

## O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO

Aline Mota de Oliveira\*

### RESUMO

O presente trabalho tem por escopo analisar a importância jurídico-penal do instituto do consentimento do ofendido<sup>1</sup> para a dogmática penal, como reflexo do atual momento de reafirmação da autonomia individual, consequência imediata da época pós-moderna a que chegara a humanidade. A partir da perspectiva de um “mundo pluralista e constituído por interesses divergentes”, o estudo põe em questão os limites da autonomia e liberdade individuais na esfera penal, mais detidamente na seara do consentimento do ofendido. Nesse sentido, busca-se saber até que ponto o titular de um bem jurídico poderá renunciar a tutela penal, revelando, assim, o “desinteresse” por sua proteção. Tendo em vista que ordenamento jurídico brasileiro, a diferença de outros países, não disciplina o consentimento do ofendido, foi desenvolvido um estudo dogmático acerca do conceito e natureza jurídica do instituto ora em análise, enquadrando-o, em termos gerais, na categoria das causas de justificações (embora haja situações em que, diante do consenso do titular do bem jurídico, restará excluída a tipicidade, hipótese esta em que o dissenso for elemento da descrição típica); há, em contrapartida, um setor da doutrina que o considere, em todas as hipóteses, excludente da tipicidade. A fim de se conferir legitimidade ao instituto, perquire-se por seu coerente fundamento, a sua essência, sendo delineados critérios doutrinários diversos, antes de se chegar à conclusão que o fundamento direto do consentimento do ofendido é o princípio da ponderação de valores, na medida em que o consentimento excluiria a responsabilidade quando o Direito considerasse prevalente o valor liberdade de ação frente à lesão a um bem jurídico. A partir daí, põe-se em discussão o âmbito de validade do consentimento do ofendido, tendo em vista que, de acordo com a doutrina tradicional, para decidir sobre a aplicação ou não do instituto em exame, o critério seria o da (in)disponibilidade de bens jurídicos, partindo-se de um rol pré-estabelecido e indiscutível dos bens disponíveis e indisponíveis. Assim, propõe-se um novo olhar

---

\* Estudante da graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

<sup>1</sup> Tal expressão será aqui utilizada devido ao seu uso recorrente e já conhecido, mas é importante ressaltar que reflete de forma inadequada o seu significado, pois “*no puede considerarse ofendido al portador del bien jurídico que consciente em su lesión o puesta em peligro*”. CERESO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, II*. Madrid: Tecnos, 1998, p.326.

sobre o critério da (in)disponibilidade, bem como sua reconstrução, a partir de questionamentos sobre os limites da disponibilidade de um bem jurídico (o que tornaria um bem individual indisponível ao seu titular, ou a outro sujeito, agindo com seu consentimento, e, portanto, no exercício de direito subjetivo alheio?). Por fim, entende-se que a conclusão acerca da indisponibilidade deve estar relacionada à divisão entre bens individuais e coletivos, considerando-se coletivos aqueles de interesse da comunidade e que ao serem lesionados se desestabilizaria o agrupamento social; por conseguinte, deve-se a estes atribuir-se o “rótulo” da indisponibilidade, a fim de se prezar pela prevalência do interesse coletivo e a manutenção do elo social em uma dada comunidade, não podendo ser assim objeto do consentimento do ofendido; por exclusão os demais bens teriam natureza individual, disponíveis, integrantes, portanto, do âmbito de validade do consentimento do ofendido.

