

O consentimento do ofendido em face da Teoria da Imputação Objetiva

DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS

Nas doutrina tradicional, o consentimento do sujeito passivo pode funcionar como: a) causa excludente da tipicidade; ou b) causa supralegal de exclusão da antijuridicidade ⁽¹⁾.

Quando a figura típica contém a falta de consentimento da vítima como elemento da definição legal do crime (1.ª hipótese), o consenso funciona como causa de exclusão da tipicidade. Assim, no delito de violação de domicílio (CP, art. 150), o dissenso do sujeito passivo funciona como elementar do tipo. De modo que a presença de seu consentimento torna atípico o fato ⁽²⁾. Esses casos recebem o nome de "acordo" ⁽³⁾.

Nas figuras em que o dissentimento do ofendido não se encontra descrito como elementar (2.ª hipótese), o consenso funciona como causa supralegal de exclusão da ilicitude ⁽⁴⁾, havendo o que a doutrina denomina "consentimento" em sentido estrito ⁽⁵⁾. Ex.: não há crime de dano (CP, art. 163) quando o titular do bem jurídico consente em que o objeto material seja danificado, destruído ou deteriorado. Em casos semelhantes, tratando-se de crime material (de conduta e resultado), a doutrina clássica não encontrou meios de excluir a responsabilidade penal do autor no plano da tipicidade, tendo em vista a presença

⁽¹⁾ JULIO ARMAZA GALDOS, "La eximente por consentimiento del titular del bien jurídico", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madri, Facultad de Derecho de la Universidad de Educación a Distancia, 2.ª fase, jan.98, 1:113 e 116.

⁽²⁾ Nesse sentido: CLAUS ROXIN, *Derecho Penal, Parte General*, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal, Madri, Editorial Civitas, 1997, tomo I, p. 512; CELSO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO JÚNIOR e FÁBIO M. DE ALMEIDA DELMANTO, *Código Penal Comentado*, Rio de Janeiro, Renovar, 5.ª ed., 2000, p. 19.

⁽³⁾ HANS-HEINRICH JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, trad. de José Luis Manzanares Samaniego, Granada, Editorial Comares, 1993, p. 354.

⁽⁴⁾ MAXIMILIANO ADOLFO RUSCONI *Los límites del tipo penal* (Un análisis de la tipicidad conglobante), Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992, p. 57; FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, *Princípios básicos de Direito Penal*, São Paulo, Editora Saraiva, 1986, p. 202; JUAREZ TAVARES, *Direito Penal da negligência*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1985, p. 164, n. 5.2.3; DELMANTO, *op. cit.*, p. 19, 20 e 44; CEZAR ROBERTO BITTENCOURT, *Manual de Direito Penal, Parte Geral*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 290.

⁽⁵⁾ JESCHECK, *op. e loc. cit.*

indisfarçável da conduta dolosa, resultado, nexo de causalidade material e adequação aos tipos incriminadores. Daí a solução clássica e majoritária da doutrina de ser considerado o consento causa supralegal de exclusão da ilicitude ⁽⁶⁾, desde que presentes as seguintes condições: 1.ª) permissão do ordenamento jurídico para a disposição pessoal do interesse; 2.ª) capacidade pessoal do consentiente (capacidade natural de compreensão e discernimento); 3.ª) ausência de vício da vontade, como erro, coação, fraude etc.); 4.ª) consentimento anterior à prática do fato; 5.ª) conhecimento do consento por parte do autor ⁽⁷⁾.

Hoje, porém, verifica-se na teoria da imputação objetiva, que passamos a adotar, forte tendência, ainda minoritária, de conceder ao consento da vítima relevância em nível de tipicidade e não de antijuridicidade, i.e., os autores estão passando a considerar que a contribuição do ofendido na prática do fato, mediante consentimento, nas hipóteses em que o tipo não contém o dissentimento (2.º caso), deve produzir efeito no plano da tipicidade, excluindo-a, e não na área da ilicitude, como excludente supralegal ⁽⁸⁾.

São distintos os efeitos da apreciação do consento no plano da tipicidade ou da ilicitude. Atuando em nível de tipicidade, o erro sobre o consentimento configura “erro de tipo”, excludente do dolo (art. 20 do CP). Se entendermos a valoração do consento em termos de antijuridicidade, o erro sobre sua presença constitui “erro de proibição”: erro sobre os pressupostos de uma causa supralegal de exclusão da ilicitude, subsistindo o dolo e se afastando a culpabilidade, de acordo com o art. 21 do CP.

