BEM JURÍDICO E EXCLUSÃO DA ANTIJURIDICIDADE APLICADA À INTEGRIDADE FÍSICA E À SAÚDE

Angela Simões de Farias
Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Professora Adjunta da Universidade Católica de Pernambuco e Membro do Ministério Público de Pernambuco.

Elizabeth Cristina Cruz Brito Ferreira
Aluna da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco e Monitora da disciplina de Direito Penal III.

Camila Andrade dos Santos
Bacharel em Direito formada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco e Monitora da disciplina de Direito Penal III.

Resumo: Para entender a disponibilidade ou indisponibilidade da integridade física e da saúde na perspectiva do bem jurídico há várias possíveis abordagens. No presente caso, o enfoque do bem

jurídico é complementado com a teoria do crime, por meio da exclusão da antijuridicidade. Além disso, acrescente-se a mitigação do princípio da legalidade face ao princípio da adequação social e da insignificância. São questões que são expostas como orientação para o equacionamento da matéria. Espera-se com esse estudo fornecer subsídios para a compreensão do tema.

Palavras-chave: Bem Jurídico. Causas de Exclusão da Antijuridicidade. Disponibilidade do próprio corpo.

Abstract: In order to understand the availability or unavailability of body's and health's integrity in a perspective of a legal asset there are many possibilities. In this current case, the legal asset is analyzed according to the theory of crime, by the debarment of the unlawful conduct. Moreover it's important to jut out the mitigation of the legality's tenet comparing to social adequacy's and insignificance's tenet. These issues are proposed for the purpose of orientation and we hope this project helps the grip of the theme.

Key Words: Legal asset. Causes of the debarment of the unlawful conduct. Availability of own body.

Sumário: Introdução. 1. Bem Jurídico: Conceito e Noções Históricas. 2. Disponibilidade da Integridade Física na Esfera Cível: A Questão dos Direitos Personalíssimos. 3 - Atos de Disposição do Próprio Corpo em Relação à Antijuridicidade. 4. Considerações Finais.

Introdução

A disponibilidade ou indisponibilidade da integridade física e da saúde na perspectiva do bem jurídico é o objetivo do presente trabalho. Traduz uma antiga preocupação da sociedade, e em particular dos operadores do direito, entenderem o que é razoável dispor, em relação à integridade física e à saúde. Para contextualizar o problema, numa visão absolutista e radical, em relação à integridade absoluta do próprio corpo, seria inviável fazer-se uma operação estética, por modificar a integridade original do corpo humano.

Dentre várias possíveis ferramentas de análise do Direito Penal, para o enfrentamento do problema, estão as causas de exclusão, sejam do fato típico, da antijuridicidade ou da culpabilidade. A disponibilidade do próprio corpo e da saúde é vista, por conseguinte, sob o prisma da Teoria do Crime, observando as estratégias utilizadas pelo Direito Penal para lidar com a matéria. No escopo desse trabalho a perspectiva jurídica eleita é pela ótica da exclusão da antijuridicidade. No entanto, para se chegar ao cerne da

questão, a moldura da análise é centrada na teoria dos bens jurídicos, por não ser viável o estudo jurídico-criminal sem o norte dessa percepção.

Ao lado do viés bens jurídicos e das causas de exclusão da antijuridicidade, a mitigação do princípio da legalidade face ao princípio da adequação social e da insignificância são questões que são expostas como orientação para o equacionamento da matéria.

1 – Bem Jurídico: Conceito e Noções Históricas

Nem todos os bens, indistintamente, são protegidos pelo Direito Penal. Há uma seleção criteriosa, de forma que os bens penalmente tutelados são aqueles mais relevantes, fundamentais à existência.

A proteção aos aludidos bens deve ser dar, no entanto, nos limites constitucionalmente estabelecidos. Nunca é demais ressaltar que a Carta Magna tutela os bens jurídicos, sendo ela encarregada de expressar um juízo de ponderação.

Sobre a questão, convém destacar Alice Biachini[1], no sentido de que só a constituição respalda a proteção dos bens jurídicos, dando-lhes a devida dignidade, já que nela são inscritos os valores que a sociedade produz.