**PALAVRAS CHAVES:** DIREITO PENAL; CONSENTIMENTO DO OFENDIDO; AUTONOMIA; BEM JURÍDICO.

## **RESUMEN**

El presente trabajo (artículo) tiene el objetivo de analizar la importancia jurídico-penal del instituto del consentimiento del ofendido para la dogmática penal, como reflejo del actual momento de reafirmación del autonomía individual, consecuencia inmediata de la época pós-moderna que la humanidad há llegado. A partir de la perspectiva de un “mundo y constituído por interés divergentes”, el estudio pone en cuestión los límites del autonomía y libertad individuales en la esfera penal, más detidamente en la seara del consentimiento del ofendido. En ese sentido, se busca saber hasta que punto el titular de un bien jurídico podrá renunciar la tutela penal, revelando, así, el “desinterés” por su protección. Teniendo en vista que ordenamiento jurídico brasileño, la diferencia de otros países, no disciplina el consentimiento del ofendido, fue desarrollado un estudio dogmático sobre el concepto y naturaleza jurídica del instituto ora en análisis, encuadrándose, en termos generales, en la categoría de las causas de justificaciones (aunque haya situaciones e que, delante del consenso del titular del bien jurídico, restará excluída la tipicidad, hipótesis esta en que el disenso fuera elemento de la descripción típica); hay, en contrapartida, un sector de la doctrina que lo considere, en todas las

hipotesis, excluyente de la tipicidad. A fin de se conferir legitimidad al instituto, [perquirir-se] por su coherente fundamento, a su esencia, siendo [delineados] critérios doctrinarios diversos es el principio de la ponderación de valores, en la medida en que el consentimiento excluiría la responsabilidad cuando el derecho considerara prevalente el valor libertad de acción frente a lesión a un bien jurídico. A partir de ahí se pone en discusión al ámbito de validez del consentimiento del ofendido, teniendo en vista, de acuerdo con la doctrina tradicional, para decidir sobre la aplicación o no del instituto en examen, el criterio sería el de la (in)disponibilidad de bienes jurídicos, partiendo de un rol pré-establecido e indiscutible de los bienes disponibles e indisponibles. Así, proponese una nueva mirada sobre el criterio de la indisponibilidad de un bien jurídico (?lo que tornaria um bien individual indisponible al su titular, o al otro sujeto, agiendo con su consentimiento, y por lo tanto, en el ejercicio de derecho subjetivo ajeno?). Por fin se concluye que la conclusión sobre la indisponibilidad debe estar relacionada a división entre bienes individuales y coletivos, considerandose coletivos aquellos de interes de la comunidad y que al serem lesionados se desestabilizaria el agrupamiento social, se debe a estos atribuirse el rótulo de la indisponibilidad, afin de se prezar por la prevalência del interes colectivo y la manutención del elo social em uma dada comunidad, no pudiendo ser así, objeto del consentimiento del ofendido; por exclusión los demás bienes tendrían naturaleza individual, disponibles, integrantes, por lo tanto, del ámbito de la validez del consentimiento del ofendido.

**PALAVRAS-CLAVE:** DERECHO PENAL; CONSENTIMIENTO DEL OFENDIDO; AUTONOMIA; BIEN JURÍDICO.

## **INTRODUÇÃO**

Por influência da pós-modernidade, tem ganhado cada vez mais espaço o discurso da liberdade e da autonomia individual frente à consciência comum do agrupamento social ao qual pertencem os indivíduos. No momento atual, muitos reclamam a faculdade de exercer sem maiores limites ou entraves a liberdade, direito fundamental constitucionalmente assegurado, já que inerente ao exercício digno da vida humana.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> O momento atual reflete um “mundo secularizado e pluralista, onde os princípios de convivência são instituídos pelo próprio imaginário social e onde vigem cosmovisões (*Weltanschauungen*) e interesses legítimos e divergentes que devem, portanto, ser sempre negociados e revistos [...] É nesse novo clima

É uma discussão que está latente nas diversas ciências, humanas e naturais, conseqüência, como já dito, do estágio atual a que chegara a humanidade. Na seara do Direito, o exercício de tal liberdade torna-se mais delicado no campo do Direito Público, mais ainda ao tratar-se do Direito Penal, visto ser o ramo do direito que tutela os bens jurídicos considerados mais valiosos para o agrupamento social (*ultima ratio* do ordenamento jurídico).

