

O Direito à Integridade Física e sua Proteção Penal

André Guilherme Tavares de Freitas*

Sumário

1. O Direito à Integridade Física e a sua Delimitação Temporal. 2. Características do Direito à Integridade Física. 3. Ofensa à Integridade Física Penalmente Relevante. 4. Intervenção Penal em Determinadas Situações Ofensivas à Integridade Física. 5. Conclusão.

Preliminares

A deficiência comumente observada nos sistemas jurídicos em relação à eficaz e proporcional proteção ao Direito à Integridade Física deve ser objeto de séria preocupação e reflexão, pois cada vez mais esse direito essencial à existência humana é posto em segundo plano e, até mesmo, em situação de menor proteção quando comparado a outros direitos de patamar axiológico inferior.

A tendência no mundo moderno de supervalorização das posses materiais acaba por retirar o foco de direitos de extrema importância, fazendo com que a legislação e os operadores do direito recebam os influxos dessa reprovável filosofia e atribuam tratamento insuficiente a esse primordial Direito Humano.

A análise do Direito à Integridade Física na ótica da sua proteção penal exige o estabelecimento de algumas premissas conceituais, pois necessário precisar o alcance da expressão *Integridade Física* adotada no presente artigo e, ainda, quando o respectivo direito começa e termina, para, então, conhecermos os limites de incidência das respectivas normas protetivas.

O início da *Vida Humana* traz consigo o Direito à Vida e o Direito à Integridade Física do seu titular. A Vida Humana possui várias fases, da origem ao seu termo final, e, em consequência, o ordenamento jurídico deve tutelar a Integridade Física desde o seu início, independentemente da fase em que se encontre (pré ou pós-natal).

Assim, desde já, fincamos a premissa de entendermos como equivocada a postura de se estabelecer graus de importância à Integridade Física do Ser Humano em razão da fase da vida observada, salvo quando a diferenciação esteja baseada num critério de proteção reforçada aos mais vulneráveis, como é o caso das crianças, idosos, e nascituros. Devemos ter em mente que todos têm Direito à Integridade Física, pouco importando origem, condição social, sexo, fase da vida, etc., e a quebra dessa igualdade não pode ser tolerada ou aceita quando desgarrada de situações especiais ou diferenciadas que a justifiquem, sempre na ótica do vetor da proporcionalidade.

* Promotor de Justiça do Ministério Público do Rio de Janeiro.

Por outro lado, válido mencionar que a renunciabilidade do Direito à Integridade Física deve estar sempre combinada com o preceito da Dignidade da Pessoa Humana, o que conduz à vedação de inúmeros comportamentos que coisifiquem ou animalizem o Ser Humano, como também permite outras situações nas quais haja a preponderância válida de um dos direitos que eventualmente esteja em rota de colisão com o Direito à Integridade Física, ou, ainda, quando este último possa sofrer validamente as restrições que o respectivo titular queira fazer dentro da margem possível de sua liberdade de autodeterminação.

Passemos, então, a expor alguns conceitos e esclarecimentos necessários à compreensão do tema, para, após, avaliar as possíveis restrições válidas ao Direito à Integridade Física e a abrangência de sua proteção penal.

1. O Direito à Integridade Física e a sua Delimitação Temporal

A compreensão deste direito passa, primeiramente, pelo estabelecimento de um conceito que lhe seja próprio, levando em conta o respectivo bem jurídico (*a Integridade Física da pessoa humana*). O Direito à Integridade Física é aquele que assegura a proteção do Ser Humano e das suas diversas funções biológicas, sempre que não estiver em causa a sua sobrevivência, pois nessa hipótese estaremos diante do Direito à Vida.¹

Falar em Integridade Física é ter em conta a conservação do corpo e da saúde do Ser Humano, que podem ser atingidos de forma direta, quando a conduta lesiva for direcionada à pessoa enquanto ser vivo, ou indireta, através de comportamentos que afetem coletivamente a saúde e o bem-estar. Assim sendo, o Direito à Integridade Física é desrespeitado através de condutas ofensivas ao corpo ou à saúde, conforme claramente estabelecido no correspondente tipo incriminador (art. 129, *caput*, do Código Penal).

Inicialmente o Direito à Integridade Física fora tido como aquele atingido apenas em situações de agressões físicas à pessoa, contudo, atualmente, esse direito é invocado não só de forma isolada, mas, outrossim, no contexto de outros direitos, como é o caso do direito à segurança, à saúde, ao meio ambiente equilibrado e à qualidade de vida (respectivamente, art. 5º, *caput*, art. 6º, e art. 225, *caput*, da Constituição da República).

O bem jurídico *integridade física* abrange tanto a *integridade corporal* quanto a *psíquica*, isto é, relaciona-se com o direito ao são e livre desenvolvimento da pessoa, sendo o Ser Humano unidade indissolúvel psicofísica, pelo que a tutela da saúde humana deveria ser única.² Entretanto, essa noção de cunho

¹ Cf. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil*. v. I – Parte Geral, tomo III – Pessoas, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 164.

² Nesse sentido, entre outros: PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 158; SOLDINI, Maurizio. *Argomenti di Bioetica*. Armando Editore: Roma, 2002, p. 104; MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. t. II, 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 28.

mais civilista não foi encampada pelo legislador penal brasileiro, que se vincula à noção *corporal-objetiva*, em razão da clara autonomização que estabelece entre os crimes contra a integridade física (ou corporal) e os crimes contra a honra.

Isto fica evidente quando se constata a nítida separação em capítulos distintos no Código Penal entre os crimes contra a integridade física e os crimes contra a honra (art. 129, arts. 138 a 141) e, apesar de haver previsão de um tipo penal incriminador do crime contra a honra com a utilização de violência ou vias de fato (art. 140, §2º), o legislador determina que o agente seja punido de forma cumulativa com as penas do crime contra a honra acrescida das penas correspondentes à violência, o que denota a intenção de não confundir a violência corporal com a violência psíquica. Ademais, na Lei de Tortura (Lei nº 9.455/1997) constata-se claramente a separação entre a violência física e psíquica, associada, respectivamente, ao sofrimento físico e mental (art. 1º).

Contudo, não se pode deixar de considerar que certas ofensas ao corpo ou a saúde acabam também por gerar abalos psíquicos, transitórios ou permanentes, que, em não raras vezes, geram maior transtorno ou são de mais difícil recuperação do que as lesões corporais correlatas. Por esse ângulo, as *lesões psíquicas* devem ser veementemente consideradas e punidas no âmbito do crime de lesão corporal, na medida em que sejam conexas com a saúde física e, em consequência, fisicamente objetiváveis. Assim o faz, aliás, o Código Penal, e até mesmo de forma qualificada (art. 129, §§1º e 2º).

Apesar do Direito à Integridade Física ser violado através de ofensas ao *corpo* ou à *saúde*, nem sempre haverá coincidência entre essas duas formas de violação, pelo que não podem ser as mesmas vistas como sinônimas. Pode-se observar ofensa ao corpo sem que tenha havido ofensa à saúde, como no caso de lesão corporal leve, isto é, sem qualquer outra consequência ou sofrimento para a vítima (incapacidade para o trabalho; enfermidade incurável; etc.). Por outro lado, pode haver ofensa à saúde sem que exista necessariamente ofensa corporal, como no caso de ingestão compulsória de substância entorpecente, que, embora possa gerar bem-estar transitório à vítima, ofende sua saúde.

Em relação ao momento no qual surge o Direito à Integridade Física e até aonde perdura, isto é, os limites temporais de conservação desse direito, acreditamos que a mesma assertiva aplicada ao Direito à Vida também aqui se aplica, pois se há Vida Humana a tutelar, conseqüentemente, haverá Integridade Física. A existência de Vida Humana pressupõe a materialização de um corpo humano vivo, ainda que em fase de formação; assim, havendo ofensa à Vida também haverá ofensa à Integridade Física desse corpo. Por ser o Direito à Vida mais abrangente, abarca o Direito à Integridade Física, motivo pelo qual as garantias normalmente relacionadas ao primeiro também se estendem ao segundo, com algumas ressalvas.