A noção de bem jurídico nem sempre foi a mesma. Ao longo do tempo, diversas teorias surgiram para explicar como se daria a interação entre indivíduo, bem jurídico ofendido e Estado, influenciadas pelo contexto sócio-político e sócio-histórico de sua origem.

Até antes da primeira metade do século XIX, a teoria predominante era a Iluminista. Na sua clássica concepção possuía um caráter bastante individualista, e entendia o crime como uma ofensa a um direito subjetivo. Dessa forma, ao lesionar um bem jurídico, o agente estaria violando o "Contrato Social", e o Estado estaria, portanto, legitimado a constranger cada indivíduo em busca do restabelecimento da ordem[2]. O

---

[1] BIANCHINI, Alice. **Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal**, v. 7. São Paulo: RT, 2002, p. 43.

[2]COELHO, Yuri Carneiro. **Bem Jurídico-Penal**, v.8. São Paulo: Mandamentos Editora, 2003, p.31.

jus puniendi estatal estava desvinculado das conotações ético-religiosas e a pena possuía um sentido preventivo[3].

Feuerbach esboçou um avanço na Teoria do Bem Jurídico. Suas ideias rompiam com as antigas ideologias absolutistas – sem se afastar da noção de lesão a direitos subjetivos -, e o delito deixava de ser uma afronta a um dever para com o Estado para se tornar uma violação a quaisquer normas de direito natural.

Para o filósofo, a partir do momento em que o indivíduo abria mão de sua liberdade para a formação do Estado, as atitudes deveriam ser pautadas na ética e na razão. Os bens jurídicos coletivos, contudo, não foram contemplados nas ideias de Feuerbach, em razão da influência do individualismo iluminista[4].

Birnbaum é considerado o responsável pela elaboração do conceito de bem jurídico, rompendo

---

[3] PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. São Paulo: RT, 1997, p.27.

[4] COELHO, Yuri Carneiro. **Bem Jurídico-Penal**, v.8. São Paulo: Mandamentos Editora, 2003, p.35.

sobremaneira com a visão clássica individualista e adentrando em uma perspectiva sociológica. Ele reconhecia que a lei penal não deveria apenas possibilitar a coexistência dos indivíduos, mas servir, também, a fins sociais, em uma concepção instrumental do Direito Penal.

Observa-se, portanto, a semelhança entre Birnbaum e Feuerbach, na medida em que ambos entendem o bem jurídico como violação a normas de direito natural. Birnbaum, no entanto, estabelece que o delito não lesiona apenas direitos subjetivos, mas também bens. Por fim, ele classifica os bens, e por conseqüência os crimes, em sociais e naturais. Em sua concepção, os bens possuem dois aspectos: são dados ao próprio indivíduo pela natureza, e são o resultado do desenvolvimento social do homem[5].

Karl Binding, com seu jusracionalismo positivista, definiu o bem jurídico como tudo aquilo que

---

[5] Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum begriff des Verbrechens. *Apud* ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991pp 51-53.

o legislador elegesse como tal. Para ele, o delito consistia na lesão a um direito subjetivo do Estado, existindo, portanto, uma relação de congruência entre a norma e o bem jurídico por ela tutelado.

Dessa forma, Binding negava a existência de bens jurídicos preexistentes. A norma era a única fonte de criação do direito, criando, por conseguinte, o bem jurídico. Ao Estado, por sua vez, era atribuída uma discricionariedade na atividade legislativa de incriminar condutas, de modo que não importava muito o real interesse social na proteção do bem. Competia ao legislador a escolha dos bens a serem tutelados, podendo ser uma escolha aleatória ou até mesmo arbitrária[6].

Por sua vez, o alemão Franz Von Liszt – também vinculado a um contexto positivista – entendia que o fim do Direito era proteger os interesses do homem, sendo estes, portanto, anteriores à norma. Dessa maneira, o bem jurídico não necessita da vontade do

---

[6] HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. **Bien jurídico y estado social e democratico de derecho (el objeto protegido por la norma penal)**. 2ª. Edição. Santiago de Chile: ConoSur, 1992, p.14.

legislador para existir, pois a lei não cria o bem jurídico, mas o encontra. O interesse do qual se origina o bem jurídico é preexistente à norma, esperando-se que ela o abarque devido a sua essencialidade dentre os demais interesses do homem.

