela vítima antes ou durante a conduta lesiva*

De acordo com doutrina, o consentimento deve sempre ser anterior ou, no máximo, contemporâneo à conduta do agente. O fato de a vítima, após a conduta

criminosa, anuir com a sua prática, não tem o condão de afastar a tipicidade ou a ilicitude do fato, ao menos em virtude do alegado consentimento.

Nesse sentido, Juarez Santos (2010, p. 264) “a comunicação do consentimento é decisiva porque a ação consentida deve se conter nos limites do consentimento, o que implica o consentimento anterior ao fato - o consentimento posterior é irrelevante”. E adverte, “assim como o consentimento deve ser manifestado antes do fato. Essa manifestação do consentimento também pode ser revogada a qualquer momento”.

Desse modo, a justificação do consentimento anterior ou, no máximo, contemporâneo à conduta criminosa é referida tendo em conta o sistema de renúncia à proteção penal do bem jurídico e, por conseguinte, ao respectivo juízo de desvalorização jurídica da conduta.

Contudo, cabe ressaltar que, apesar desse entendimento, é admissível o consentimento posterior, ou seja, após a prática do ilícito penal. Ainda que tal manifestação de vontade não possa desvalorizar a conduta, pode impedir ação penal quando esta depende de iniciativa da vítima.

Além dos requisitos de validade do consentimento já analisados, outro, porém, vem sendo admitido pela doutrina: a “não contrariedade do fato consentido aos *bons costumes*”. Como observa Figueiredo Dias (2004, p. 448) “é pressuposto de relevância justificadora do consentimento que o fato consentido (não o consentimento, anote-se bem) não ofenda os *bons costumes*”.

O que é hoje praticamente linear e merecedora de aceitação, principalmente nos casos de heterocolocação da vítima em perigo consentida, em que o consentimento deve ser considerado relevante.

Importante, ainda, é ressaltar as hipóteses de esterilização voluntária fora de uma indicação médica, de transplante de órgãos e tecidos e de experimentação clínica. Em todos esses casos, relativamente há uma lesão de integridade física, e o consentimento deve ser tido em princípio como relevante.

Em se tratando da heterolesão na área da problemática do crime de Dano, observa-se que, neste, só pode invocar *bons costumes* na medida em que as suas

injunções revelam valores ou finalidades imanentes ao sistema social, com expressão mais ou menos explícita nos interesses elevados a categorias de bens jurídicos do ordenamento penal.

É bastante esclarecedora, a lição de Manoel da Costa Andrade (1991, p. 559):

Só poderão invocar-se os *bons costumes* quando as normas de valoração ou determinação que irradiam dos valores da solidariedade se convertem em expectativas contrafáticas jurídico penalmente apoiado. Isto é, só quando a redução da complexidade derivada de conflitualidade e tensões agônicas próprias da sociedade plural assume a dignidade de norma penalmente estabilizadora.

Em se tratando do consentimento presumido, ou seja, de situação em que nem sequer existe consentimento real do titular do bem jurídico penalmente protegido, mas se pressupõe sua existência (por equiparação) diante das circunstâncias, entendemos que há de concorrer os mesmos requisitos de validade do consentimento real, ainda que: a presunção se refira aos bens jurídicos disponíveis e que o fato não ofenda os *bons costumes*; Que o titular do bem jurídico lesado possua capacidade (jurídico penal) para consentir. Se for menor, recorrer-se-á à vontade do seu representante legal.

Sendo o consentimento presumido, normalmente, uma situação fática deduzida por silêncio, entende-se ser ainda essencial verificar a necessidade de uma decisão que não pode ser retardada (porque o atraso eliminaria a possibilidade de escolha ou a ales estariam ligados riscos desarrazoáveis) e também a impossibilidade da decisão ser tomada por vontade e decisão do interessado.

Se o consentimento for putativo, também há de se observar os mesmos requisitos do consentimento real, que se refira a bens jurídicos disponíveis e que o fato não ofenda os *bons costumes*; que o titular do bem jurídico lesado possua capacidade (jurídico penal) para consentir. Caso o interessado seja menor, também, ter-se-á em conta a vontade de seu representante legal. É essencial ainda, que haja ocorrência do erro jurídico penal, quando o autor supõe por erro, que seu comportamento é lícito.