Com esta realidade, estabelece a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): "Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o

momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente". (art. 4º, nº 1). Na qualidade de *Ius Cogens*,³ este pacto é de observância obrigatória no âmbito interno brasileiro, pelo que, natural e juridicamente, o *momento da concepção* deve ser visto como o marco inicial da Vida e do corpo humano e coincidir com o momento do início da proteção e relevância jurídica do Ser Humano em formação, prevalecendo, desta forma, sobre qualquer outra definição que se queira estabelecer, inclusive a civilista do nascimento, pois negar a qualidade de pessoa ao nascituro é o tratar como mero objeto. Não pode a proteção à Integridade Física de alguém estar subordinada ao grau de consciência ou de compreensão que possua sobre sua própria existência ou dignidade, pois todos os Seres Humanos, pelo fato de o serem, devem ser protegidos em seus direitos, principalmente aqueles mais vulneráveis. Portanto, dissentimos totalmente da opinião que vincula a tutela penal da Integridade Física ao marco inicial do nascimento, sob pena de deixarmos ao total desamparo o Direito Humano correspondente à incolumidade corporal do nascituro, que não receberá qualquer proteção.⁴

Porém, lamentavelmente, diversos ordenamentos jurídico-penais, incluindo-se aí o brasileiro, além de não tutelarem abrangentemente a Vida Humana pré-natal, a ponto de incriminarem apenas o aborto doloso, deixam a Integridade Física do nascituro ainda mais desguarnecida, pois as lesões pré-natais no conceito não recebem, em regra, relevância penal específica, sendo exemplo raro de criminalização dessa conduta o observado no Código Penal espanhol, no qual as ofensas à Integridade Física do nascituro são punidas tanto a título doloso (art. 157) quanto culposo (art. 158).

Todavia, não será a formalidade da lei que dirá quando natural e efetivamente existe uma Integridade Física a proteger e, a existência deste bem jurídico não pode ser confundida com a capacidade jurídica, pois a Vida e o corpo do nascituro existem independentemente da capacidade jurídica que no futuro lhe será atribuída; são fenômenos da natureza não condicionados a regras jurídicas, isto é, não decorrem do Direito, pois, com a concepção há Integridade Física a tutelar. Aliás, a própria lei civil destaca essa assertiva, conforme se constata no art. 2º do Código Civil: "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro".

Estabelecido o marco inicial da existência do Direito à Integridade Física, cabe agora avaliarmos quando este direito se extingue, desobrigando, assim, a interferência do sistema jurídico em sua tutela, incluindo-se aí, evidentemente, o Direito Penal.

³ Entende-se como *Ius Cogens* o conjunto de normas dotadas de imperatividade própria e autonomia em relação às Nações, vinculando-as ao seu cumprimento independente de suas vontades e soberanias, sendo, por conseguinte, possível afirmar tratar-se de um direito supraconstitucional, pertencente a um constitucionalismo global, capaz de vincular e, até mesmo, preponderar sobre as regras constitucionais de cada Estado.

⁴ Sustentando que a proteção jurídico-penal da integridade física do nascituro tem início a partir do nascimento, ver, entre outros: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Parte Especial, tomo I (dirigido por Jorge de Figueiredo Dias). Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 208; DIAS, Augusto Silva. *Crimes contra a vida e a integridade física*. 2ª ed. Lisboa: aafdl, 2007, p. 87.

A morte é o termo da Vida; fala-se aqui da morte natural, isto é, “a cessação das diversas funções vitais, seguindo-se a decomposição do organismo”.⁵ O momento da morte possui grande relevância, sendo um fenômeno natural e jurídico do qual decorrem diversos efeitos, como o da perda da personalidade jurídica.

No âmbito penal, a morte assume especial relevância, pois a proteção da Vida Humana, nesta abrangida a Integridade Física, termina com a morte. Apesar de observarmos a proteção penal da “paz dos mortos” ou da “integridade do cadáver”,⁶ tais tutelas situam-se num plano completamente diverso de análise. A ciência jurídica adere ao fenômeno natural *morte*, conforme observado no art. 6º do Código Civil brasileiro, no qual se estabelece que a existência da pessoa natural, e da sua personalidade, termina com a morte, tendo sido extirpado do direito contemporâneo a denominada *morte civil*.⁷

Ainda após a morte há um prolongamento da existência do Ser Humano, denominada de *vida moral*, pois mesmo os defuntos são considerados em seus interesses e direitos, como no caso da preservação da honra ou da não extração de órgãos contra a vontade do falecido. Inclusive, afirma-se doutrinariamente que o cadáver também possui dignidade, por constituir uma extensão do Ser que aquele corpo habitou⁸ e deve, portanto, receber do Direito o mesmo tratamento conferido à pessoa a quem se refere.⁹

A ciência jurídica, ao contrário da medicina, não estabelece o momento no qual a morte acontece, apenas se preocupa com os aspectos jurídicos relacionados à morte, partindo do pressuposto de que ocorrerá.¹⁰ Atualmente, na maioria dos países do mundo a certificação da morte passou a adotar como referência do instante de sua ocorrência a parada de funcionamento do sistema nervoso central, isto é, a extinção completa de todas as funções cerebrais, a chamada *morte cerebral*, que funciona inclusive como parâmetro para retirada de órgãos e tecidos, destacando-se que, para os especialistas, a diagnose da morte encefálica é vista como provavelmente a mais segura da medicina.

⁵ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil*. v. I – Parte Geral, tomo III – Pessoas, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 478.

⁶ Conforme observado nos arts. 209 a 212 do Código Penal brasileiro; no § 167 e § 168 do Código Penal alemão (StGB); nos arts. 253º a 254º do Código Penal português; no art. 526 do Código Penal espanhol.

⁷ A “morte civil” era uma sanção imposta às pessoas condenadas à privação dos direitos civis, bem como aos condenados à morte física. Consistia essa sanção na transmissão dos bens aos sucessores e na dissolução do casamento existente, bem como em tudo o mais que decorresse da cessação da existência do Ser Humano, ou seja, o indivíduo, apesar de vivo, era tratado como se morto estivesse. Em França, essa sanção era estabelecida na versão inicial do Código Napoleão (art. 22º e ss.), tendo sido posteriormente suprimida por uma lei de 31 de Maio de 1854.

⁸ A vida moral do homem após sua morte nem sempre foi reconhecida, pois o cadáver humano recebia de uma forma geral dos ordenamentos jurídicos a qualidade de coisa, como observado no Direito Português à época do Código de Seabra.

⁹ Cf. DA SILVA, Manuel Gomes. Esboço de uma Concepção Personalista do Direito – Reflexões em torno da utilização do cadáver humano para fins terapêuticos e científicos. *Separata à Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. 1965, p. 93 e ss; 183 e ss; 188 (*apud* OTERO, Paulo. *Direito da Vida. Relatório Sobre o Programa, Conteúdos e Métodos de Ensino*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 71).

¹⁰ No âmbito da Medicina elencam-se algumas características para se observar a ocorrência da morte total, como a desidratação do corpo, que gera a perda de peso, a perda da mucosa dos lábios, o enrugamento da pele, a perda da transparência das córneas, o esfriamento do corpo e a rigidez cadavérica.

Assim, no âmbito da ciência médica, passou a haver quase que um consenso a respeito de a Vida terminar quando cessa a atividade do sistema nervoso, isto é, quando o cérebro deixa de funcionar, sendo nesse momento a pessoa declarada morta.¹¹ Com esta premissa, alguns ordenamentos jurídicos estabeleceram como momento de verificação da morte a cessação irreversível das funções do tronco encefálico (*morte encefálica*), órgão responsável pela manutenção dos processos vitais do corpo, como a pressão arterial e a função respiratória; é assim no Brasil, conforme a Lei nº 9.434, de 4 de Fevereiro de 1997, regulamentadora do transplante de órgãos e tecidos, na qual se prevê que qualquer retirada de órgãos ou tecidos “deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica” (art. 3º).¹²⁻¹³

Acreditamos ser o critério da *morte cerebral* mais condizente com a natureza humana, pois a vida vegetativa, presente na natureza de uma forma geral, não é suficiente para atribuir a algo a qualidade de Ser Humano. O cérebro é justamente nosso órgão mais sensível, sede da consciência e das funções intelectivas e, uma vez perdido, também se perde o Ser Humano. Uma pessoa encefalicamente morta perde de forma irreversível a possibilidade de pensar e de sentir; faltando-lhe o cérebro, falta-lhe o centro de integração, responsável pela estruturação das diversas funções do corpo numa unidade, pois este órgão é a sede da consciência e das funções intelectivas. Uma coisa é estar biologicamente vivo (células e tecidos vivos), fato que se verifica nas situações de pré-morte (coma irreversível e estado vegetativo persistente); outra coisa é estar humanamente vivo. Portanto, havendo a *morte cerebral* não há que se falar mais em tutela da integridade física, pelo que, qualquer lesão que seja praticada naquele corpo que eventualmente esteja biologicamente vivo (ou, nem isso), deverá ser avaliada no contexto de outros tipos penais que não os dirigidos à proteção da integridade física do Ser Humano.