Segundo o mesmo jurista o bem jurídico é o interesse juridicamente protegido. Todos os bens jurídicos são interesses vitais do indivíduo ou da comunidade. A ordem jurídica não cria o interesse, ele é criado pela vida; mas a proteção do Direito eleva o interesse à categoria de bem jurídico...[7]"

No entanto, os traços positivistas contidos nas ideias de Liszt podem ser percebidos pela falta de critérios que limitem a escolha de um determinado bem como objeto de tutela pelo legislador. Assim, a despeito da afirmação de que os bens jurídicos não seriam produto do ordenamento, mas sim da vida, qualquer justificativa dada pelo legislador deveria ser aceita. [8]

---

[7] VON LIZST, Franz. **Tratado de Derecho Penal**. V. 2. Madrid: Reus, [s.d.], p.06.

[8] TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.189.

Contemporaneamente, Jakobs[9] – aqui caracterizado como representante do funcionalismo: ou seja, sistema dogmático e jusfilosófico do Direito Penal moderno –, descreve o bem jurídico como o que assegura as expectativas normativas essenciais frente a lesões, significando dizer, a vigência efetiva das normas em que essas referidas expectativas se fundamentam[10].

2 - Disponibilidade da integridade física na esfera cível: a questão dos direitos personalíssimos.

Antes de adentrarmos propriamente na análise do objeto no âmbito penal, há que se fazer algumas considerações atinentes aos direitos da personalidade. Tais direitos, por integrarem a condição essencial da pessoa humana, funcionam como verdadeiros pressupostos de sua existência e dignidade, constituindo

---

[9] JAKOBS, Günther. **Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad**. Madrid: Civitas, 2004, p.18.

[10] JAKOBS, Günther. **Estúdios de derecho penal**. Trad. Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González e Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 1997, p.22.

importante ponto de enlace entre a esfera civil e os valores constitucionalmente consagrados. Caracterizam-se, dentre outros atributos, pela irrenunciabilidade, elemento que lhes é peculiar e que lhes distingue dos direitos patrimoniais[11].

Ocorre, entretanto, que, em determinadas situações, a irrenunciabilidade supra aludida faz surgir um choque entre direitos igualmente personalíssimos, que passam a ser objeto de ponderação[12] no plano jurídico. Nestas hipóteses, obtém-se como fruto de um juízo de proporcionalidade a noção de que determinados elementos, frequentemente relacionados à dignidade da pessoa humana, têm o condão de relativizar a irrenunciabilidade de um direito personalíssimo, na medida em que tal flexibilização mostra-se condizente com uma visão sistemática do

---

[11] GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 19. ed. Revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 137.

[12] BARROSO, Luís Roberto *et al.* **A nova interpretação constitucional:** ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 334.

ordenamento e do contexto social hodierno.

O Código Civil de 2002, em seu artigo 13, estipula que *"salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes"*, determinando ainda que *"o ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial"*. Destaque-se, neste ínterim, que a contrariedade aos bons costumes deverá ser aferida de acordo com as práticas socialmente aceitas em dado contexto, não se admitindo valorações apriorísticas de ordem moral ou religiosa.

Conforme se depreende do texto legal, o próprio diploma civilista traz, de forma genérica, as situações em que se afasta o caráter ilícito da conduta. Cumpre destacar, neste ponto, que mesmo as cirurgias destinadas à mudança de sexo[13] estão acobertadas pela noção de "exigência médica". Isto porque, havendo uma

[13] O Conselho Federal de Medicina - CFM, através da Resolução nº. 1.482/1997, passou a aceitar a realização da operação de mudança de sexo.

dissonância entre o sexo de um indivíduo e o gênero que lhe define no plano psíquico, a incoerência existencial a que este está submetido é capaz de justificar uma intervenção de plausibilidade psiquiátrica.