No campo penal, o instituto que traz à tona a discussão da autonomia é o consentimento do ofendido (ou consentimento do interessado, como preferem alguns), tendo, segundo Juarez Tavares,<sup>3</sup> sua origem como discriminante no brocardo romano “*nulla injuria est, quae volentem fiat*” ou “*volenti non fit injuria*”. Tal instituto pode ser definido, singelamente, como a renúncia do titular do bem jurídico à proteção penal, vale dizer, o portador do bem jurídico revela ao agrupamento social em que está inserido o “desinteresse” por se proteger determinado bem jurídico. Nesse sentido, o consentimento “sempre representa uma cessão do exercício do direito”, e como conseqüência “toda a lesão do direito que se produza com o consentimento do titular contém o exercício desse direito subjetivo alheio”.<sup>4</sup> Mas a simplicidade do conceito proposto dá lugar a uma discussão demasiadamente complexa ao se perquirir sobre a sua validade e aplicação.

## 1. NATUREZA DOGMÁTICA (JURÍDICA)

Para uma melhor esquematização do presente estudo, em primeiro lugar, faz-se necessário identificar, em termos dogmáticos, qual o significado do consentimento do ofendido para o Direito Penal.

O consentimento do ofendido, em termos gerais, constitui causa de exclusão da antijuridicidade ou da tipicidade, conforme doutrina adotada. Para a corrente majoritária, aqui defendida, baseada na distinção feita por Geerds,<sup>5</sup> o consentimento do

---

que a partir dos anos 60 o princípio de respeito da **autonomia** pessoal se torna uma das principais ferramentas da filosofia moral, em particular da ética aplicada aos conflitos de interesse e valores vigentes nas sociedades secularizadas das democracias pluralistas ocidentais”. SCHRAMM, Roland Fermin. A Autonomia Difícil. Disponível em [www.portalmedico.org.br/revista/bio1v6/autodifcil.htm](http://www.portalmedico.org.br/revista/bio1v6/autodifcil.htm). Acesso em: 05 out. 2007.

<sup>3</sup> TAVARES, Juarez. O consentimento do ofendido no Direito Penal. *Revista de Faculdade de Direito da Ufpr*, Curitiba, 1969, p. 258.

<sup>4</sup> NETO, Luísa. *O Direito Fundamental à disposição sobre o próprio corpo (A relevância da vontade na configuração do seu regime)*. Porto: Coimbra, 2004, p. 365.

<sup>5</sup> JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Granada: Comares, 1993, p.335

ofendido poderá ou ser excludente da tipicidade ou causa de justificação, diante da análise dos tipos da parte especial. Excluirá a tipicidade, quando o dissenso for elemento da descrição típica, e haja concordância do ofendido (*Einverständnis*) na conduta de quem age. É o caso, por exemplo, dos tipos de furto, estupro, invasão de domicílio que para serem configurados, faz-se necessária a discordância da vítima, produzindo a sua aquiescência a desconfiguração do tipo penal. Para tal corrente, o consentimento excluirá a ilicitude da conduta quando o dissenso não for elemento do tipo penal, então haverá descaracterizada a antijuridicidade, mas a tipicidade da conduta permanecerá. Na doutrina alemã seria o consentimento (*Einwilligung*) em sentido estrito.<sup>6</sup> Já para a posição minoritária, nascida na moderna Ciência do Direito Penal Alemão, encabeçada por Roxin, e assumida no Brasil por Juarez Cirino, o consentimento do ofendido somente teria efeito excludente do tipo, já que é “exercício de liberdade constitucional de ação do portador do bem jurídico”,<sup>7</sup> não podendo, assim, configurar um agir típico; consentimento excluiria o desvalor do resultado, por implicar uma renúncia à proteção do bem jurídico, ficando excluída com isso o âmbito de proteção da norma. Em relação ao consentimento presumido há consenso sobre a sua natureza justificante.<sup>8</sup>