¹¹ Cf. ZATZ, Mayana. In: Entrevista – Páginas Amarelas. *Revista Veja*. São Paulo: Editora Abril, ed.2050, ano 41, nº 9, 5 mar. 2008, p. 11-15.

¹² Em Portugal, a Lei nº 141, de 28 de Agosto de 1999, prevê em seu art. 2º que “a morte corresponde à cessação irreversível das funções do tronco cerebral”; a Lei Alemã de Transplantes de Órgãos, do ano de 1997, em seu §3, II, nº 2 estabelece como pressuposto do transplante a “perda definitiva e irreversível do funcionamento geral do córtex cerebral, do cerebelo e do tronco encefálico”; ainda nesse país verifica-se nas diretrizes da junta consultiva científica da Câmara Federal de Médicos (1998): “A morte encefálica é definida como o estado de irreversível extinção das funções gerais do encéfalo, do cerebelo e do tronco encefálico (...) Com a morte encefálica, verifica-se, de modo científico-medicinal, a morte do homem”.

¹³ Mesmo consagrado o critério da morte encefálica como parâmetro de definição do instante da morte, há forte orientação a nível mundial (v.g. Alemanha; Japão) no sentido de se adotar o critério da morte total, isto é, considerar que o Ser Humano vive, mesmo após a morte encefálica, enquanto as funções vitais do corpo se mantiverem através de tratamento médico intensivo; sustentam que uma pessoa com morte encefálica pode ter uma temperatura normal do corpo, os batimentos cardíacos, o funcionamento dos órgãos, etc., e, até mesmo, no caso de gestante, é possível dar a luz após essa ocorrência (Cf. ROXIN, Claus. *A proteção da vida humana através do Direito Penal*. Conferência realizada no dia 07 de Março de 2002, no encerramento do Congresso de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin, Rio de Janeiro. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso: 03 abr. 2008). No entanto, a maior parte dos seguidores do critério da morte total aceita, com a morte cerebral, a interrupção do tratamento médico intensivo, como também, o transplante de órgãos e tecidos, isto é, os defensores do critério da morte total concordam, na prática, com o critério da morte cerebral como definidor do instante da morte.

Ressalta-se que o momento *morte* cabe à medicina definir, razão pela qual, havendo dúvida sobre seu advento, devemos nos guiar pela máxima do *in dubio pro vita* e partir do pressuposto que há Vida Humana e Integridade Física a serem preservadas naquele corpo. Essa conclusão decorre do *princípio da maxivalorização dos Direitos Humanos*, que exige a atribuição da maior efetividade possível a estes, pois sua eficaz proteção configura um elemento estruturante do Estado Democrático.

2. Características do Direito à Integridade Física

O Direito à Integridade Física consiste na incolumidade física da pessoa e da sua saúde; visa assegurar ao Ser Humano a proteção contra ofensas ao seu corpo e a sua saúde, de forma a impedir que a pessoa, como unidade biológica, e suas diversas funções sofram interferências prejudiciais de terceiros, em todas as hipóteses nas quais não esteja em causa sua existência, a fim de não o confundir com o Direito à Vida. Mencionamos que o Direito à Integridade Física não se prolonga após a morte do indivíduo, o que não significa dizer que o respeito aos mortos e à integridade do cadáver fiquem à margem do necessário respeito e proteção; isto acontecerá na esfera de outro direito que não o ora estudado.¹⁴

Insta esclarecer que o direito ao próprio corpo, decorrente do Direito à Integridade Física, permite ao Ser Humano fazer determinadas disposições acerca de seu corpo, ou parte dele, para após a sua morte, porém, as ofensas que vierem a ser causadas no cadáver ou em parte dele não poderão ser tidas como ofensa à Integridade Física, pois essa, necessariamente, pressupõe um Ser Humano vivo.

Nesse sentido, observa-se que no Código Penal os *crimes contra o respeito aos mortos* são objeto de capítulo em separado, no qual são tipificados o *impedimento ou perturbação de cerimônia religiosa* (art. 209), a *violação de sepultura* (art. 210), a *destruição, subtração ou ocultação de cadáver* (art. 211) e o *vilipêndio de cadáver* (art. 212); não há, contudo, tipicidade penal autônoma para as condutas ofensivas à memória do falecido, pelo que, caso o comportamento reprovável não se enquadre em um desses tipos, a conduta será atípica penalmente.¹⁵

O Direito à Integridade Física abrange o direito sobre o próprio corpo, que se subdivide em direito sobre o corpo inteiro e sobre as partes separadas, e

¹⁴ Entendendo que o Direito à Integridade Física se estende após a morte, e disto decorre o direito de respeito ao cadáver, ver: SANT'ANNA, Aline Albuquerque. *A nova genética e a tutela penal da Integridade Física*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 39.

¹⁵ Acreditamos ser acertada a defesa do bem jurídico honra após a morte da pessoa, pois sua natureza imaterial permite uma consideração desapegada da carne e da vida física, apesar de não ser comum nos códigos penais da modernidade essa tipicidade autônoma prevista no Código Penal português (art. 185º) e no Código Penal alemão (§189), pois aqueles normalmente condicionam a proteção da honra do defunto a algum ato material de vilipêndio do sepulcro ou do cadáver, conforme visualizado no Código Penal espanhol (art. 526), no Código Penal italiano (arts. 407 a 413) e no Código Penal francês (artículo 225-17). Importante mencionar que o Código Civil português estabelece: "os direitos de personalidade gozam igualmente de proteção depois da morte do respectivo titular" (art. 71º, nº 1).

desse decorre o direito às decisões individuais sobre intervenções e tratamentos médicos ou cirúrgicos, exames e perícias médicas,¹⁶ inspeções e contatos corporais, eventuais modificações corporais com intuito estético¹⁷ e retirada de componentes ou materiais integrantes do corpo humano (cabelo, unha, sangue, saliva, etc.); o direito ao corpo compreende ainda o corpo vivo ou morto, o que não se confunde, como já dito, como a persistência do Direito à Integridade Física após a morte.

O fato do titular do Direito à Integridade Física ter direito sobre o próprio corpo não conduz à afirmação de que possa o exercer de forma livre e absoluta. Apesar de haver certa margem de liberalidade ao titular desse direito, a regra é que continua sendo indisponível, e isto porque o mesmo se agrupa entre os chamados *Direitos de Personalidade*, isto é, possui tão íntima ligação com o seu titular que com ele se confunde, pelo que sua disposição pode importar em dispor de si próprio como pessoa humana, situação inadmitida pelo mandamento universal da Dignidade da Pessoa Humana.

Com esse pressuposto, os ordenamentos jurídicos em geral estabelecem acertadamente um regramento para os Direitos de Personalidade com o intuito de limitar sua plena abdicção, como é o caso do brasileiro, em seu art. 11 do Código Civil: “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.¹⁸

Sem embargo, possui o Direito à Integridade Física certa margem de disponibilidade, a fim de permitir que o respectivo titular usufrua e retire os possíveis proveitos. As normas que declaram esse direito e buscam protegê-lo também têm a vertente de normas permissivas. Todavia, a permissão de aproveitamento e a disponibilidade desse direito não são absolutas, pois, caso o fossem, seria legítima a automutilação ou outras ofensas graves à incolumidade física praticadas pelo próprio titular do direito, ou, ainda, a equiparação desse a um objeto.