Exemplos clássicos da situação referida são, ainda, as hipóteses de disposição do próprio corpo para fins estéticos, por questões profissionais ou para fins de doação de órgãos. Na sequência, tais circunstâncias serão exploradas, dispensando-se tratamento à luz do Direito Penal contemporâneo.

3 – Atos de disposição do próprio corpo em relação à antijuridicidade.

No contexto da teoria do crime, importa avaliarmos juridicamente a disponibilidade do próprio corpo. A perspectiva é conferir tratamento adequado, tentando se afastar de posições anacrônicas frente aos casos concretos, como as lesões desportivas, a aplicação de *piercings*, a realização de tatuagens, as operações para mudança de sexo, as doações de órgãos e demais

meios de modificação corporal, e até mesmo o encurtamento da vida de doentes terminais. Diante dessa realidade, o Direito Penal elenca estratégias para lidar com essa disponibilização sem perder a referência dos bens jurídicos protegidos. Dentre elas estão as causas de exclusão da antijuridicidade.

Modernamente, a antijuridicidade é concebida também a partir de seu conteúdo material, de maneira que se abre espaço para as chamadas causas supralegais de justificação, as quais dão azo à aplicação de princípios, da analogia e à fundamentação com base nos costumes. Trata-se, pois, de recurso supralegal, porém não metajurídico, vez que suas formas de manifestação encontram-se englobadas pelo Ordenamento[14].

Tal concepção reforça a importância de extrapolarmos a análise da antijuridicidade tão somente alicerçada no direito legislado, buscando, também, considerar elementos culturais norteadores dos grupos sociais[15]. O dinamismo caracterizador das sociedades

[14] BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.361.

modernas, marcadamente complexas[16], exige a adoção de postura flexível por parte do Direito, ao qual incumbe criar estratégias para lidar com a crescente mutabilidade.

Feitas as devidas considerações, passemos à análise das excludentes.

O consentimento do ofendido não dispõe de expressa previsão no texto da lei, motivo pelo qual é considerado, a depender da situação, causa supralegal de exclusão da antijuridicidade. Isso porque, quando o dissenso por parte da vítima integra o tipo penal, o consentimento implicará na inexistência da tipicidade[17]. É o caso, por exemplo, do delito de estupro[18], em que é

---

[15] MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. **Código Penal Interpretado**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2011pp 110-111.

[16] ADEODATO, João Maurício. **A pretensão de universalização do Direito como ambiente ético comum**. In: BRANDÃO, C.; ADEODATO, J. M. Direito ao extremo: coletânea de estudos. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.168.

[17] BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.362.

[18] BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.198.

pressuposto da adequação típica a ocorrência de constrangimento mediante violência ou grave ameaça, ou seja, exige-se que a conjunção carnal ou a prática do ato libidinoso não seja consensual.

Para que o consentimento atue de maneira justificante, é imprescindível que o indivíduo possua capacidade jurídica e mental para assentir[19], ou seja, a anuência deve ser fruto de uma vontade juridicamente válida e o bem jurídico deve enquadrar-se na esfera de disponibilidade da vítima[20]. Destaque-se, ainda, a importância de não haver razões de ordem pública que inviabilizem o consentimento emitido[21].

Entende-se que "*o consentimento do titular de um bem jurídico disponível afasta a contrariedade à norma jurídica, ainda que eventualmente a conduta consentida venha a se adequar a um modelo abstrato de*

---

[19] BRAGA CALHAU, Lélio. **Vítima e Direito Penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 81.

[20] BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p.20.

[21] BRAGA CALHAU, Lélio. *Op. cit.*

proibição"[22]. Em outras palavras: não obstante estejamos diante de uma conduta típica, que perfeitamente se amolda à previsão do texto legal, na hipótese em comento resta afastada a antijuridicidade, pelo que se exclui, naturalmente, o caráter criminoso do ato.

Inúmeras são as divergências doutrinárias no que respeita à disponibilidade dos bens jurídicos. A integridade física[23], por exemplo, como atributo da pessoa humana ostenta algumas características como a indisponibilidade, a imprescritibilidade, a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade.