A teoria da imputação objetiva, concedendo relevância típica ao consentimento do ofendido (2.ª hipótese), antecipa a exclusão de certas condutas e resultados do campo penal, solução que as doutrinas clássicas só admitem na esfera da ilicitude, numa segunda fase de apreciação da existência do crime. Com efeito, conceituando o delito como fato típico e antijurídico (e culpável, segundo parte da doutrina), a exclusão do comportamento numa ou em outra fase (da tipicidade ou da ilicitude) tem importância prática. Atribuindo-se efeito de atipicidade ao consento válido, impede-se a persecução criminal, atendendo a reclamos de um Direito Penal democrático e garantista. Como só é admissível passar à apreciação de uma categoria a outra, i.e., do fato típico à

⁽⁶⁾ JESCHECK, *idem*.

⁽⁷⁾ FRANCISCO MUÑOS CONDE e MERCEDES GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 360 e 361. No mesmo sentido: JESCHECK, *op. cit.*, pp. 343 a 345; ADRIÁN BERDICHEVSKY, “Delitos imprudentes en el ámbito de la práctica deportiva”, in *Cuestiones particulares de la imprudencia en el Derecho Penal*, coordenação de Julio B. J. Maier, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, p. 100.

⁽⁸⁾ Nesse sentido, entre outros: CLAUS ROXIN, *op. cit.*, p. 515; MANUEL CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima y imputación objetiva en Derecho Penal*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1998, p. 333; PAZ MERCEDES DE LA CUESTA AGUADO, *Tipicidad y imputación objetiva*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 142; BEATRIZ DE LA GANDARA VALLEJO, *Consentimiento, bien jurídico y imputación objetiva*, Madrid, Editorial Colex, 1995, pp. 75 e ss. Essa posição nega a diferenciação entre “acordo” e “consentimento”, entendendo que nos dois casos há exclusão da tipicidade do fato (CLAUS ROXIN, *op. cit.*, p. 517).

ilicitude e desta à culpabilidade, “na medida em que fiquem perfeitamente delineados os elementos pertencentes a cada uma”, a imputação final, com as conseqüentes condenação e aplicação de pena, ganha foros de confiança e firmeza⁽⁹⁾. Realmente, a apreciação do delito sob diversas fases de valoração, quais sejam, tipicidade, ilicitude e culpabilidade, estruturadas em seqüência, “proporciona alto grau de racionalidade e segurança na aplicação do Direito e, ao diferenciar” essas etapas, “possibilita, além disso, um resultado final justo”⁽¹⁰⁾. E esse “resultado final justo” pode ocorrer já no plano do fato típico, sem se aguardar a fase da apreciação da ilicitude, em momento posterior.

1. — Entre as muitas inovações introduzidas no CPC pela Lei 974, de 17 de dezembro de 1998, está a inserção do parágrafo único do art. 93, que, por sua vez, passou a ostentar a seguinte redação:

“Art. 93 - Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será enviado o acórdão à fim de ser submetida a questão ao Tribunal Pleno. Parágrafo Único - Os órgãos fracionários do Tribunal não substituem o plenário, ou, em órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando se houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.”

A regra introduzida no parágrafo único talvez não dispense de um exame rápido de sua racionalidade. Mas é de indiscutível conveniência política, abrangendo expediente que, como se verá, se encontra nos tribunais.

2. — Para compreender o alcance da inovação introduzida, é necessário delimitar sumariamente o contexto em que se acha inserido.

O CPC disciplina a “declaração de inconstitucionalidade” como incidente do processamento de recursos e causas de competência originária de tribunais.

O incidente se sustenta em função da regra constante do CP, no art. 92, segundo a qual, nos tribunais, a inconstitucionalidade “só se declara por voto da maioria absoluta dos respectivos membros ou dos membros do órgão especial”.

“Art. 92 - Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder...”

⁽⁹⁾ FRANCISCO MUÑOZ CONDE e MARÍA DEL MAR DÍAZ PITA na nota dos tradutores de WINFRIED HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad* (Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal), Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p.13.

⁽¹⁰⁾ HANS WELZEL, “A Dogmática no Direito Penal”, *Revista de Direito Penal*, São Paulo, Instituto de Ciências Penais da Faculdade de Direito Cândido Mendes, jan.-jun.74, n. 13/14, p. 7.