O ponto peculiar dos Direitos de Personalidade é o de não permitir a sua própria *supressão* ou *desfiguração*, seja por terceiros, seja pelo titular, pois no arbítrio da própria liberdade inerente a cada um não se inclui a possibilidade de *privar ou ofender gravemente* sua integridade física ou do próximo, ou, ainda, de pretender se *coisificar*, mas sim o direito da pessoa de afirmar-se e desenvolver-se como fim e não como meio para qualquer outra finalidade.¹⁹ Assim, dentro da esfera de disponibilidade admitida, poderá o Ser Humano fazer concessões sobre

¹⁶ Cf. GOMES, Orlando. *Direito Civil*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 153.

¹⁷ No Código Civil brasileiro localiza-se a seguinte previsão: “Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

¹⁸ Igualmente no âmbito português observa-se norma expressa acerca da limitação da disponibilidade dos Direitos de Personalidade, nos termos do art. 81º, nº 1, do Código Civil: “toda limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula, se for contrária aos princípios da ordem pública”.

¹⁹ Cf. NEUNER, Carl. *Wesen and Arten der Privatrechtsverhältnisse*. Kiel: Schwerts'che Buchhandlung, 1866, p. 16 e ss. (*apud* CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direitos da Personalidade*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v. LXVII, 1991, p. 165).

seu corpo ou parte dele para serem efetivadas em vida ou no *post-mortem*, desde que não ofensivas à Dignidade da Pessoa Humana e não comprometedoras da sua Vida ou saúde.

É sempre importante frisar que o dever de respeito à Dignidade da Pessoa Humana dirige-se à coletividade em geral, bem como ao próprio titular do direito que esteja em análise ou em vias de colisão com outros direitos, isto é, há uma autovinculação do próprio titular do Direito à Integridade Física ao preceito da Dignidade da Pessoa Humana, motivo pelo qual ninguém pode renunciar à própria dignidade. Por outro lado, esta mesma dignidade confere autonomia ou margem de liberdade dispositiva, pois, caso contrário, estaríamos escravizando o titular em seu próprio direito; a margem de disponibilidade do Direito à Integridade Física deve decorrer do equilíbrio ponderativo entre a Dignidade da Pessoa Humana irrenunciável e a liberdade ou autonomia do titular do direito, para usufruí-lo da maneira que lhe convenha; aí está a justa medida de disponibilidade da incolumidade física do Ser Humano.

Atento a esses fatores, o legislador estabeleceu certa margem de disponibilidade desse direito, conforme norma expressa do art. 13 do Código Civil: “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”. Prossegue o parágrafo único desse dispositivo: “O ato previsto nesse artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial”.

Creemos que a margem de concessão e disponibilidade que possui o titular do Direito à Integridade Física deve estar relacionada, em regra, aos atos capazes de gerar lesão corporal leve, pois esses não irão comprometer sua vida e nem de forma considerável sua saúde, motivo pelo qual se incluem na esfera de abrangência da liberdade e autonomia do titular do direito,²⁰ mesmo que o ato de disposição não esteja em conformidade com a *moral* ou com os *bons costumes* (v.g.: sadomasoquismo; lutas de vale tudo; venda de cabelos).

Dessa forma, temos como válidos os negócios jurídicos ou atos de cessão, onerosos ou gratuitos, que tenham por objeto a separação de partes do corpo humano para o fim de disposição, desde que essas partes possam se reconstituir naturalmente, ou seja, não importe em diminuição permanente da Integridade Física, bem como a sua retirada não comprometa a Vida ou a saúde do indivíduo que as cede.²¹ Apesar de a Integridade Física ser um bem suscetível de apreciação pecuniária em algumas circunstâncias (v.g. venda de cabelos, de sêmen), não está autorizado que seja equiparada a patrimônio e, conseqüentemente, coisificada.

²⁰ Com a mesma orientação: GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – parte geral*, 13ª ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 369. Adotando orientação semelhante, porém através da cláusula dos bons costumes, entre outros: FIGUEIREDO DIAS e MANUEL DA COSTA ANDRADE (*Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial*, tomo I – dirigido por Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 291).

²¹ Cf. PEREIRA, Cáo Mário da Silva. *Curso de Direito Civil*. v. 1. 2000, p. 159. ORLANDO GOMES. v. 1, 2000, p. 155.

Sublinhe-se, o ato de consentimento daquele que irá sofrer a ofensa à integridade física não é absolutamente livre e sem parâmetros; contudo, a permissibilidade deve ser analisada com a referência do fato lesivo (lesão à Integridade Física) a ser gerado a partir do consentimento, e não esse último por si só,²² porquanto eventual imoralidade do consentimento (v.g.: tatuagens com objetos obscenos ou suástica; alteração do rosto para fins de práticas ilícitas) não será fator decisivo para a análise do ato de disposição e das lesões advindas desses, ou seja, não se pode punir ou reprimir a ocorrência de uma lesão corporal consentida com o simples argumento da sua imoralidade, feita a ressalva das hipóteses em que essa imoralidade tiver a qualidade no ordenamento jurídico de *ilegalidade* (v.g.: *doping*).

O ato de disposição do próprio corpo será, em geral, contrário ao ordenamento jurídico quando sair da esfera das lesões *simples*. Em relação aos fatos lesivos geradores de lesões graves ou gravíssimas a regra há de ser a indisponibilidade, somente excepcionada nas hipóteses adequadas à Dignidade da Pessoa Humana (v.g.: doação de órgãos ou tecidos; esterilização voluntária; algumas cirurgias estéticas); logo, o caráter grave e irreversível da lesão deve servir *essencialmente*, apesar de *não unicamente*, para estabelecer a vedação da disponibilidade.²³

A Dignidade da Pessoa Humana deve ser respeitada inclusive em relação aos atos de disposição *post-mortem*, para que não se equipare o cadáver humano à mercadoria ou objeto comercializável, pois, embora o cadáver não seja mais “pessoa”, é inapropriado ser tido como “coisa”. A adequação do cadáver no ordenamento jurídico não decorre de mero formalismo, mas, antes, fruto de uma estruturação histórico-cultural, na qual, desde o direito romano, recebe um tratamento especial, mais moldado à pessoa do que a objeto inanimado, em recurso que pode ser denominado de tutela *post-mortem* ou *pós-eficácia da personalidade*.²⁴ Justamente por isso, no Brasil se veda o comércio de cadáveres ou parte dele (art. 14 do Código Civil: “é válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte”). Ressalva-se, contudo, os cadáveres antigos, relacionados a fins arqueológicos, que devem ser tidos como bens móveis e, como tais, comercializáveis.

O Direito à Integridade Física abrange o dogma da *intangibilidade do corpo humano*, que é o direito de não ser tocado ou receber qualquer intervenção ou invasão em seu corpo sem a anuência do respectivo titular, excepcionados sempre os casos de colisão desse direito com outro, hipótese na qual, prevalecendo o segundo, a intangibilidade do corpo humano é relativizada ou afastada temporariamente (v.g.: prisão com o emprego de força física, em razão da resistência do preso ao ato;

²² Conforme orientação doutrinária pacífica mencionada por: MANUEL DE COSTA ANDRADE. Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial, tomo I (dirigido por Jorge de Figueiredo Dias). Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 290.

²³ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Parte Especial, tomo I (dirigido por Jorge de Figueiredo Dias). Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 291.

²⁴ Cf. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil*. v. I – Parte Geral, tomo III – Pessoas, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 498-499.

corte de cabelo compulsório dos custodiados no sistema prisional; instalação da pulseira eletrônica no corpo do preso; colheita compulsória de material orgânico para fins de prova; coação física para evitar suicídio).

Dar causa à ofensa permanente à Integridade Física em situações de colisão de direito só deve ser tolerada quando o direito prevalente na hipótese concreta for de patamar superior ou igual, e não for exigível outra via de salvaguarda do direito protegido nas circunstâncias concretas. O Ser Humano tem o direito de resistir e de se opor aos atentados ao seu próprio corpo e, até mesmo, ao de terceiros (legítima defesa ou estado de necessidade de terceiros), salvo quando esses atos ofensivos à Integridade Física estejam sendo praticados em consonância com o ordenamento jurídico material.