No Brasil, o consentimento ainda não foi codificado, portanto é considerado causa supralegal de exclusão de responsabilidade penal. A doutrina brasileira, em sua quase totalidade, segue a tendência majoritária de ora considerar o consentimento como causa de exclusão do tipo, ora como causa de justificação:<sup>9</sup> “o consentimento do sujeito passivo pode excluir a tipicidade da ação ou da omissão, quando requisito intrínseco ao tipo legal, ou, eventualmente, quando externo a ele, elidir a ilicitude da conduta”.<sup>10</sup>

---

<sup>6</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal- Parte General*. Barcelona:Júlio César Faria, 2005, p. 504; PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.89; SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal: Parte Geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p. 262.

<sup>7</sup> Nesse sentido, Roxin afirma: “*El efecto excluyente del tipo que tiene el consentimiento se infiere, por consiguiente, no en primer lugar del Derecho consuetudinario o de la adecuación social de la acción apoyada en él (por más que ambas cosas son ciertas) sino inmediatamente de la libertad de acción garantizada constitucionalmente*” ROXIN, Claus. *Derecho Penal- Parte General*. Madrid: Civitas, 1997, p. 517, 518; SANTOS, Juarez Cirino. Ob. Cit., p. 262.

<sup>8</sup> SANTOS, Juarez Cirino. Ob. Cit., p. 262.

<sup>9</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal- Parte Geral*. Rio de Janeiro:Impetus, 2006, p.402; PIERANGELI, José Henrique. Ob. Cit. , p.89; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro- Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v.1, p. 414.

<sup>10</sup> PRADO, Luiz Regis. Ob. Cit., p.414. De acordo com Mir Puig, “*consentir (en sentido amplio) no es la única forma relevante em que um sujeto puede intervenir em um hecho cuando lo acepta. Su intervención*

## 2. FUNDAMENTOS

No que tange ao fundamento do consentimento, a sua essência, há diferentes opiniões entre os autores, tendo sido instalada também, nesse aspecto, controvérsia doutrinária. Desse modo, há alguns critérios doutrinários para a fundamentação do consentimento, a saber:

### 3.1) Critério da renúncia da norma à proteção jurídica -Maurach e Welzel

A norma cede como consequência da renúncia do bem jurídico ameaçado.<sup>11</sup> O sujeito passivo dispensaria o cumprimento das normas (mandados ou proibições) por parte do sujeito ativo. Segundo Cerezo Mir, este critério resulta pouco compatível com o caráter público do Direito Penal. “Há ocasiões em que o bem atacado renuncia à proteção da norma, constituindo uma situação anormal. Essa situação arrasta consigo a norma, fazendo-a retroceder, pois já não interessa a ela proteger o bem, tendo em vista o critério de valor de uma situação normal”.<sup>12</sup>

### 3.2) Critério de Mezger

Para tal autor, o fundamento do consentimento seria o princípio da ausência de interesse: “el abandono consciente de los intereses por parte del que legítimamente tiene la facultad de disposición sobre el bien jurídico”.<sup>13</sup> Para o autor, o consentimento exclui o injusto sempre que inexistir interesse, diante do bem renunciado à proteção. Para Cerezo Mir, tal critério não é convincente, pois se pode emitir consentimento contrário ao próprio interesse; o sujeito passivo pode equivocar-se a respeito do seu próprio interesse; e ainda pode conscientemente sacrificar um interesse próprio em prol de outro que repute superior, inexistindo, nesse caso, a defendida ausência de interesse. Além disso, admite o próprio Mezger, no que se refere ao consentimento presumido (que será abordado mais adiante), os limites do princípio da ausência de interesse. Segundo ele, “no es raro, em verdad, que falte el consentimiento y que, sin embargo, la realización

---

*puede influir en la realización del hecho más allá del mero consentir: así, cuando alguien pide a outro que destruya un bien suyo (del primero) o que le ponga en un determinado peligro, o cuando comparte com outro una actividad arriesgada. Em estos casos la intervención de la víctima puede hacer que el hecho deba imputársele a ella y no a la otra u otras personas que intervienen en el hecho. Estas otras no realizarán entonces un tipo penal, aunque contribuyan a causar la lesión típica.. Y ello no se deberá sólo al consentimiento de la víctima, sino a su influencia objetiva em el hecho” . MIR PUIG, Santiago. Ob. Cit., p. 505.*

<sup>11</sup> TAVARES, Juarez. Ob. Cit., p.263.

