

## **A idade penal do consentimento válido**

*Carlos Henrique Borlido Haddad*

**Como citar este artigo:** HADDAD, Carlos Henrique Borlido. A idade penal do consentimento válido. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 2, p. 115-130, 2007.



# A IDADE PENAL DO CONSENTIMENTO VÁLIDO

Carlos Henrique Borlido Haddad

Mestre e doutor em Ciências Penais,  
pela UFMG; Juiz Federal.

## SUMÁRIO

1 - Introdução .....	
2 - Consentimento e tipicidade .....	
3 - Consentimento e ilicitude .....	
4 - Fundamentos do estabelecimento da idade para consentir .....	
5 - A fonte da idade penal do consentimento válido .....	
6 - Prolepse .....	
7 - Considerações finais .....	

**Palavras-chave:** Penal. Consentimento. Ofendido. Idade. Tipicidade. Ilicidade. Excludente. Maioridade

## 1. Introdução

O consentimento do ofendido desempenha dois papéis centrais na dogmática penal: ora funciona como causa excludente da tipicidade; ora atua como justificativa penal de exclusão da ilicitude, a despeito do posicionamento consistente na homogeneização de todo consentimento penalmente relevante, parificado sob a categoria da exclusão da tipicidade.

No primeiro aspecto, quando a figura típica exige a falta de consentimento da vítima para a completa concretização de sua definição legal, a anuência quanto à atuação do sujeito ativo afasta a tipicidade da conduta. Na segunda hipótese, o consentimento posta-se ao lado da legítima defesa, do estado de necessidade, do estrito cumprimento de dever legal e do exercício regular de direito, e faz lícita a conduta típica ao atuar como causa de exclusão da antijuridicidade. A qualificação da manifestação de vontade do ofendido como consentimento excludente da tipicidade ou da ilicitude não é isenta de dificuldades. A par do escasso número de delitos em que a renúncia à tutela penal é consensualmente qualificada como exclusão da ilicitude (dano e lesões corporais) e de outras em que a qualificação é como excludente da tipicidade (violação de domicílio), depara-se com contingente significativo de infrações em que a categorização permanece controversa.

Comparativamente às demais justificativas penais, o consentimento possui a peculiaridade de não estar positivado no Código Penal brasileiro e na legislação extravagante, razão por que se denomina “justificadora supralegal”. No contexto dos ordenamentos de maior continuidade e comunicabilidade, são raros os Códigos Penais que levam à Parte Geral um regime do consentimento integrado na constelação da causas de exclusão do ilícito. A maioria das codificações limita-se a algumas normas esparsas da Parte Especial, regula aspectos parcelares do consentimento e comete-se à elaboração doutrinal e jurisprudencial a construção da disciplina sistemática.<sup>1</sup>

Relativamente ao consentimento como causa de exclusão da ilicitude, comumente, são listados os requisitos indispensáveis à sua perfeita realização: manifestação de vontade do titular do direito; idade válida para consentir; disponibilidade do bem jurídico objeto da tutela penal; momento adequado de expressão do consentimento; e conhecimento do consentimento por parte do sujeito ativo.

A exclusão da ilicitude da conduta dependeria da manifestação válida de vontade por quem detém a titularidade do bem jurídico de caráter

---

1 ANDRADE, Manoel da Costa. Consentimento e acordo em direito penal. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1991, p. 11.

disponível, externada antes ou durante a execução do crime, desde que atinja a esfera de conhecimento do autor do crime. Assim, o consentimento de quem não é titular do bem jurídico, como óbvio, não afasta a ilicitude. A manifestação de vontade viciada é inócua. Bens indisponíveis, tal como a vida, não encontram compatibilidade com o consentimento dado pela vítima, como faz prova a criminalização da eutanásia. A anuência concedida depois de consumado o delito seria incapaz de tornar lícita a conduta. O desconhecimento pelo agente do consentimento externado impediria a legítima produção de efeitos.