As fontes ideológicas de destaque do constitucionalismo moderno não são uníssonas quanto à declaração do Direito à Integridade Física, que por vezes é colocado de forma indireta, ou seja, no contexto do *direito à segurança*, conforme observado no parágrafo 1º da *Declaração de Direitos de Virgínia* de 1766²⁵, e no art. 2º da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* de 1789, originária da Revolução Francesa, ou, ainda, sequer é mencionado, como ocorre na *Declaração de Independência dos Estados Unidos da América do Norte* de 1776.²⁶ Na *Constituição* de 1787 desse mesmo país, o Direito à Integridade Física é relacionado à garantia do *non bis in idem* e ao direito à segurança contra buscas e apreensões arbitrárias.²⁷

Os documentos acima mencionados, nítidos expoentes do liberalismo, por centrarem o sistema político no reconhecimento dos direitos e na Dignidade da Pessoa Humana, conseqüentemente consagram expressa ou implicitamente, ou ainda direta ou indiretamente, o Direito à Integridade Física, que por ora será qualificado como um *direito inato* (parágrafo 1º da Declaração de Direitos da Virgínia), um *direito natural e imprescritível do homem* (art. 2º da Declaração dos Direitos do Homem de 1789) e, modernamente, um *Direito Humano*, conforme a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (art. 3º: “Todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”).

Por se incluir indubitavelmente no que se denomina *Ius Cogens*, a consagração constitucional do Direito à Integridade Física é forçosa e inquestionável, ainda que não haja menção expressa no texto formal da Constituição, por ser consequência óbvia do reconhecimento do Ser Humano e de sua dignidade como centro do Estado Democrático de Direito,²⁸ motivo pelo qual esse direito existe fática e juridicamente independentemente de previsão formal nos textos constitucionais; está inserido na Constituição material de qualquer Estado e qualquer norma jurídica que ao mesmo se refira apenas o declara, não o constitui.

²⁵ Texto original de autoria de GEORGE MASON.

²⁶ Redigida por THOMAS JEFFERSON e reduzida pelo Congresso Continental.

²⁷ As primeiras cartas foram influenciadas pelo Iluminismo Francês, que apregoa o domínio da razão, isto é, o uso da própria razão sem ser direcionada pela Igreja ou pelo Estado; é a busca da verdade, através da razão e da filosofia.

²⁸ Cf. BADENI, Gregorio. *Reforma constitucional e instituciones política*. Buenos Aires: *Ad Hoc*, 1994, p. 317-318.

3. Ofensa à Integridade Física Penalmente Relevante

Mencionamos anteriormente que a ofensa à Integridade Física é o mal causado ao corpo ou à saúde do Ser Humano. Em grande parte dos casos concretiza-se no chamado *dano anatômico: ofensa ao corpo* (escoriação, equimose, ferida, luxação, fratura, cicatriz, aleijão, mutilação, etc.), *externa ou interna*, capaz de gerar ou não perturbação funcional e *ofensa à saúde* (alteração na sensibilidade, na motricidade, nas funções vegetativas – digestão, respiração, circulação, excreção – na atividade sexual, no psiquismo).²⁹

As chamadas condutas de *autolesão* não são adequadas a essa espécie delitiva e, dependendo dos fins buscados pelo agente, poderão encontrar tipicidade em outras normas incriminadoras (v.g.: estelionato). O objeto da conduta ofensiva deverá ser o *corpo humano vivo de pessoa diversa do ofensor*. Devem ser tidas como integrantes do corpo humano as próteses que estejam a ele ligadas em caráter permanente, em razão de comporem o próprio corpo (prótese dentária; perna mecânica; placas de metal em ossos; etc.).

Por outro lado, não serão tidos como integrantes do corpo humano objetos ou aparelhos que não permaneçam direta e permanentemente integrados ao Ser Humano (óculos; aparelho de surdez; etc.),³⁰ motivo pelo qual a lesão a tais objetos poderá configurar crime de dano.

A partir desse raciocínio, devemos entender também que a lesão a eventuais partes do corpo humano que tenham sido separadas dele provisória ou definitivamente também não serão analisadas no contexto dos crimes contra a Integridade Física.

A ofensa caracterizadora dos crimes contra a Integridade Física poderá ter duas naturezas, *ofensa ao corpo* ou *ofensa à saúde*. A ofensa ao corpo se traduz em todo malefício causado à vítima no seu bem estar físico, que poderá envolver uma diminuição ou lesão de substância corporal, uma perda de órgãos, membros ou pele, alterações físicas (v.g.: corte de cabelo), ou até mesmo a pintura de partes do corpo da vítima com substâncias de difícil remoção.³¹

Já a ofensa à saúde pode ser caracterizada pelo prejuízo gerado à normalidade das funções corporais da vítima. Inclui-se aí a geração, manutenção ou agravamento de uma doença ou sofrimento, independentemente da possibilidade de cura ou da sua duração, que poderão, eventualmente, ser relevantes para fins de qualificar o crime de lesão corporal.

Em qualquer hipótese, há de ser considerada a *significância da lesão*, para que o fato possa ganhar relevância penal no âmbito dos crimes contra a

²⁹ Cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v. 7. Responsabilidade Civil, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 61.

³⁰ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Parte Especial, tomo I (dirigido por Jorge de Figueiredo Dias). Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 206.

³¹ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Parte Especial, tomo I (dirigido por Jorge de Figueiredo Dias). Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 206.

Integridade Física. A significância da lesão deverá ser avaliada de acordo com critérios objetivos, sem perder de vista, contudo, fatores individuais da vítima, o que não se confunde com a avaliação subjetiva e arbitrária que essa possa fazer do evento; observe-se o exemplo de um mero arranhão no rosto, que será insignificante para quase todos, porém para os que usam a imagem como profissão poderá representar lesão significativa.

Atenção deve-se ter para o fato de que a ausência de lesão concreta no atuar não é sinônimo de insignificância da ofensa, pois nos crimes tentados que não chegam a produzir qualquer consequência física (*tentativa branca*) não há resultado material. Nessas hipóteses, deverá ser avaliado se a conduta era idônea a produzir resultado lesivo significativo, e, em caso positivo, o agente há de ser punido pela conduta tentada correspondente ao crime almejado.

Destaca-se que a necessidade de aptidão para produzir resultado lesivo significativo não está expressa no Código Penal brasileiro na norma que menciona a tentativa (art. 14). Todavia, a potencial lesividade da conduta, decorrente do *princípio da lesividade*, deve ser tida como preceito (expresso ou implícito) vinculador de todo tipo penal incriminador, motivo pelo qual aquelas condutas de expressão insignificante deverão ser vistas como indiferente penal. No âmbito brasileiro, a Suprema Corte vem sedimentando seu posicionamento acerca da necessidade de lesão significativa para a configuração de determinados crimes, máxime os patrimoniais, entendimento esse que pode ser adaptado aos crimes contra a Integridade Física. Estabeleceu essa Corte que um comportamento não terá relevância penal, em razão da sua insignificância jurídica, quando forem preenchidos os seguintes requisitos: *a) conduta minimamente ofensiva do agente; b) ausência de risco social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; d) relativa inexpressividade da lesão jurídica.*³²

A necessidade de causar um mal, ou melhor, a intencionalidade de causá-lo, ou a geração deste de forma culposa, faz com que as condutas relacionadas a *tratamentos médicos*, não raras vezes produtoras de lesões no corpo (cicatrizes; edemas; remoção de tecidos ou órgãos; etc.), não sejam tidas como condutas ofensivas à Integridade Física, à luz do ordenamento jurídico-penal, pelo que, sequer encontrarão tipicidade penal, não havendo necessidade de avaliá-las na etapa da ilicitude, pois, independente do bem ou mal causado, têm a nítida intenção de curar o paciente, motivo pelo qual, atuando o médico, ou outro profissional legalmente autorizado, de acordo com as regras técnicas da profissão em sua intervenção ou tratamento, sua conduta, ainda que gere lesão ao corpo ou à saúde do paciente, não poderá ser tida como ofensiva à Integridade Física, pelo que será atípica penalmente.

Extremamente ilustrativo é o Código Penal português, que em seu art. 150º, nº 1, menciona:

³² Entre outros, consultar o Informativo nº 557 do Supremo Tribunal Federal.

As intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com a *leges artis*, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física.