<sup>12</sup> MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona, 1962, p.404.

<sup>13</sup> MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955, p.414.

de la conducta corresponda al más urgente y apremiante interés del supuestamente lesionado”.<sup>14</sup>

Assim, poderá haver casos de consentimento por ausência de interesse, como também haverá casos em que o interesse (ou pelos menos algum interesse) se faça presente, sendo, ainda assim, possível à validade do consentimento. Desse modo, tal princípio da ausência de interesse, não satisfaz como fundamento, ao instituto do consentimento do ofendido.

### 3.3) Critério da ponderação de valores

Mais coerente, nos parece, adotar o critério da ponderação de valores, defendido pelo professor José Cerezo Mir, na Espanha, e acolhido entre nós por Luiz Regis Prado. Ensina Cerezo Mir ser este princípio o fundamento mais adequado para sustentar tal causa de exclusão de responsabilidade penal, na medida em que o consentimento excluiria responsabilidade quando o Direito considerasse prevalente o valor liberdade de ação frente à lesão a um bem jurídico.<sup>15</sup> Assim, embora tenha o indivíduo interesse em um determinado bem, diante das circunstâncias, poderá decidir, após uma ponderação valorativa, por lesioná-lo.

## 3. ÂMBITO DE APLICAÇÃO

O âmbito de aplicação do consentimento, aquilo que poderá ser objeto do consenso, se baseia no critério tradicional, e quase indiscutível entre os autores, nacionais e estrangeiros, da (in)disponibilidade de determinado bem jurídico. A doutrina parte do pressuposto de que determinados bens individuais, como vida e integridade física (este último, quando não couber a adequação social), por exemplo, são indisponíveis, e que por isso o consentimento não poderia ser aplicado; e assim é determinado sem maiores explicações prévias. O que tornaria um bem individual indisponível ao seu titular, ou a outro sujeito, agindo com o seu consentimento, e, portanto no exercício de direito subjetivo alheio? Qual o limite da disponibilidade de um bem jurídico?

O mais acertado, porém não de todo seguro, seria associar o critério da (in)disponibilidade à divisão entre bens jurídicos de interesse individual e coletivo. Bens disponíveis seriam aqueles de interesse individual, e bens indisponíveis seriam os de interesse essencialmente coletivo. A partir daí, torna-se importante definir o liame

<sup>14</sup> MEZGER, Edmund. Ob. Cit., p. 430.

<sup>15</sup> CEREZO MIR, José. Ob. Cit., p.333, 334.

entre bem de interesse coletivo e bem de interesse individual. Bem de interesse coletivo seria aquele exclusivamente da comunidade, e que ao sofrer uma lesão desestabilizaria o agrupamento social; é aquele que, quando lesado, ameace a continuação e desenvolvimento da comunidade. Quando o bem em questão for de imprescindibilidade para o coletivo, não se poderá dele dispor, por razão óbvia de envolver interesse difuso, assim, impossível de ser disponível. Para a validade do consentimento, é necessária a emissão de vontade por parte de todos os seus titulares, o que se torna inviável diante da multi-titularidade dessas espécies de bens. Assim, faz-se necessário determinar os bens que efetivamente sejam essenciais, imprescindíveis à manutenção da sociedade, que dada uma lesão prejudique o elo social.