Entre todos os elementos acima indicados, a idade para validamente consentir talvez seja aquele que mais controvérsia gere. Como dito, em sendo o consentimento do ofendido causa supralegal de exclusão da ilicitude, o conveniente arrimo da norma positivada não oferece, de maneira peremptória, os básicos contornos do instituto, e o delineamento da justificativa penal passa a depender das construções doutrinárias e da jurisprudência.

A investigação dos fundamentos empregados para fixar a idade penal do consentimento, da distinção feita entre a manifestação de vontade excludente de tipicidade e de ilicitude, e do estabelecimento de visão unitária sobre o instituto configura o tema tratado a seguir.

## **2. Consentimento e tipicidade**

A análise do consentimento excludente da tipicidade parte de uma sistematização dos tipos da Parte Especial, a fim de oferecer resposta aos problemas específicos que cada uma das incriminações suscita. Quatro figuras penais são referências paradigmáticas na determinação da idade mínima para expressão do consentimento válido pelo ofendido, em que a autonomia pessoal emerge como instância de definição e avaliação decisiva da constelação dos interesses e bens individuais: aborto, estupro, atentado violento ao pudor e rapto.

A Parte Especial do Código Penal traz algumas condutas que necessariamente dispensam a anuência da vítima para preencher os requisitos legais definidores do crime. No delito de violação de domicílio

(art. 150), o dissentimento da vítima funciona como circunstância elementar do tipo, assim como no crime de introdução ou abandono de animais em propriedade alheia (art. 164). A violação de correspondência (art. 151) igualmente necessita da oposição dos ofendidos – remetente e destinatário – para a perfeita caracterização. Em nenhum dos delitos, porém, há menção expressa à idade do sujeito passivo.

Diversamente, os crimes de aborto provocado por terceiro (art. 125 e 126), estupro (art. 213), atentado violento ao pudor (art. 214) e rapto violento, mediante fraude ou consensual (art. 219 e 220), fazem referência direta à idade mínima de 14 anos, em que pese a ab-rogação destes últimos pela Lei n. 11.106/05.

À prática de aborto sem consentimento da gestante comina-se pena de 3 a 10 anos de reclusão (art. 125), ao passo que, em havendo a anuência, a sanção reduz-se para os limites de 1 a 4 anos (art. 126). O parágrafo único do art. 126 dispõe ser aplicável a pena cominada no art. 125 caso a gestante não seja maior de 14 anos. Da interpretação dos dispositivos legais infere-se a validade do consentimento da gestante que conta com 14 anos de idade, de forma a proporcionar a desclassificação da conduta do terceiro para figura penal cuja apenação é mais branda.

Os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor possuem disposições comuns insculpidas no art. 224. Ao tratar da presunção de violência, supõe-se sua ocorrência na prática de conjunção carnal ou ato libidinoso contra vítima menor de 14 anos (art. 224, “a”). Por antítese, a conjunção carnal ou o ato libidinoso consentidos por quem possui, ao menos, 14 anos de idade são penalmente indiferentes, pois excluída está a tipicidade da conduta.

O rapto era criminalizado sob duas modalidades: mediante violência ou fraude (art. 219); e consensual (art. 220). O rapto consentido de mulher honesta maior de 14 e menor de 21 anos importava na previsão de pena de detenção, de 1 a 3 anos. Se o rapto era realizado com o dissenso da vítima e mediante emprego de violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso, recrudescia-se a pena para os limites de 2 a 4 anos de reclusão. Tal como o aborto, o consentimento da mulher a partir dos 14 anos de idade acarretava a desclassificação do delito para crime cuja sanção era mais suave.