Com efeito, sublinhe-se, em situações tais acreditamos que a conduta do médico ou profissional correlato sequer chega a ingressar na esfera da tipicidade penal, isto é, não chega a se adequar a um tipo penal incriminador para, depois, ter a sua ilicitude excluída pelo exercício regular da profissão (exercício regular de um direito – art. 23, III, do Código Penal) ou estado de necessidade (art. 24 do Código Penal); condutas dessa ordem têm a natureza de atípicas penalmente.

Evidentemente que nessa concepção não estão incluídas aquelas condutas que, muito embora possam ter a intenção curativa, estejam baseadas em experimentos ou tratamentos não convencionais, isto é, não se relacionem a *legis artis* da medicina (conhecimentos e técnicas inerentes à medicina acadêmica tradicional), ou ainda, as que tenham sido praticadas com a inobservância das regras técnicas pertinentes, hipótese última que, normalmente, deverá ser avaliada no contexto do tipo penal negligente (art. 129, §6º, do Código Penal brasileiro), porém, quando geradoras de lesões corporais leves, são abrangidas pelo consentimento do ofendido.

É preciso atentar ainda para as intervenções médicas arbitrárias, ou seja, aquelas que apesar de terem a intenção curativa, não contam com a anuência do paciente ou de seu representante legal. Esse proceder, no âmbito do Código Penal brasileiro, deve ser analisado à luz da infração penal de constrangimento ilegal (art. 146), se for o caso, sem perder de vista a própria ressalva legal de que não será crime a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por eminente perigo de vida (art. 146, §3º, I).

Em relação às *lesões psíquicas*, mencionamos anteriormente que não só podem como devem ser consideradas e punidas no âmbito do crime de lesão corporal, sempre que estiverem em conexão com a saúde física e, em consequência, forem fisicamente objetiváveis (art. 129, §§1º e 2º do Código Penal) serão analisadas penalmente no âmbito do crime de lesão corporal sempre que causarem ou forem efeito de uma ofensa ao corpo; outro tipo de perturbação do bem estar psíquico só será tratada como ofensa à incolumidade física quando configurar *lesão da saúde*, isto é, quando prejudicar a normalidade das funções corporais da vítima.³³

³³ Cf. FARIA, Paula Ribeiro. *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Parte Especial, tomo I (dirigido por Jorge de Figueiredo Dias). Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 206-207.

Já mencionamos que o Direito à Integridade Física deve ser respeitado e protegido desde o momento do início da Vida Humana, pelo que, as *lesões pré-natal*, isto é, aquelas causadas no feto durante a gravidez, devem ser analisadas à luz das infrações penais contra a Integridade Física, pois não há motivo razoável para afastar das ofensas à integridade corporal ou à saúde de *outra pessoa* ou de *outrem* aquelas geradas no Ser Humano pré-natalício, sob pena de deixarmos sua incolumidade física em total desamparo, o que não seria digno de um legítimo Estado Democrático de Direito.

4. Intervenção Penal em Determinadas Situações Ofensivas à Integridade Física

a) O Terceiro e as Condutas de Autolesão

Acreditamos que a ausência de um tipo penal incriminador específico para as condutas dolosas de incitamento ou auxílio à prática autolesiva de lesão corporal grave não se justifica e deveria existir da mesma forma que se verifica com as condutas de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio (art. 122 do Código Penal), por estarmos diante de bem jurídico indisponível, como regra. Além disso, a ausência de tipicidade penal fere o princípio da proporcionalidade, em face da possibilidade de se responsabilizar penalmente aquele que concorre de forma culposa para alguém se autolesionar, e restar impune o que colabora de forma dolosa.

Sem embargo, há de se refletir sobre o cabimento da responsabilização penal daquele que instiga, induz ou auxilia alguém a uma prática autolesiva grave, em decorrência da assunção, com esse comportamento, da *posição de garante* e, conseqüentemente, da criação de um dever específico para esse de evitar a ocorrência do resultado lesivo ao bem jurídico protegido. A relevância penal da conduta daquele que se omite em evitar a ocorrência de um resultado lesivo, quando tinha o dever específico de atuar, encontra previsão legal no Código Penal (art. 13, §2º, c).

É crível observar ser o comportamento daquele que incita ou ajuda alguém a se autolesionar de forma grave uma *ingerência* sobre o bem jurídico Integridade Física, isto é, uma fonte de perigo ou um reforço de um perigo já existente a esse bem jurídico, cujo dever de respeito e proteção é dirigido a todos, já que há aí um comportamento ilícito, passível, portanto, de responsabilização penal pelo resultado lesivo para o qual contribuiu.

Em relação à conduta do indivíduo que coopera culposamente para alguém se autolesionar, a mesma encontrará adequação direta no tipo incriminador da lesão corporal culposa (art. 129, §6º, do Código Penal), caso o resultado se refira a uma lesão corporal grave, pois, se for causada apenas uma lesão leve, estaremos diante da esfera de disponibilidade da vítima, e a conduta será irrelevante penalmente.³⁴

³⁴ O Supremo Tribunal Federal alemão, em hipótese semelhante, porém relacionada ao crime de

Agora, nos casos de lesão corporal de qualquer natureza, quando um indivíduo dolosamente provoca o atuar de uma pessoa que, por culpa ou erro, acaba por se autolesionar, estaremos diante da chamada *autoria mediata*, na qual o primeiro será responsabilizado penalmente pela lesão corporal provocada na vítima-instrumento.

A indisponibilidade do Direito à Integridade Física e o dever universal de sua tutela obrigam os membros da coletividade a agir sempre que se deparam com uma situação de autolesão grave, ainda que a contragosto daquele que se autolesiona, sob pena de prática criminosa de omissão de socorro, ou responsabilização pelo resultado lesivo que vier a sofrer (lesão corporal grave) nos casos dos agentes incumbidos de enfrentar o perigo nessas situações (bombeiros; policiais; etc.).

A conduta daquele que impede de forma arbitrária o desfecho da prática autolesiva grave configura-se, nitidamente, um atuar em estado de necessidade de outrem, pelo que não poderá ser responsabilizado pela coação (que é lícita), bem como, em regra, não deverá ser responsabilizado penalmente pelas eventuais lesões leves que vier a causar naquele que salvou, ou em terceiros, em decorrência do atuar.

b) Comportamentos a Próprio Risco

Ações a próprio risco são mais comuns em atividades desportivas que envolvam violência ou contatos físicos de maior intensidade (lutas; futebol; hockey; rugby; etc.) e nas atividades profissionais de risco (bombeiros; policiais; seguranças; etc.); porém, podem também serem vistas em atividades outras, de lazer ou do cotidiano (montanhismo; cavalgada; limpeza de janelas; etc.).

Ao adotar um comportamento arriscado para si, sem que esteja incidindo em erro, o agente assume o risco da ocorrência de uma lesão a sua Integridade Física decorrente dessa atividade. Em coerência com o que falamos no tópico dedicado à autolesão, não se pode ter como legítima qualquer atividade, profissional ou não, na qual nitidamente já se evidencie a possibilidade de ocorrer lesão corporal que ultrapasse a qualidade de leve. Note-se que, algumas atividades poderão gerar lesão grave nos seus participantes, porém, em via de exceção, isto é, algo não almejado, não incluído nas consequências normais das mesmas.

Agora, tratando-se de atividade na qual é evidente, de plano, a possibilidade de lesão corporal de natureza grave no indivíduo que irá a empreender, ou até

homicídio, entendeu que determinado indivíduo deveria ser responsabilizado por homicídio negligente por ter organizado uma corrida de motos na qual um dos corredores tinha ingerido bebida alcoólica e veio a falecer durante a competição em decorrência de um acidente gerado por sua própria culpa (BGHSt 7, 112 ss; *apud* ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3ª ed. Lisboa: Veja, 2004, p. 279). Porém, em 1984, mudou sua linha de decisão e dispôs: "Autocolocação em perigo, desejadas e realizadas de modo responsável, não estão compreendidas no tipo dos delitos de homicídio ou lesões corporais, ainda que o risco que se assumiu conscientemente se realize. Aquele que instiga, possibilita ou auxilia tal autocolocação em perigo não é punível por homicídio ou por lesões corporais" (BGHSt 32, p. 262; *apud* ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. 2ª ed. Tradução: Luís Greco. Renovar: Rio de Janeiro, 2008, p. 109).

mesmo o risco sério de morte, a mesma deve ser tida como ilegítima, proibida e, conseqüentemente, impedida de se realizar por ato do poder público ou de seus agentes e, até mesmo, por iniciativa de particulares, tendo em vista o dever de solidariedade, respeito e proteção universal dos Direitos Humanos, aqui, em especial, do Direito à Integridade Física (e, por vezes, até mesmo do Direito à Vida), além do que, a inércia daqueles que poderiam evitar a atividade gravemente arriscada e não o fazem, configura conduta de relevância penal relacionada à omissão de socorro (art. 135 do Código Penal) ou a crime omissivo impróprio (art. 13, §2º, do Código Penal).