Os demais seriam os bens de interesse individual, e sobre eles seria livre o exercício da autonomia do seu titular, sendo de todo possível ser sobre eles prevalente o valor liberdade de ação, a cargo do seu portador, tanto no sentido de preservá-los, quanto no de violá-los, desde que não atente contra a ordem constitucional estabelecida, os seus princípios e os direitos fundamentais. Nesse sentido, conclui Muñoz Conde, no que se refere às chamadas decisões de consciência:<sup>16</sup> “a tolerância ou pelos menos a compreensão para com o infractor de uma norma jurídica quando a infração assentar numa decisão de consciência e não afectar os princípios fundamentais da Constituição, nem os direitos fundamentais nela reconhecidos, é ou deve ser uma das características principais de uma ordem fundada na liberdade”, e continua “o Estado de Direito só pode sancionar legitimamente um facto praticado por motivo de consciência se não puder alcançar os seus fins por meio de alternativas que respeitem essa consciência”.<sup>17</sup> Os principais bens seriam os de natureza coletiva, decorrência da necessidade do homem viver em sociedade, e de ser um ser para o outro e não só voltado para si mesmo; seriam eles os fundamentais para a existência do grupo social, o que em última análise seriam igualmente fundamentais para a manutenção do ser individual. O que está sendo defendido não é a restrição da autonomia, ao contrário, a sua ampliação, a partir da quebra do tabu da (in)disponibilidade de determinados bens, que na sua essência não são bens de interesse coletivo, o que geraria um maior espaço de exercício da liberdade do indivíduo.

---

<sup>16</sup> NETO, Luísa. Ob. Cit., p. 356.

<sup>17</sup> MUÑOZ CONDE, F. Derecho Penal- Parte General. Valencia, 1993, p.101 ss., p.111, apud NETO, Luísa. O Direito Fundamental à disposição sobre o próprio corpo (A relevância da vontade na configuração do seu regime). Porto: Coimbra, 2004,

#### 4. REQUISITOS

É importante ressaltar a distinção entre disponibilidade e poder de disposição de um bem jurídico. Esta última é a legitimação para que, diante de um bem disponível e de um correspondente consentimento, seja viável a sua disposição.<sup>18</sup> Tal legitimação é o que concede validade para o consentimento. Assim, para ser possível o consentimento diante de um bem disponível, é necessário o cumprimento de alguns requisitos:

a) O consentimento deve ser anterior, ou ao menos, simultâneo à conduta do agente, pois conforme afirma Juarez Cirino, consentimento posterior é irrelevante; a ratificação da conduta inicialmente realizada sem consentimento, não produz efeito em sede de Direito Penal Material, somente importaria ao Direito Processual Penal, no reconhecimento da renúncia ao direito de queixa, e no instituto do perdão do ofendido.<sup>19</sup>

b) Capacidade e legitimação para consentir. O consentimento somente será válido quando o sujeito que consente seja de fato efetivamente capaz para tal. Aqui se critica o requisito de idade, adotado por alguns autores, como, por exemplo, o critério da capacidade penal de ação (imputabilidade), ou o critério da lei civil. Assim, a capacidade de consentimento depende da capacidade do seu titular, analisada concretamente, diante de determinada situação, independente da idade. Assim, preleciona Edmund Mezger em seu Tratado de Direito Penal: “ [...] *más correcto es decidir com arreglo a las circunstancias y naturaleza de cada caso concreto, examinando si el lesionado poseía la necesaria capacidad de juicio y si el consentimiento correspondía a su verdadera voluntad.. La edad en si y las condiciones psíquicas em lo restante no son decisivas de modo absoluto*”.<sup>20</sup> Nesse sentido, Juarez Cirino afirma: “a capacidade de consentimento deve existir como capacidade concreta de compreensão do *significado* e da *extensão* do ato consentido, ou seja, da natureza e das conseqüências da renúncia ao bem jurídico respectivo”. Por isso, o consentimento deve ser outorgado de forma séria, desembaraçada e livre de vícios de vontade, como engano, erro, coação (física ou moral).