A análise das condutas típicas selecionadas, acauteladoras de bens jurídicos extremamente relevantes (vida, costumes/liberdade sexual), proporciona uma primeira conclusão: a partir dos 14 anos de idade reconhece-se validade ao consentimento da vítima, o qual é capaz de tornar atípica a conduta ou desclassificá-la para delito com punição menos severa. Em referência ao estupro e ao atentado violento ao pudor, a idade mínima para validamente consentir pode descer a patamares menores, porque a presunção contida no art. 224, "a", do Código Penal é *juris tantum* e admite a produção de prova de que a vítima, menor de 14 anos, detinha discernimento e experiência suficiente para expressão volitiva legítima.

Dada a importância dos bens jurídicos tutelados, cuja proteção desaparece em face da manifestação de vontade do ofendido, é correto estender a idade mínima de consentimento válida prevista para os crimes de aborto, estupro, atentado violento ao pudor e rapto aos demais crimes da Parte Especial do Código Penal, tais como a violação de domicílio e de correspondência.

### 3. Consentimento e ilicitude

O consentimento do ofendido atuará como causa de exclusão da ilicitude sempre que, deixando íntegra a tipicidade, retirar da conduta o caráter antijurídico do fato. O clássico exemplo de manifestação do ofendido de renúncia à proteção penal refere-se ao crime de dano (art. 163). A destruição, inutilização ou deterioração de coisa alheia, conquanto típica, torna-se lícita se, previamente à ação ou durante ela, o titular do bem jurídico autoriza, de maneira válida, a danificação do objeto material. A privação da liberdade do indivíduo, desde que autorizada, não constitui o injusto penal do seqüestro e cárcere privado previsto no art. 148.

A ausência de previsão em lei do consentimento do ofendido como causa de exclusão da ilicitude aponta para a necessidade de se construir, doutrinária e jurisprudencialmente, o instituto, inclusive, no que diz respeito à idade a partir da qual o consentimento é regular. Em âmbito doutrinário, ecoam de forma praticamente uníssona as vozes favoráveis ao estabelecimento da idade do consenciente em 18 anos. José Henrique Pierangeli, que escreveu o me-

lhor trabalho monográfico sobre o tema<sup>2</sup>, Damásio E. de Jesus<sup>3</sup>, Guilherme de Souza Nucci<sup>4</sup> e Enrique Casas Barquero<sup>5</sup> são partidários da idéia.

O raciocínio atém-se à imputabilidade penal. Se o agente possui capacidade para ser a ele imputada a prática de seus atos, na seara criminal, deveria poder dispor de seus bens, na medida em que tem condições de autodeterminar-se e de comportar-se de acordo com o entendimento lícito ou ilícito de seus atos. Bettiol também considera válido o consentimento a partir da idade em que se adquire a imputabilidade penal – no caso do Direito italiano, aos 14 anos.<sup>6</sup>

Em menor extensão, também se apregoa existir consentimento válido aos 18 anos, na medida em que o Código Civil de 2003 definiu a maioridade a partir dessa idade.<sup>7</sup> Se a capacidade para os atos da vida civil é adquirida aos 18 anos, a disposição de determinado bem ou a renúncia a ele, como atos jurídicos que são, somente possui validade se o agente é civilmente capaz.

#### 4. Fundamentos do estabelecimento da idade para consentir

O estabelecimento da idade de 18 anos para considerar válido o consentimento excludente da ilicitude em âmbito criminal, seja com

2 PIERANGELI, José Henrique. O consentimento do ofendido (na teoria do delito). 2ª ed. São Paulo: RT, p. 126, 1995.

3 JESUS, Damásio Evangelista de. Código penal anotado. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 105, 2001.

4 NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 4ª ed. São Paulo: RT, p. 164, 2003.

5 BARQUERO, Enrique Casas. La importancia del consentimiento em la teoria general del delito. *Doctrina Penal*, Buenos Aires, n. 41, p. 222, abr./jun., 1988.

6 BETTIOL, Giuseppe. Direito penal. São Paulo: Saraiva, v. I, p. 399, 1966. O Código Penal italiano assim dispõe: “art. 97. Minore degli anni quattordici – Non è imputabile chi, nel momento in cui há commesso il fatto, non aveva compiuto i quattordici anni”. Idêntica é a disciplina do Código Penal alemão: “§ 19. Schuldunfähigkeit des Kindes. Schuldunfähig ist, wer bei Begehung der Tat noch nicht vierzehn Jahre alt ist”.