Já nos casos em que a atividade arriscada é capaz de, em regra, gerar apenas lesões leves, entendemos que a mesma situa-se na margem de disponibilidade e de autodeterminação daquele que a desempenha, logo, não há razão para ser vedada, salvo quando em total descompasso com o preceito da Dignidade da Pessoa Humana, isto é, quando se observar a completa coisificação do indivíduo, situação na qual deve ser proibida.³⁵

Mesmo nas profissões que tenham o risco em sua essência, como no caso dos bombeiros, a possibilidade dos profissionais que as exercem sofrerem lesões corporais graves não pode ser a regra, e sim, exceção, decorrendo daí justamente sua legitimidade; seria incoerente dizer que o Estado obrigaria seus agentes a sofrer lesões corporais graves como regra, pois, se assim fosse, estaríamos diante de um atentado sério à Dignidade da Pessoa Humana, que escapa aos princípios de solidariedade humana, que não anuem com a autoextinção ou com a autolesão grave como regra.

Oportuno destacar que, nas profissões arriscadas, caracterizadas por uma imposição estatal do dever de atuar, caso os agentes que as desempenham venham a sofrer lesões em decorrência do proceder, não poderão ser responsabilizadas por tais lesões as pessoas em favor das quais se empreendeu a conduta de salvamento, pois ao impor um dever de atuar não pode o Estado endossar a terceiros a responsabilidade penal pelas eventuais consequências danosas dessa obrigação que criou; soaria como total incoerência e, por conseguinte, contrário ao princípio constitucional da razoabilidade.³⁶

Na hipótese de o terceiro cooperar para a conduta de alguém que se coloca em risco, tratando-se de risco à incolumidade física, a questão acaba por se misturar com a autolesão e a cooperação de terceiro, que já mencionamos acima. Porém, há ainda a situação na qual o terceiro, apesar de em colaboração com a vítima da lesão, atua com o domínio do fato, hipótese denominada de *heterocolocação em risco*. Nesta, não será a pessoa que causará lesão em seu próprio corpo, mas sim um

³⁵ Lembre-se aqui do clássico exemplo do anão que, em espetáculo circense em França, se permitia ser objeto de arremesso à distância por integrantes da plateia. A atividade era capaz de gerar apenas lesões leves no anão, porém ainda assim não foi permitida por ser ofensiva à Dignidade da Pessoa Humana. Trazendo para a modernidade, observamos alguns programas televisivos que possuem quadros onde os participantes anuem em sofrer lesões corporais em situações vexatórias.

³⁶ Cf. ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3ª ed. Lisboa: Veja, 2004, p. 280.

terceiro, que atua com a anuência daquela e não intenciona, diretamente, causar-lhe ofensa à incolumidade física, isto é, o indivíduo se expõe com plena consciência do risco a uma situação de perigo que é obra exclusiva (ou preponderantemente) de terceiro. Envolve esse tema o *consentimento do ofendido* e o *grau de disponibilidade do bem jurídico Integridade Física*.

Desde já, assinalamos que deverá ser responsabilizado penalmente esse terceiro quando possuir um especial dever de proteção ou garantia em relação à pessoa lesionada em sua Integridade Física, pois seu dever de garantia impede que exponha a perigo o bem jurídico a ser garantido; igualmente deverá ser responsabilizado quando seu atuar infringir uma proibição jurídica expressa.³⁷ De uma forma ou de outra, já seria responsabilizado, pois, em todos os casos, seu comportamento representou fonte de perigo (art. 13, §2º, c, do CP).

Frise-se que o consentimento do ofendido não pode afastar o dever de proteção do garantidor e nem validar um atuar em confronto direto com o ordenamento jurídico. Aqui a liberdade de autodeterminação da vítima não é tão elástica, diante da necessidade de sua proteção por seu garantidor, salvo se a vítima estiver capacitada, de fato e juridicamente, a dispor do bem jurídico lesionado, situação que pode ser verificada quando a regra de garantia decorre exclusivamente de ter sido o garantidor a fonte de perigo, e não em outra hipótese na qual o dever de garantia decorra, por exemplo, de relações de parentesco ou tutela.

Nos casos em que o consentimento do ofendido envolver uma possibilidade de ser gerada em si lesão corporal de natureza grave, a responsabilidade penal daquele que causa diretamente essa lesão só poderá ser afastada quando a ponderação dos bens em conflito justificar esse proceder ou quando baseada em princípios de solidariedade humana, tudo, evidentemente, em conformidade com a Dignidade da Pessoa Humana (consentimento para que alguém dirija em velocidade excessiva para salvar uma vida, vindo a gerar um acidente; consentimento para retirada de um órgão; etc.). Assim, nos casos em que a vítima consente em manter relação sexual com parceiro infectado por vírus da AIDS, por exemplo, a responsabilidade penal daquele que infectou não será afastada.³⁸

Mesmo nas situações de lesões corporais culposas, o grau da lesão produzida deverá ser avaliado para fins de análise do cabimento do consentimento do ofendido em relação à conduta arriscada, em razão da disponibilidade do bem jurídico Integridade Física não estar relacionada à intencionalidade da conduta que o ofende e sim ao grau da lesão produzida.³⁹

³⁷ Cf. GEPPERT (*apud* ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3ª ed. Lisboa: Veja, 2004, p. 285).

³⁸ Nesse sentido, entre outros: GALVÃO, Fernando. *Direito Penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 227.

³⁹ Porém, essa não é a orientação da doutrina, quase que a unanimidade (Cf. PIERANGELLI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 97; GALVÃO, Fernando. *Direito Penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 223).

Nas demais hipóteses de intervenções cosméticas, mesmo que pareça, objetivamente, “irracional” o ato, ou, ainda, que não resulte em melhoria “sensível”, ainda assim o comportamento não será violador dos *bons costumes* e, em consequência, da Dignidade da Pessoa Humana. Ressalva-se, contudo, que por vezes a cirurgia estética pode estar associada a fins terapêuticos e, como tal, se submeterá ao regime geral das intervenções médicas-cirúrgicas.

c) Cirurgias Deformadoras

Para além da questão das cirurgias estéticas se localiza outra modalidade de intervenção na incolumidade física do indivíduo, tendente a alterar sua imagem física, porém com objetivo diverso do *embelezamento*, ou melhor, daquilo que objetivamente possa ser considerado como tal, que são as *intervenções voluntárias deformadoras da aparência física* e que, como tais, têm a característica da definitividade ou permanência. Tais hipóteses relacionam-se às situações nas quais o indivíduo, voluntariamente, pretende deformar sua aparência física através, *v.g.*, de alteração da mandíbula; de modificação da arcada dentária; bipartição da língua; de implantes de chifres; coloração da esclera (parte branca do olho). A deformação pode ter os mais variados motivos, entre os quais o de pretender parecer-se fisicamente com os animais ou aproximar-se de aberrações.

Já mencionamos que o dever de respeito e proteção do Direito à Integridade Física envolve, inclusive, um *dever de autoproteção*, o que impede o Ser Humano de promover ou permitir que promovam em seu corpo atos deformadores, sem que esses estejam relacionados à proteção de um bem jurídico maior como a Vida. Desta forma, as alterações físicas destinadas a assemelhar o Ser Humano a um animal (*v.g.* modificações na face para se assemelhar a um lagarto; implante de ossos ou matéria sólida no rosto para formar feição animalesca) ou qualquer outra intervenção deformadora ou aberrante, devem ser tidas como ofensivas à Dignidade da Pessoa Humana, quando geradoras de modificações definitivas ou permanentes, diante do nítido descompasso com os *bons costumes*.