Legitimado para consentir está somente o titular do bem jurídico em questão, exceto se não tiver capacidade para tal. Dessa forma, se o portador do bem jurídico é

<sup>18</sup> PIERANGELI, José Henrique. Ob. Cit., p.118.

<sup>19</sup> TAVARES, Juarez. Ob. Cit., p.264.

<sup>20</sup> MEZGER, Edmund. Ob. Cit., p. 418.

considerado incapaz para consentir, diante de uma análise concreta, “o consentimento deverá ser manifestado pelos pais ou responsáveis [...] Mas o representante legal não pode consentir pelo portador do bem jurídico nas chamadas “decisões existenciais”, ou relacionadas ao núcleo da personalidade”,<sup>21</sup> segundo preleciona Juarez Cirino.

c) A manifestação do consentimento deve ser preferencialmente, dada de maneira expressa, para que seja assegurada a clareza, admitindo o consentimento tácito “quando em virtude das circunstâncias, se torna iniludível a renúncia do titular do bem”.<sup>22</sup>

d) “Atuação nos limites do consentimento”.<sup>23</sup> O autor deverá pautar sua conduta nos limites do consentimento outorgado, e conforme Juarez Tavares, “o consentimento deve se referir de modo específico à modalidade de ação”.<sup>24</sup>

e) Diante dos requisitos anteriores, e da consideração de que consentimento é cessão do exercício do direito, só se pode concluir que: “se o bem pertence a mais de um titular, é mister o consentimento de ambos”.<sup>25</sup>

## 5. CONSENTIMENTO PRESUMIDO

Há situações em que inexistente o consentimento real do portador do bem jurídico, mas diante de determinadas circunstâncias este pode ser presumido, figurando, ainda essa situação, como causa de exclusão de responsabilidade penal. A vontade do titular do bem jurídico é desconhecida pelo agente, devendo este, portanto, “presumi-la, colocando-se na situação do titular do bem jurídico”<sup>26</sup>. Adota-se, assim, um “critério de probabilidade”,<sup>27</sup> e uma “vontade racional”<sup>28</sup> do titular do bem em questão. O consentimento presumido “é construção normativa do psiquismo do autor sobre a existência objetiva do consentimento do titular do bem”,<sup>29</sup> e sua nota é a subsidiariedade em relação ao consentimento real: “se o consentimento real é manifestado pelo portador

---

<sup>21</sup> SANTOS, Juarez Cirino. Ob. Cit., p. 267,268.

<sup>22</sup> TAVARES, Juarez. Ob. Cit., p. 265.

<sup>23</sup> PRADO, Luiz Regis. Ob. Cit., p.417.

<sup>24</sup> TAVARES, Juarez. Ob. Cit., p. 264.

<sup>25</sup> TAVARES, Juarez. Ob. Cit., p.264.

<sup>26</sup> PIERANGELI, José Henrique. Ob. Cit., p. 163.

<sup>27</sup> PIERANGELI, José Henrique. Ob. Cit., p. 163.

<sup>28</sup> PIERANGELI, José Henrique. Ob. Cit., p. 163.

<sup>29</sup> SANTOS, Juarez Cirino. Ob. Cit., p.268.

do bem jurídico, então não há o que se presumir; se não existe consentimento real manifestado, então a existência objetiva do consentimento pode ser presumida”.<sup>30</sup>

O consentimento presumido poderá ser de duas espécies: a) consentimento no interesse do titular do bem jurídico; b) consentimento presumido no interesse do agente.