7 REISS, Michel Wencland. Sobre o consentimento do sujeito passivo. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2004, p. 96 (Dissertação, Mestrado em Ciências Penais).

fundamento na imputabilidade penal, seja com espeque no Código Civil, carece de justificação aceitável.<sup>8</sup>

São absolutamente distintas a idade para entender o caráter ilícito do fato e comportar-se de acordo com esse entendimento e a idade para renunciar à tutela penal. A capacidade de ser imputável não se confunde com a capacidade de consentir validamente. Mais restrições existem para adquirir a capacidade de ser culpável do que para obter a capacidade de consentimento. A imputabilidade penal apresenta abrangência mais restrita do que a capacidade de ser vítima, e a equiparação pretendida iguala realidades distintas. O alienado mental não pode ser autor de crime, mas pode figurar como vítima. O relativamente incapaz não é sujeito ativo do delito, ao passo que pode ocupar a posição de sujeito passivo. A pessoa jurídica pode ser vítima de crime de difamação, porém não é capaz de cometer crime contra a honra. Conquanto os sujeitos acima mencionados não sejam imputáveis, detêm condições de figurar como vítimas de crimes e, como tais, poderão externar o consentimento para fazer lícita a conduta típica dirigida contra os bens jurídicos de que são titulares.

Acrescente-se existir na legislação brasileira certo descompasso entre a idade para responder criminalmente pelos atos praticados e a idade para realizar os demais atos da vida em sociedade. Permite-se ao jovem, a partir de 16 anos, exercer o direito de votar, mas somente quando atingir 18 anos poderá ser penalmente responsabilizado pela prática de crime eleitoral. Aos 16 anos, o jovem está apto a exercer o comércio e a contrair matrimônio, porém só responderá pelo cometimento de delito falimentar e por infração contra o casamento depois de completados 18 anos. Desde que aufera renda, o menor com 15 anos está obrigado a declarar e a recolher o imposto de renda, contudo apenas será penalmente imputável por delitos contra a ordem tributária e econômica três anos depois. Na condição de aprendiz, o menor com 14 anos pode exercer atividade laboral, entretanto não é possível atribuir a ele o cometimento de crime contra a organização do trabalho. A despeito da redução da maioridade civil para 18 anos, não andam lado a lado a capacidade penal e a capacidade para a prática dos demais atos da vida civil. A pretensão de utilizar-se a idade fixada para a

<sup>8</sup> ANDRADE, Manoel da Costa. Consentimento e acordo em direito penal. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1991, p. 410.

determinação da imputabilidade penal como limite etário para tornar válido o consentimento do ofendido vai de encontro às demais normas do ordenamento jurídico, cuja tendência é permitir cada vez mais a assunção de obrigações, o cumprimento de deveres e o exercício de direitos a indivíduos cada vez mais jovens. Nesse sentido, o limite etário disposto no art. 27 do Código Penal – repetição de similar dispositivo da vetusta legislação de 1940 – tem seu alcance restrito à esfera criminal, a fim de determinar, exclusivamente, a capacidade para responder pelos delitos perpetrados.

Quanto à determinação da idade com base no Código Civil para reputar válido o consentimento, embora a unidade do ordenamento jurídico deva ser procurada, não é correto conferir interpretação sistemática de disposições peculiares a distintos ramos do Direito. Anteriormente à vigência do atual Código Civil, a maioria era alcançada ao se atingir 21 anos de idade. Por conseguinte, deveria ser esse o limite a partir do qual o consentimento concedido pelo sujeito passivo produziria efeitos, a despeito da imputabilidade penal fixada em 18 anos. A noção do justo chegava ao indivíduo mais depressa do que a noção do útil. O indivíduo aos 20 anos de idade seria plenamente responsável por matar, furtar, extorquir, praticar atos libidinosos e lesar a Administração Pública, mas não teria capacidade para dispor de bem pertencente a seu patrimônio. A contradição e as incoerências seriam evidentes.