Limites de validade do consentimento

O consentimento do titular do bem jurídico, como ficou ressaltado, constitui causa supralegal de exclusão da antijuridicidade ou da própria tipicidade, porque consiste na renúncia da proteção penal de bens jurídicos disponíveis, ou seja, de todos os bens individuais penalmente protegidos, e, inclusive da vida, em determinadas circunstâncias.

Não obstante, para que o consentimento do titular do bem jurídico penalmente protegido seja considerado válido se pressupõe, necessariamente, a observância de determinados requisitos em caráter cumulativo, quais sejam: que o titular do bem tenha a capacidade jurídica para consentir; que o bem jurídico sobre o qual recaia a conduta do agente seja disponível; que o titular do bem jurídico tenha manifestado o seu consentimento de forma livre; e, que o consentimento tenha sido dado pelo titular do bem antes ou durante a conduta lesiva; e, por fim, que o fato não ofenda os *bons costumes*.

Do exposto, percebe-se que o primeiro limite de um consentimento válido decorre da própria tipificação penal. Outros, porém, decorrem do sistema jurídico como todo e dos *bons costumes*.

Quanto à limitação decorrente da tipificação penal, observa-se, que o consentimento só se dá quando um preceito permissivo faz surgir uma causa de justificação que ampara a conduta de terceiro, na medida em que age com o consentimento do titular do bem jurídico. Trata-se do limite de uma permissão que somente pode ser exercida na medida em que haja consentimento.

É o caso em que o dissenso figura no tipo penal, como elementar e integrante dele. Seria o caso do furto, em que o agente consente na realização do furto (art. 155), o cárcere privado (art. 148) e dano (art. 163) do Código Penal, os quais afastam a vedação da conduta. Observa-se, a atuação do agente em circunstâncias normais seria uma figura típica, não sendo, justamente, pela concordância da pessoa na consumação da conduta descrita no Código Penal.

No que se referem os limites decorrentes do sistema jurídico, faz-se necessário ressaltar, que estes se dividem em: subjetivos e objetivos. Os limites subjetivos são aqueles atinentes com a pessoa que consente, no qual seja a titularidade do bem jurídico e personalidade jurídica de quem consente

concomitantemente. Se menor, porém, o consentimento será exercido por meio de seu representante legal, nos limites de seus poderes.

Já os limites objetivos, entretanto, são aspectos jurídicos atinentes à manifestação de vontade, que deve ser clara, séria, livre e determinada, identificando de forma inequívoca uma manifestação de vontade por parte do titular do bem jurídico penalmente protegido.

Se for presumido o consentimento pelas razões ressaltadas, entendemos: ser essencial que a situação fática seja deduzida por silêncio; que se verifique a necessidade de uma decisão que não pode ser retardada (porque o atraso eliminaria a possibilidade de escolha); e, finalmente, que a impossibilidade da decisão em consentir seja tomada pelo interessado. Fora dessas situações, a presunção será tida por irrelevante e o presumível consentâneo será responsabilizado penalmente pela lesão ou perigo de lesão que haja causado ao bem jurídico alheio.

Se, porém, for putativo o consentimento, relevante mesmo será que o suposto dissenso do interessado, que por ventura não tenha ocorrido ou nunca ocorreria, incida nas hipóteses do erro jurídico.

No que concerne aos *bons costumes*, torna-se relevante ressaltar, que este só poderá surtir efeito na medida em que as suas injunções revelem valores ou finalidades imanentes ao sistema social, com expressão mais ou menos explícita nos interesses elevados a categorias de bens jurídicos do ordenamento penal.

Constata-se, ainda, que o bem pode ser indisponível como a integridade física e a vida. Devido a sua natureza, seu exercício é posto entre a vontade do respectivo portador e o sentido da sua expressão, ou seja, são expressões da autônoma (privadas) de seus titulares. Por terem essa característica, cabe ao seu portador agir e dispor dela como bem entender, mesmo em situações em que essas ações poderiam ser consideradas prejudiciais para ele e que lhe assista a possibilidade fática de controlar a dimensão da lesão (em se tratando da integridade física) ou renúncia (em se tratando da vida) do bem jurídico.

