

O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO

Rodrigo Fragoso

O consentimento do ofendido constitui objeto de intenso debate entre os penalistas que, divergindo quanto à sua posição na estrutura do delito, atribuem efeitos práticos distintos para o agente que atua com a consciência e em função do consentimento. Para a maioria dos autores, ele é causa de justificação, que exclui a *antijuridicidade*, salvo se funcionar como circunstância elementar do tipo, caso em que exclui a *tipicidade*. Nesse caso, o consentimento é também chamado, por HANS-HEINRICH JESCHECK, de “acordo”. Para uma minoria, da qual faz parte CLAUS ROXIN, o consentimento teria o efeito de excluir *sempre* a tipicidade. Examinemos, pois, em breve síntese, as razões dos distintos posicionamentos dentro da estrutura do delito.

Historicamente o consentimento da vítima sempre provocou divergências entre as escolas do Direito. A Escola Histórica do Direito rechaçava por princípio a influência do consentimento sobre a punibilidade do agente porque entendia que o Direito Penal, como forma de manifestação histórica de ordem estatal, não podia estar sujeito à disposição do indivíduo. A Escola Sociológica do Direito, por seu turno, ao explicar o delito como lesão de interesses, chegava ao resultado contrário, de que o consentimento excluía absolutamente (também, por exemplo, em ataques à integridade física ou à vida) a infração jurídica de quem atua.

Para a doutrina clássica, no entanto, não parece haver dúvida de que há 02 (duas) hipóteses bastante distintas de consentimento: (i) a primeira é aquela que resulta do consentimento dado sobre bens jurídicos *disponíveis*, ou seja, bens exclusivamente de interesse privado, que são tutelados pela lei penal somente se são atingidos contra a vontade do titular. Nessas situações, o consentimento do ofendido excluiria a antijuridicidade, subsistindo a

ação típica; (ii) a segunda hipótese, por seu turno, é aquela também conhecida por “acordo”, em que a atuação contrária à vontade constitui circunstância elementar da própria ação típica, como na invasão de domicílio (art. 150, CP). Nesse caso, havendo acordo, ou seja, não havendo “atuação contrária à vontade da vítima”, exclui-se a própria tipicidade.

No primeiro caso, o consentimento traz consigo, segundo WELZEL, uma *renúncia à proteção jurídica* que exclui a ilicitude. Só é válido, por óbvio, se a pessoa for capaz de consentir e, do ponto de vista subjetivo, será indispensável que o agente tenha consciência e atue em função desse consentimento. O consentimento posterior é irrelevante, podendo gerar apenas efeitos práticos nas ações penais privadas ou públicas condicionadas à representação.

Se o proprietário permite, por exemplo, que terceiro danifique sua casa, segundo a doutrina dominante, o consentimento não remedia que a coisa tenha sido danificada, nem que a propriedade resulte tipicamente lesionada. O consentimento excluiria apenas a antijuridicidade posto que a renúncia à proteção do bem jurídico estaria no âmbito do direito de autodeterminação individual e sobre a base constitucional de liberdade de ação. Da mesma forma, quem se deixa submeter a um experimento científico que impeça durante um tempo de ter contato com o mundo exterior, abandona transitoriamente sua liberdade de movimento (*Jescheck*).

De outro lado, em certos preceitos penais a ação típica se dirige, segundo o teor literal ou o sentido da descrição legal, diretamente contra a vontade da vítima, sendo inofensiva se ela é realizada em conformidade com a sua vontade. Em tais casos, a circunstância que fundamenta o injusto consiste na contradição da vontade da vítima. Se ela está de acordo, a ação punível se converte “*en un proceso normal entre ciudadanos en el marco del orden social dado.*” (*Jescheck*).