Por outro lado, atualmente, com a redução da maioria civil para 18 anos e a equiparação etária com a imputabilidade penal, poderia o menor com 14 anos praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal, mas não estaria apto a doar um par de tênis. Seu consentimento seria válido para fazer o aborto consensual, mas não produziria efeitos para dar bem em locação ou contrair empréstimo bancário.

Afora as contradições existentes na tentativa de se dar disciplina comum, o art. 2043 do Código Civil em vigor reza que “até que por outra forma se disciplinem, continuam em vigor as disposições de natureza processual, administrativa ou penal, constantes de leis cujos preceitos de natureza civil hajam sido incorporados a este Código”. É a decisiva pá de cal que inuma o tratamento conjunto de situações jurídicas díspares. A vigência do recente diploma civil é estranha às normas penais atinentes à capacidade de consentimento estatuídas na Parte Especial do Código Penal.

## 5. A fonte da idade penal do consentimento válido

Se a imputabilidade penal não constitui parâmetro para se definir a idade mínima para o consentimento válido e se as normas de Direito Civil não se aplicam à seara criminal no que toca à definição de idade, outra será a fonte em que se deve beber para encontrar resposta à questão.

Como dito, a Parte Especial do Código Penal traz infrações em que o consentimento da vítima ora exclui a tipicidade do delito, ora o desclassifica para crime cuja pena é menos rigorosa. Entre as infrações penais em que se faz menção à idade mínima para reputar-se válido o consentimento, aponta-se a idade de 14 anos, conforme se verificou na seleção de alguns crimes atentatórios da vida e dos costumes. Se a partir dos 14 anos a vítima detém aptidão para manifestar-se legitimamente acerca de questões extremamente importantes, tal como o aborto e a liberdade sexual, por que precisaria completar 18 anos para deter condições intelectivas e volitivas suficientes à disposição de seu patrimônio?

Uma mirada no direito penal português permite visualizar a regulamentação mais coerente acerca do consentimento como causa de exclusão da ilicitude e extrair conclusões passíveis de serem invocadas no direito pátrio. De acordo com a lei portuguesa, os menores de 16 anos são inimputáveis (art. 19 do Código Penal). Ao tratar da interrupção da gravidez, o art. 142, item 3, "b", exige o consentimento da mulher grávida, que deve ter, ao menos, 16 anos. A conduta típica descrita no art. 174 – actos sexuais com adolescentes – prevê a necessidade de o sujeito passivo ser menor entre 14 e 16 anos. De ambos os dispositivos legais, depreende-se a ideia de que a vítima, a partir dos 16 anos, possui aptidão para validamente consentir com a interrupção da gravidez e com a prática de atos sexuais, em hipóteses similares às descrições típicas contidas nos arts. 126, 213 e 214, bem como do revogado art. 220 do Código Penal brasileiro. A idade corresponde àquela fixada para a imputabilidade penal, de modo a haver plena equiparação entre o limite etário da capacidade de consentir excludente da tipicidade e da capacidade para penalmente responder pelos atos. Quanto à idade mínima para validamente consentir e excluir a ilicitude, o Código Penal português disciplina, no art. 38, item 3, ser eficaz o consentimento prestado por quem tiver mais de 14 anos e possuir discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta. Nessa

vertente, dissocia-se a idade da capacidade penal – 16 anos – da idade da capacidade de consentimento justificante – 14 anos.

No Direito brasileiro, não se vê impedimento à aplicação do limite etário mínimo apto à exclusão da tipicidade ao consentimento excludente da ilicitude. Independentemente do elemento do fato punível a que está vinculado – tipicidade ou ilicitude –, o consentimento exerce idêntica função, porque em ambas as situações atua como excludente do crime.