Embora determinados autores, a exemplo de Heleno Fragoso, elenquem de forma apriorística o rol dos bens disponíveis e indisponíveis[24], mostra-se preferível a realização de uma análise casuística, capaz de levar em consideração as peculiaridades do caso

---

[22] BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p.363.

[23] TEPEDINO,Gustavo. **Temas de direito civil.** A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.34.

[24] FRAGOSO, Heleno. **Lições de Direito Penal.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 193.

concreto e o contexto social. Nesse sentido, o posicionamento esposado por Nucci: "*somente a evolução dos costumes e dos valores na sociedade poderá melhor acertar e indicar qual bem ou interesse ingressa na esfera de disponibilidade do lesado*[25]".

A autorização da ortotanásia[26] na esfera médica[27], por exemplo, retrata a transformação de mentalidade em relação à disponibilidade da vida, muito embora ainda não encontre respaldo no texto da lei. Destaque-se, neste ponto, que a ortotanásia corresponde a um posicionamento diante do paciente portador de enfermidade incurável e em estado

---

[25] NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.244.

[26] O artigo 122, § 2º do Projeto de Lei do Senado 236/2012 admite que o paciente possa renunciar a tratamentos desproporcionais, deixando de fazer uso de meios artificiais para manter sua vida em caso de doença grave e irreversível.

[27] Vide Resolução nº 1.805, do Conselho Federal de Medicina (Publicada no D.O.U., 28 nov. 2006, Seção I, pg. 169), temporariamente suspensa por decisão da Justiça Federal (ACP 2007.34.00.014809-3 da 14ª Vara Federal).

terminal pelo emprego de cuidados paliativos, capazes tão somente de aliviar os sintomas que geram desconforto, sem, todavia, promoverem o efetivo tratamento da doença. Opta-se pela suspensão das medidas curativas, uma vez que apenas permitiriam um prolongado sofrimento, sem perspectivas de recuperação. Nesse sentido, a ideia é aceitar o processo da morte, sem abandonar o paciente, mas saber deixá-lo morrer, quando não podemos curá-lo[28].

Exemplos clássicos e pacíficos relacionados ao consentimento do ofendido são as hipóteses de cirurgia estética, transexual e o transplante de órgãos[29]. Em que pese a existência de adequação típica, não há que se falar em fato criminoso, uma vez que o consentimento em análise tem o condão de excluir o injusto.

---

[28] CANO, César Nombela e outros. **La eutanasia:** perspectiva ética, jurídica y médica. Disponível em: <http://eprints.ucm.es/11693/1/La_Eutanasia_perspectiva_etica_juridica_y_medica.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2012.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro:** volume 1, parte geral, arts. 1º a 120. 7. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.414.

[29] *Op. cit.*

Forçoso salientar, neste ponto, que a possibilidade de anuência e a compreensão do bem jurídico enquanto inserido na esfera de disponibilidade estão atreladas ao princípio da adequação social, alicerce de diversas excludentes. Nesse sentido, as cirurgias estéticas têm ampla aceitação da sociedade, o que denota uma necessidade culturalmente enraizada de aderir aos padrões de beleza midiaticamente enaltecidos.

A cirurgia de mudança de sexo[30], por sua vez, está relacionada ao amplo apoio social que as perspectivas inclusivas vêm proporcionando, no intuito de preterir preconceitos. Sendo assim, cada vez mais se amplia a esfera de indivíduos que concebem de forma positiva o fato de alguém buscar auxílio médico para tornar compatíveis seu gênero – de sentido eminentemente psicológico – e seu sexo, biológico e estruturalmente definido. Decorre desta visão largamente disseminada a possibilidade de

[30] O Conselho Federal de Medicina - CFM, através da Resolução nº. 1.482/1997, passou a aceitar a realização da operação de mudança de sexo.

consentimento, de maneira que o corpo, em se tratando da aludida cirurgia, entra na esfera de disponibilidade do indivíduo.