Se o bem jurídico penalmente protegido, portanto, haja sofrido lesão ou perigo de lesão considerado de natureza leve, estes se exaurem tão somente na esfera privada. Se, porém, a lesão ou perigo de lesão sofrido forem considerados

de natureza grave ou gravíssima, acreditamos que inegável será, pelo princípio da solidariedade, a dimensão social da sua danosidade. Neste caso, o fato consentido se afrontaria, inequivocamente, com a consciência jurídica relacionada com os limites sociais e do *jus puniendi*.

### Considerações finais

Após o exposto, torna-se viável concluir que o crime é toda ação ou omissão que lese ou ponha em perigo de lesão um bem jurídico individual ou coletivo penalmente protegido. E a vítima do crime é toda pessoa, seja individual ou coletivo, que haja sofrido lesão ou perigo de lesão.

O consentimento é ato livre e consciente de titular do bem jurídico, capaz em anuir ou concordar de modo inquestionável com a lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico penalmente protegido, ao qual é único titular ou agente expressamente autorizado a dispor legalmente por ele.

O consentimento pode ser: real, quando decorre do ato livre e capaz do titular do bem jurídico individual; disponível (ou em determinadas circunstâncias, indisponível), desde que este possa apresentar-se como excludente da tipicidade, ou da antijuridicidade; presumido, quando se coloca no pressuposto de que nele não existe um consentimento real do titular do bem jurídico penalmente protegido, mas pressupõe a sua existência diante das circunstâncias; e, por fim, putativo quando se cogita em um dissenso do interessado, que por ventura não ocorreu ou não ocorreria, incidindo nas hipóteses de erro jurídico-penal.

Os requisitos de validade do consentimento são: aqueles atinentes com a pessoa que consente, qual seja a titularidade do bem jurídico e personalidade jurídica de quem consente; os atinentes à manifestação de vontade clara, séria, livre e determinada, identificando de forma inequívoca uma manifestação de vontade por parte do titular do bem jurídico penalmente protegido; e, em determinadas circunstâncias fáticas, os *bons costumes*.

Por fim, os limites de validade do consentimento decorrem da própria tipificação penal, do sistema jurídico como todo e, também, em determinadas circunstâncias fáticas, dos *bons costumes*.

#### Referências

- ANDRADE, Manoel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal*. Coimbra – Portugal: Coimbra Editora Ltda., 1991.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal - Parte Geral*. rev. , ampl. e atual. 17ªed. - São Paulo: Saraiva, 2012.
- DE ÁVILA, Gustavo Noronha. Luiz Alberto Brasil S. P. Filho. *Dos limites do consentimento do ofendido nas intervenções médicas: o caso dos transplantes dos órgãos*. Vol.4, nº 2, p. 219 – 231, Jul./dez.– Porto Alegre: 2012. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/File/7091/8814>> acesso em: 06/04/2013.
- DE JESUS, Damásio E. *Direito Penal - Parte Geral*. 1ºvol., 32ªed. - São Paulo: Saraiva, 2011.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal - Parte Geral. Questões fundamentais a doutrina geral do crime*. Tomo I - Coimbra, Portugal: Coimbra, 2004.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal - Parte Geral*. Vol. 1, (arts. 1º a 120, CP). rev., atual., e ampl. 14ª ed. - Niterói, RJ: Impetus, 2012.
- MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal*. Vol. I. 17ªed. - São Paulo: Atlas, 2001.
- NEUMAN, EliaS. *Victimologia. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994.
- QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal/Parte Geral*. rev. e ampl. 2ªed. - São Paulo: Saraiva, 2005.
- RAMIREZ, Juan Bustos. *Presente Y Futuro De La Victimología* . Santa Fé de Bogotá: Temis, 1993.
- SANTOS, Juarez. *Direito penal – Parte geral – 4ªed., rev., e ampl.* - Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

SILVA, De Plácido E. *Vocabulário Jurídico*. Atual. : Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 24<sup>a</sup> ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2004.