Ambos os casos de vontade concordante do lesado que aqui juridicamente se distinguem apresentam, do ponto de vista meramente fático, os mesmos elementos: o ofendido concorda com uma conduta que o prejudica de alguma maneira. Surgem como figuras diferenciadas de mediação de respostas de tolerância jurídico-penal e como expressões similares de danosidade social, porque a autonomia pessoal constitui a matriz axiológica e normativa dos dois tipos de consentimento. Na ausência de previsão legal da idade mínima a partir da qual o consentimento justificante é aceitável, ao contrário da legislação portuguesa, a interpretação dos dispositivos da Parte Especial do Código Penal oferece a solução mais precisa na determinação do limite etário mínimo adequado: 14 anos.

Aos 14 anos, defere-se compromisso à testemunha que venha a depor em juízo durante a instrução de processo criminal, consoante dispõe o art. 208 do Código de Processo Penal. Malgrado a capacidade civil e a imputabilidade penal somente se adquiram aos 18 anos e a legislação processual civil reconheça como incapaz para testemunhar o menor de 16 anos (art. 405, § 1º, III, do Código de Processo Civil), o estatuto processual penal mostra-se menos rigoroso na seleção de testemunhas de fatos criminosos e permite a obtenção de duas conclusões: não são todos os atos que dependem da maioridade civil ou da imputabilidade penal para que se repute válidos; e nem é exclusividade da Parte Especial do Código Penal eleger os 14 anos como idade suficiente à prática de atos jurídicos de considerável relevância na vida em sociedade.

Esse entendimento possui, ainda, uma feição garantista dos direitos da defesa. Uma vez que o consentimento do ofendido constitui discriminante supralegal, a redução da idade aquém dos 18 anos representa maior possibilidade de exclusão do crime e restringe a área de atuação do Direito

Penal. Ampliam-se as hipóteses de renúncia à tutela penal e restringe-se o alcance de normas cujo emprego se dá como *ultima ratio*, conquanto a redução do amparo penal dos bens jurídicos possa assumir também uma significatividade própria para o sistema social, como frustração de seu programa de proteção.

## 6. Prolepse

Poder-se-ia dizer que a eficácia jurídica do consentimento somente tem sentido sobre a punibilidade de um delito patrimonial se quem declara o consentimento tem também a última palavra sobre o objeto do consentimento; ou seja, se o indivíduo pode dispor eficazmente sobre a coisa segundo o direito civil.<sup>9</sup> De nada adiantaria o civilmente incapaz consentir com a destruição de objeto que lhe pertence e seu representante legal, posteriormente, fazer ilusória sua autorização e converter o dano em ação indenizatória movida contra o agente da suposta infração.

A legitimidade do recurso ao Direito Civil com vista à proteção do menor colheu sempre o aplauso dos adeptos da necessidade da maioria para praticar os atos da vida em sociedade, ao mesmo tempo em que fortaleceu a crença de que, até atingir certo grau de desenvolvimento, indiciado por determinados limites etários, o menor deve ser preservado dos efeitos relacionados com a suposta incapacidade de consentir.

Em verdade, o reconhecimento, no juízo penal, da licitude da conduta por força do consentimento do ofendido constitui impedimento ao manejo de ação indenizatória na esfera cível. A questão seria verificar se o consentimento concedido pelo civilmente incapaz possui validade penal, e somente na hipótese de a resposta ser negativa é que haveria ensejo ao ajuizamento de ação indenizatória. Caso se repute válida a renúncia à tutela penal dada pelo menor de 18 anos, nada mais haveria para ser discutido na área cível, em virtude do efeito vinculante da sentença penal que absolve o acusado com fundamento na exclusão da ilicitude da conduta.

<sup>9</sup> MAIWALD, Manfred. El consentimiento del lesionado em el derecho y em la dogmática penal alemanes. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, n. 9, p. 351, 1990.