A doação de órgãos, por seu turno, tem dupla possibilidade de justificativa no campo penal. Além de enquadrar-se num exercício regular de direito, está resguardada pela possibilidade de se expressar o consentimento, elemento que, em última instância, decorre também da existência de previsão legal. A Lei nº 9.434/97 dispõe sobre a possibilidade de pessoa viva doar órgãos, tecidos e outras substâncias, desde que desprovida de fins econômicos, e, portanto, consagra a faculdade de se consentir para a realização de uma lesão grave ou gravíssima[31], albergada pelo Ordenamento.

Para as intervenções cirúrgicas supra, desprovidas de caráter curativo, exige-se que o médico forneça informações exaustivas quanto aos

[31] NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.245.

procedimentos a serem realizados[32], sob pena de restar comprometida a validade do consentimento. A ciência do paciente quanto à natureza e ao alcance da intervenção[33] é, pois, pressuposto para que ele possa anuir de forma válida, em consonância com o Ordenamento Jurídico vigente. Em não havendo o referido consentimento, exclui-se o caráter criminoso tão somente dos procedimentos realizados em caráter emergencial, acobertados pelo estado de necessidade justificante[34].

No que tange às lesões decorrentes de prática esportiva, tem-se, em geral, que se trata de exercício regular de direito. Entretanto, nas hipóteses em que os esportes violentos não se encontram regulamentados pelo Estado, é possível que haja exclusão do injusto com

---

[32] PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: volume 1, parte geral, arts. 1º a 120. 7. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.414.

[33] CEREZO MIR, José. **Curso de Derecho Penal español**: parte general, v. 1. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1981,pp.321-322.

[34] PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*

base no consentimento do ofendido, desde que integre sua esfera razoável de disponibilidade[35].

O Código Penal Brasileiro, em seu Art. 23, inciso III, reconhece, ainda, a exclusão da ilicitude se o agente pratica o fato típico no exercício regular de um direito. Legitima-se, portanto, o "exercício da permissão que a ordem jurídica admite"[36], posto que uma conduta reconhecida e aceita pelo Direito não pode, paradoxalmente, ser considerada crime. Assim, o desempenho de uma atividade ou a prática de uma conduta autorizada por lei, muito embora possa constituir fato típico, jamais irá configurar um injusto penal[37].

Para que se determine a regularidade do exercício, há de se ter em conta os limites objetivos, subjetivos, formais e materiais legalmente estipulados,

---

[35] NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.245.

[36] BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.379.

[37] NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, p. 252.

uma vez que, extrapolada a fronteira em questão, restará configurado o abuso de direito, não incidindo, por conseguinte, a justificante[38].

São exemplos de hipóteses nas quais se aplica a excludente em tela a prática de esportes violentos regulamentados[39], os tratamentos médicos e intervenções cirúrgicas admitidos em lei, bem como as doações de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para transplante, desde que sem fins lucrativos[40]. Observemos, pormenorizadamente, cada uma das situações acima.

Em se tratando de práticas desportivas violentas, a exemplo do boxe, luta livre, futebol, dentre outras, para que se reconheça a justificante em comento, é imprescindível que disponham de regulamentação. O indivíduo apenas responderá pelo resultado lesivo produzido nas hipóteses em que afastar-se das regras disciplinadoras[41].

---

[38] BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, pp 381-382.

[39] *Op. cit.*

[40] NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, pp 252-253.

[41] BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 382.

No que concerne à modalidade da agressão, isto é, dolosa ou culposa, façamos algumas considerações. Ainda que se perfaça o fato típico e que o ânimo norteador seja o dolo, a conduta analisada não será ilícita se observados os cuidados objetivamente devidos e se a ação tinha por objetivo tão somente o exercício da prática esportiva. Se, entretanto, o resultado lesivo for culposo, fruto da inobservância dos referidos cuidados, a prática esportiva deixará de ser regular, não estando o fato acobertado pela excludente em tela[42].

As intervenções médicas, em geral, encontram-se igualmente resguardadas pelo exercício regular do direito. Ao iniciar um procedimento através do corte cirúrgico, é inegável que o médico enquadra-se na previsão do art. 129, do Código Penal, referente à lesão corporal. Não responde, entretanto, pelo crime em análise, posto que devidamente autorizado pelo Direito para o exercício de sua profissão, respeitando-se os

---

[42] PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: volume 1, parte geral, arts. 1º a 120. 7. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp 410-411.

limites estipulados[43]. Exige-se, ainda, que o médico tenha atuado com o ânimo de exercer regularmente sua profissão[44], o que será aferido de acordo com as evidências fornecidas pelo caso concreto.