Com efeito, para aqueles que consideram o consentimento (ou melhor, o *acordo*) da vítima circunstância que exclui a tipicidade, a lesão do bem jurídico nessa renúncia autônoma do titular do direito de proteção seria apenas aparente. Quer dizer: apesar da realização formal do tipo penal faltaria materialmente uma lesão antijurídica do bem. O verdadeiro bem jurídico, advertem ALBIN ESER e BJÖRN BURKHARDT, não é propriamente a manutenção do objeto em questão, mas a liberdade de disposição individual.

Por seu turno, é *atípica* a hipótese do ingresso de um visitante bem-vindo à residência do titular do direito de moradia. Faltaria aqui a “invasão”, que é o elemento objetivo do tipo penal. Da mesma forma, se alguém está de acordo com que outrem retire uma coisa do domínio daquele, não existe a “subtração” no sentido do artigo 155, do CP, sendo atípica a conduta; ou ainda quem rapta mulher com a concordância dela não pratica seqüestro. Isto porque pelo *teor literal* dessas condutas o tipo penal exige que a ação seja praticada contra a vontade do ofendido.

Diante disso, é possível verificar com clareza a contraposição entre a natureza mais “fática” do *acordo* em comparação com o caráter “jurídico” do *consentimento*.

A posição de Claus Roxin

Para o Prof. CLAUD ROXIN o consentimento do ofendido, no entanto, exclui sempre a tipicidade porque constituiria *legítimo exercício do direito de liberdade de ação* do indivíduo. Se os bens jurídicos servem para o livre desenvolvimento dos indivíduos — afirma o ilustre catedrático da Universidade de Munique — não pode existir lesão alguma do

bem jurídico quando uma ação se baseia numa disposição do próprio portador do bem jurídico. Se o proprietário, através de uma decisão livre, assente com a destruição de sua coisa, não existe nenhuma lesão da posição de proprietário, mas apenas uma cooperação no exercício do seu direito de propriedade.

ROXIN adverte ainda que a opinião contrária representa uma confusão entre o objeto do fato (*objeto material da ação*) e o bem jurídico. Se se produz uma deteriorização da coisa concreta, esta não representa necessariamente um ataque à propriedade (direito tutelado), mas um “apoio” ao exercício pleno desse direito. As lesões causadas por podólogo ou cirurgião plástico, por exemplo, não constituiriam fatos típicos, porém justificados por sua adequação social ou pelo exercício regular de um direito ou ofício. Tais lesões representariam apenas decorrências normais do desenvolvimento da personalidade no que tange ao tratamento que a pessoa concede ao corpo. Muito além do direito consuetudinário e da adequação social da ação, é o livre exercício do direito constitucional de *liberdade de ação* que fundamenta a exclusão da tipicidade.

No caso de lesão a bens indisponíveis (de alto valor social), ROXIN reconhece a existência de limites à faculdade de disposição individual. Mas se esses limites são superados, o consentimento não há de ter eficácia de excluir nem a tipicidade, nem a antijuridicidade.

Em oposição crítica àqueles que defendem a idéia de que o consentimento do ofendido excluiria sempre a tipicidade, JESCHECK afirma que tal entendimento importaria que o consentimento fosse tratado como um elemento subjetivo do tipo e, ainda, uma subjetivação do conceito de bem jurídico que transladaria a vigência do preceito penal ao arbítrio do titular do bem jurídico.

Por fim, tais divergências encontram seu alcance prático no tratamento do erro sobre os pressupostos do consentimento dependendo do seu enquadramento dentro da estrutura do delito. Por exemplo, o erro sobre os limites do conhecimento importa na caracterização de um erro de tipo (que exclui o dolo) ou erro de proibição (a excluir a culpabilidade).

BIBLIOGRAFIA REFERIDA:

- Eser, Albin e Burkhardt, Björn, *Derecho Penal – Cuestiones Fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de Casos de Sentencias*, Madrid: editorial Colex, 1995;
- Hungria, Nelson, *Comentários ao Código Penal*, Vol. I, Tomo II, Rio de Janeiro: ed. Forense, 1978;
- Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1978;
- Roxin, Claus, *Derecho Penal – Parte General, Tomo I*, Madrid: Editorial Civitas, 1997;