Ademais, se o consentimento do ofendido dependesse sempre da capacidade civil para julgar-se eficaz, sob pena de o representante legal do menor aproveitar-se do defeito na manifestação de vontade quando lhe conviesse, nenhuma das disposições da Parte Especial do Código Penal produziria efeitos no tocante ao consentimento excludente da tipicidade. De nada adiantaria a anuência da vítima menor de 18 anos com a prática de conjunção carnal ou de outro ato libidinoso, porque seria facultado a seu representante legal promover ação indenizatória contra o suposto ofensor. O mesmo poderia ser dito em relação ao aborto praticado com consentimento da gestante, cuja manifestação de vontade seria ineficaz, na hipótese de contar com apenas 14 anos de idade. O representante legal da gestante poderia opor-se ao pedido indenizatório formulado pelo genitor do feto, sob o argumento de que o consentimento externado era inválido, e atribuir exclusiva responsabilidade ao terceiro executor do aborto.

Posto que a atipicidade da conduta, reconhecida pelo juízo criminal, não vincule o juízo cível, a legalidade do consentimento deve ser verificada em consonância com as normas penais que o admitem como causa excludente do crime ou redutora da pena. É o direito penal que estabelece a partir de qual idade determinadas condutas deixam de ser crimes. A verificação no juízo cível da ilicitude da ação depende da análise das normas penais que dispõem sobre a forma de sua execução.

A constatação da vontade naturalística é suficiente para desencadear a eficácia que o regime do consentimento lhe outorga, à margem de quaisquer requisitos sobre capacidade, liberdade e autenticidade da manifestação de vontade.

A possibilidade de o consentimento ter eficácia justificante é tanto maior quanto mais a valoração subjetiva do ofendido, os seus motivos e fins se aproximarem da valoração objetiva da lei. O fim da ação realizada com base no consentimento pode decidir em muitos casos sobre a eficácia da manifestação volitiva. É uma questão de apurar-se quais valores o ofendido persegue e quais valores sacrifica o agente que tenciona prevalecer-se do consentimento concedido.

É preciso ter em conta que a autonomia da vontade contida no consentimento representa valor protegido pela ordem jurídica. Por

consequente, a invalidade do consentimento e a correspondente limitação da autonomia apenas poderão ser aceitas quando a ação sacrifica valores mais relevantes do que a liberdade de dispor dos próprios bens jurídicos e perseguir, dessa forma, os próprios fins.

Em alguns casos, a lei expressamente estabelece a idade mínima para consentir. A Lei n. 9.434/97 reza, em seu art. 9º, ser permitido à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos ou partes do próprio corpo vivo para fins de transplante ou terapêutico. Somente o consentimento externado pelo maior de 18 anos seria apto a afastar as incriminações contidas nos arts. 14, 16 e 17 do diploma legal acima mencionado.

A Lei n. 9.263/96 dispõe ser admissível a esterilização voluntária de homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de 25 anos (art. 10). A capacidade civil não é bastante, pois se faz necessário, ainda, tenha sido alcançada a idade de 25 anos. Caso a esterilização cirúrgica tenha sido realizada em desacordo com o estabelecido no art. 10, apena-se o agente com reclusão, de 2 a 8 anos e multa.

Já está na hora de haver a libertação do direito penal do pensamento civilístico, ao qual se tem reservado ditar pacificamente as normas sobre os vícios da vontade em matéria de consentimento penalmente relevante.

O magistrado deve decidir cada caso concreto, independentemente dos pontos de vista decisivos em direito civil, e ponderar as circunstâncias pertinentes que determinam se o vício de consentimento é penalmente relevante. O consentimento constitui figura específica do direito penal, cujos requisitos de eficácia devem obedecer a apenas um critério: saber se a concordância com a agressão ao objeto material penalmente tutelado é ou não manifestação da liberdade de decisão reconhecida pelo sistema penal.