Nas hipóteses em que o médico não atue de maneira emergencial, deve-se observar, em consonância com o exercício regular do direito, a existência de consentimento por parte do ofendido[45]. É a análise global de tais elementos que torna lícito um procedimento cirúrgico estético, bem como intervenções para fins de doação, de modo que se mostra indiscutível a importância de considerarmos as excludentes e, ainda, associadas aos fundamentos principiológicos.

4 – Considerações Finais

---

[43] BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.197.

[44] PRADO, Luiz Regis. *Op. Cit.*, p. 410.

[45] *Op. cit.*

Conforme aduzido, nem todos os bens são protegidos pelo Direito Penal. Existem critérios de distinção, de forma que os bens penalmente tutelados são aqueles fundamentais à existência de uma sociedade organizada.

Observamos que a noção de bem jurídico sofreu alterações ao longo do tempo. Inúmeras teorias surgiram para explicar a sistemática da interação entre o indivíduo, o bem jurídico ofendido e o Estado, todas pautadas nos contextos culturais de onde surgiram. Abordamos da teoria Iluminista até a noção hodierna de bem jurídico.

Constatamos que o princípio da legalidade é mitigado face aos princípios da adequação social e da insignificância. Um exemplo claro da incidência dos mesmos é a aplicação de *piercings*, realização de tatuagens e demais mecanismos de modificação corporal, uma vez que além de serem comportamentos amplamente aceitos pela sociedade, atingirem de maneira ínfima a integridade física, não geram uma lesão penalmente punível.

Por fim, destacamos que em certas condutas como a realização de cirurgia estética, transexual, o transplante de órgãos e lesões desportivas - não obstante caracterizarem condutas típicas, as quais perfeitamente se amoldam à previsão do texto legal – o consentimento do ofendido afasta a antijuridicidade, pelo que se exclui, naturalmente, o caráter criminoso do ato. Ressalta-se, no entanto, que o consentimento do ofendido apenas apresenta o efeito supramencionado se o bem integrar a esfera razoável de disponibilidade do indivíduo. O rol de bens disponíveis não deve ser taxativo. Imperiosa é a realização de uma análise casuística, capaz de levar em consideração as peculiaridades do caso concreto e o contexto social. A opção dos objetos a serem protegidos pelo Estado acarreta uma decisão política, que por não ser neutra, mas fruto de um momento histórico está passível de críticas e revisões.

Referências:

ADEODATO, João Maurício. **A pretensão de universalização do Direito como ambiente ético comum**. In: BRANDÃO, C.; ADEODATO, J. M.. Direito ao extremo: coletânea de estudos. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BARROSO, Luís Roberto *et al.* **A nova interpretação constitucional:** ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal**, v. 7. São Paulo: RT, 2002.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRAGA CALHAU, Lélio. **Vítima e Direito Penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CEREZO MIR, José. **Curso de Derecho Penal español**: parte general, v. 1. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1981.

COELHO, Yuri Carneiro. **Bem Jurídico-Penal**, v.8. São Paulo: Mandamentos Editora, 2003.

FRAGOSO, Heleno. **Lições de Direito Penal.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 19. ed. Revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. **Bien jurídico y estado social e democratico de derecho (el objeto protegido por la norma penal)**. 2ª. Edição. Santiago de Chile: ConoSur, 1992.

JAKOBS, Günther. **Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad**. Madrid: Civitas, 2004.

JAKOBS, Günther. **Estúdios de derecho penal**. Trad. Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González e Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 1997.

MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. **Código Penal Interpretado**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. São Paulo: RT, 1997.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: volume 1, parte geral, arts. 1º a 120. 7. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil.** A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum begriff des Verbrechens. *Apud* ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

VON LIZST, Franz. **Tratado de Derecho Penal**. V. 2. Madrid: Reus, [s.d.].