a) No interesse do titular do bem jurídico, para Maurach/Zipf, o consentimento, na maioria dos casos, se apresentaria como situação semelhante ao estado de necessidade justificante.<sup>31</sup> Segundo Juarez Tavares, “identifica-se uma colisão de bens pertencentes a uma mesma pessoa e cuja solução será proporcionada por um terceiro, seguindo um juízo hipotético sobre a solução que daria o titular do bem, se estivesse naquela situação”.<sup>32</sup> Tal espécie de consentimento ocorre em situações em que a aquiescência não pode ser obtida, mas o titular do bem jurídico consentiria se perguntado (são os casos de estado de inconsciência do titular do bem); e nos casos em que o consentimento do titular do bem jurídico pode ser conhecido, mas, excepcionalmente, não se faz necessário, diante da obviedade da presunção (entrar na casa alheia para apagar incêndio, por exemplo; mas ainda nesta hipótese, segundo Juarez Cirino, “o consentimento não pode ser presumido se o autor conhece a vontade contrária do portador do bem jurídico”).<sup>33</sup>

b) O consentimento presumido no interesse do agente corresponderia à hipótese de consentimento amparado pelo princípio da adequação social. O agente acredita numa relação de amizade com o titular do bem jurídico, e por isso pressupõe o assentimento deste em relação à disposição do bem jurídico em questão. Claro é o exemplo de Maurach/Zipf no que tange a essa hipótese: “B utiliza la bicicleta de su buen amigo F, com el fin de llegar a la estación ferroviária más próxima y no perder de esse modo una importante conexión de tren; a B no le es posible consultar previamente a F, contando, sin embargo, con su aprobación”<sup>34</sup>. Assim, a utilização da bicicleta ocorre no exclusivo interesse de B, e não no do titular do bem jurídico afetado.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

---

<sup>30</sup> SANTOS, Juarez Cirino. Ob. Cit., p.268.

<sup>31</sup> MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho Penal- Parte General*. Buenos Aires: Astrea, 1994, p.491.

<sup>32</sup> TAVARES, Juarez. Ob. Cit., p.268.

<sup>33</sup> SANTOS, Juarez Cirino. Ob. Cit., p.269.

<sup>34</sup> MAURACH/ZIPF. Ob. Cit., p. 492.

O consentimento do ofendido é tema polêmico entre grande parte da doutrina, e aqui no Brasil, é ainda pouco debatido e estudado, visto que é instituto não codificado, e como já dito, figura, entre nós, como causa supralegal de exclusão de responsabilidade penal.

É instituto penal que reflete de modo inequívoco a autonomia individual perante bens jurídicos e, conseqüentemente perante a coletividade. E por ser função do Direito Penal tratar subsidiariamente os bens jurídicos mais importantes, ganha o consentimento grande relevância.

Assim, crucial é definir como, em que medida e até que ponto o consentimento pode ser aplicado (o seu objeto). Há limites para que o titular de um bem jurídico o possa dispor? Há limites para a autonomia individual?

Não há resposta pronta, há ainda muito a ser (re)construído, e (re)pensado, mas se se compartilha da idéia de que o ser humano é um ser em prol do outro, e em busca do outro, o mais coerente é concluir pela prevalência do interesse coletivo, e da inalienabilidade de bens que afetem de maneira direta o elo social, a coletividade, para que esta não pereça, e com ela o ser individual, visto ser o homem um ser eminentemente social.

## **Referências Bibliográficas**

CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, II*. Madrid: Tecnos, 1998.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal- Parte Geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Granada: Comares, 1993.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona, 1962.

MAURACH/ZIPF. *Derecho Penal- Parte General*. Buenos Aires: Astrea, 1994.

MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal- Parte General*. Barcelona: Júlio César Faria, 2005.

NETO, Luísa. *O Direito Fundamental à disposição sobre o próprio corpo (A relevância da vontade na configuração do seu regime)*. Porto: Coimbra, 2004.

PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro- Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal- Parte General*. Madrid: Civitas, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal: Parte Geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2006.

SCHRAMM, Roland Fermin. A Autonomia Difícil. Disponível em <<http://www.portalmedico.org.br/revista/bio1v6/autodificil.htm>>. Acesso em: 05 out. 2007.

TAVARES, Juarez. O consentimento do ofendido no Direito Penal. *Revista de Faculdade de Direito da Ufpr*, Curitiba, 1969.