O que está em jogo no direito civil – para além da preservação de valores do próprio tráfico, *maxime* a celeridade, a segurança e a boa fé no comércio jurídico – é a tutela da autonomia e da liberdade negocial. Que só logram a realização autêntica na relação sinalagmática ideal típica, ou seja quando a declaração de vontade de nenhuma das partes está inquinada por erro na declaração ou sobre os motivos. [...] As coisas reclamam outra aproximação em direito penal

onde, em primeira linha, se não mesmo exclusivamente, se cura da salvaguarda de bens jurídicos fundamentais contra formas contadas de agressão, socialmente intoleráveis e merecedoras de reacção criminal. O que aqui releva não é a protecção da autonomia negocial, 'nem sequer do tráfego jurídico, mas apenas a questão de saber se uma conduta coberta (ou não) pelo consentimento do lesado é, e em que termos, digna e carecida de tutela penal'.<sup>10</sup>

Em âmbito penal, o conflito não se estabelece entre duas partes, de modo que o provimento que acolha uma das pretensões importe necessariamente o sacrifício do interesse da outra. A linha de clivagem passa entre o punível e o não-punível, como deferência à esclarecida e livre renúncia à tutela penal do portador concreto do bem jurídico.

A exigência da capacidade negocial vale apenas para a seara cível, pois basta a capacidade natural de avaliação do sentido do ato para a renúncia aos bens jurídicos pessoais.

## 7. Considerações finais

O Direito Penal, no campo do consentimento válido excludente da tipicidade e da ilicitude, é mais realístico e menos formal do que o Direito Civil. Por consistir o consentimento do ofendido causa justificante supralegal, existe omissão do Código Penal a respeito da determinação de seus caracteres, sobretudo da idade mínima do sujeito consenciente. A adoção da imputabilidade penal como parâmetro etário ou das disposições do Código Civil acerca da capacidade de direito contrasta com muitas normas do ordenamento jurídico, que tendem a reduzir a idade para a assunção de obrigações e o exercício de direitos pelo indivíduo, além de se postarem em confronto com prescrições da Parte Especial do Código Penal. Algumas figuras típicas aí alocadas estatuem em 14 anos a idade a partir da qual o consentimento externado pelo titular do bem jurídico objeto de tutela penal adquire validade e produz efeitos. É possível, portanto, fixar os 14 anos como limite etário mínimo que autoriza ao sujeito passivo renunciar

<sup>10</sup> ANDRADE, Manoel da Costa. Consentimento e acordo em direito penal. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1991, p. 570-1.

à tutela penal, porque se trata de idade reconhecida pelo próprio Código Penal como suficiente para a disposição de relevantes bens jurídicos, no âmbito da exclusão da tipicidade, salvo determinação expressa em sentido diverso, como fazem a Lei n. 9.263/96 e a Lei n. 9.434/97. A extensão à seara da antijuridicidade é perfeitamente factível, seja porque igualmente se cuida de causa de exclusão do crime, seja porque restringe o alcance das normas penais, cujo emprego se dá como *ultima ratio*. É suficiente que o ofendido, no momento da aquiescência, esteja em condições de bem compreender o significado e as conseqüências de sua decisão e possua capacidade para tanto, a qual se presume a partir dos 14 anos de idade.

## Referências

ANDRADE, Manoel da Costa. Consentimento e acordo em direito penal. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1991.

BARQUERO, Enrique Casas. La importancia del consentimiento em la teoria general del delito. *Doctrina Penal*, Buenos Aires, n. 41, p. 213-30, abr./jun., 1988.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, v. I, 1966.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Código penal anotado*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MAIWALD, Manfred. El consentimiento del lesionado em el derecho y em la dogmática penal alemanes. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, n. 9, p. 337-52, 1990.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2003.

PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido (na teoria do delito)*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1995.

REISS, Michel Wencland. *Sobre o consentimento do sujeito passivo*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2004 (Dissertação, Mestrado em Ciências Penais).