Por livre e ilimitada vontade não podemos nos deformar fisicamente; não podemos nos causar um nítido malefício corporal, nos coisificar, nos animalizar, nos transformar em aberrações. O ato de consentimento que envolva a geração de deformidade no Ser Humano, isto é, a produção de anormalidade física no indivíduo, sem razões sérias que justifiquem, deve ser tido como inválido, responsabilizando-se penalmente aqueles que, ao amparo desse consentimento inválido, produzam ou concorram para a produção do respectivo resultado.

A pretensão de se deformar atenta nitidamente contra os mandamentos básicos de respeito e proteção ao Direito à Integridade Física, motivo pelo qual a imoralidade e ilicitude desse comportamento são evidentes, além de ser questionável a lucidez e integridade mental daqueles que intencionem gerar em si uma deformação, pondo em dúvida, por conseguinte, sua capacidade para consentir.

d) Práticas Desportivas e *Doping*

Não cremos que em determinados esportes, ainda que de contato físico, o atleta consinta que lhe seja gerada lesão corporal ao praticar a modalidade correspondente, ou seja, um jogador de futebol, ao ingressar no campo para uma partida, não está consentindo com as possíveis lesões corporais que lhe sejam causadas; para nós, o mais plausível é que esse atleta, definitivamente, não quer que alguém lhe machuque durante o jogo, o que, por conseguinte, prejudica a aplicabilidade da excludente do consentimento.

Apesar da orientação majoritária da doutrina estabelecer genericamente que o consentimento é a excludente de ilicitude apropriada para lesões resultantes da prática adequada do desporto, como também das ofensas corporais negligentes geradas por inobservância das regras da modalidade,⁴⁰ nos posicionamos ao lado daqueles que entendem por reduzir o campo de abrangência do consentimento no desporto, em razão da participação na competição desportiva não pressupor necessariamente um consentimento penal a justificar as lesões sofridas.⁴¹ Além do mais, há também uma questão prática, pois se de consentimento se tratar, imprescindível será sua demarcação, e se cada desportista irá consentir, o que redundaria numa rede de manifestações de vontade nem sempre iguais, que, ou inviabilizaria a prática da modalidade desportiva, ou trataria a participação na competição como uma ficção de consentimento, hipóteses com as quais não se pode anuir.⁴²

Nos esportes que não pressupõem agressões mútuas, ou seja, não envolvem lutas entre os participantes, porém tenham no seu desenrolar normal o contato físico, as lesões que forem geradas no adversário, desde que leves, estarão no contexto da excludente do exercício de um direito (de praticar o desporto). Já as lesões graves ingressam no excesso e, portanto, adquirem relevância penal.

Agora, nos esportes cuja prática envolve diretamente uma lesão no adversário, como é o caso das lutas, o ato de participar da competição ou do embate importa em consentir na ofensa corporal que porventura lhe for consequente, porém, ainda assim, não anuímos com a possibilidade de estarem autorizadas nesse contexto lesões outras que ultrapassem o grau de simples, por não soar como lícito uma prática que envolva, de plano e de forma corriqueira, a possibilidade de lesões corporais graves.

Igressando agora na questão do *doping*, não resta dúvida de que há neste proceder uma interferência na incolumidade física do atleta, posto ser fato notório

⁴⁰ Cf. GÜNTHER, HIRSCH, JESCHECK, WEIGEND e SCHAFFSTEIN, entre outros (*apud* ANDRADE, Manuel da Costa. *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Parte Especial, tomo I (dirigido por Jorge de Figueiredo Dias). Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 299.

⁴¹ Cf. ROXIN, KIENAPFEL, BURGSTALLER, e COSTA ANDRADE (*apud* ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 315 e ss.).

⁴² Cf. ANDRADE, Manuel da Costa. *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Parte Especial, tomo I (dirigido por Jorge de Figueiredo Dias). Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 300.

e cientificamente comprovado que as substâncias empregadas no *doping* geram malefício à saúde, motivo pelo qual, a invasão da integridade corporal daquele que se submete ao emprego desses métodos pode ser tida como ofensiva à Integridade Física.

Apesar de a longo prazo poder gerar consequências mais gravosas, as substâncias utilizadas no *doping*, na instantaneidade em que são ingeridas ou injetadas no organismo, são vistas como causadoras de ofensas leves à saúde, motivo pelo qual poderia se questionar sobre estarem abrangidas pela margem de disponibilidade do titular do Direito à Integridade Física que se submete à aplicação dessa química. A esse questionamento devemos responder negativamente, tendo em vista que há clara violação dos *bons costumes* na prática da dopagem no esporte. Assim se conclui, desde logo, em razão da proibição expressa constante do ordenamento jurídico tanto nacional quanto internacional.

O art. 2º do Código Mundial Antidoping da Agência Mundial Antidopagem – AMA, organismo mundial independente fundado em 1999 e responsável, a nível internacional, pela promoção e coordenação da luta contra a dopagem no desporto em todas as suas formas, do qual Brasil é signatário, estabelece as situações que representam violações das normas *antidoping*, entre as quais se inclui a ingestão ou aplicação de substâncias proibidas no atleta ou competidor. Esta proibição não está baseada em mero formalismo ou positivismo vazio, mas sim, como o próprio Código Mundial salienta, “visa preservar os valores intrínsecos característicos do desporto”, valores esses muitas vezes descritos como “o espírito desportivo”, que constitui a essência do olimpismo e se traduz no “jogo limpo”. Destaca, ainda, que o “espírito desportivo é a celebração do pensamento humano, corpo e espírito” e que a “dopagem é contrária à essência do espírito desportivo”.

No Brasil, a Lei nº 9.615, de 24 de Março de 1998, que instituiu normas gerais sobre desporto, estabelece em seu art. 11, VII, que compete ao Conselho Nacional de Esportes – CNE, órgão vinculado ao Ministério dos Esportes, expedir diretrizes para o controle de substâncias e métodos proibidos na prática desportiva. No exercício dessa atribuição o CNE expede resoluções, de periodicidade, em regra, anual, com a lista de substâncias e métodos proibidos na prática desportiva.

Note-se que, em geral, nos ordenamentos jurídicos a dopagem encontra vedação expressa, pelo que sua contrariedade clara ao sistema moral e legal impede que a margem de disponibilidade do titular do Direito à Integridade Física alcance a possibilidade de permitir validamente a aplicação ou ingestão da substância dopante. Apesar de a dopagem se caracterizar nitidamente como uma conduta de autolesão, vale lembrar que a soberania sobre o próprio corpo não é de plenitude ilimitada, pois quando extrapolar as barreiras da esfera individual daquele que se autolesiona, o direito penal está autorizado a intervir.

No entanto, no âmbito do direito penal brasileiro, a questão ainda não recebeu atenção específica, motivo pelo qual, caso a conduta relacionada ao *doping* não encontre tipicidade penal genérica em algum dispositivo (v.g.: art. 33 da Lei nº

11.343/06; art. 278 e art. 280 do Código Penal), inevitavelmente a conclusão será pela atipicidade.⁴³

e) Ato de Correção e de Castigo

A existência do direito de castigo possui ligação, na seara penal, com o crime de maus tratos, previsto no art. 136 do Código Penal, do qual deflui a ilação de ser a conduta do educador penalmente relevante somente a partir do momento que abusar do direito/dever de educar, isto é, quando utilizar esse poder de forma ilegítima, imoderada ou excessiva.

Apesar de legítimos os fins de corrigir e de fazer valer sua autoridade, não possuem os pais ou educadores a permissibilidade de adotar livremente qualquer via para alcançar esses fins, mas tão somente aquelas que apresentem proporcionalidade pedagógica e forem socialmente cabíveis e adequadas às hipóteses, pelo que há de se estabelecer limites para os meios de correção ou de disciplina a serem utilizados, ou seja, o justo fim não autoriza o excesso do meio, abuso esse que poderá ocorrer através da violência física (castigo corporal) ou da violência moral (ameaça extremada; terror à vítima; humilhação; ridicularização).⁴⁴ O *jus corrigendi* ou *disciplinandi* há de ser exercido sempre de forma moderada para ser considerado legítimo; desta forma, não estão vedados os meios de correção ou disciplina, mas apenas o seu emprego imoderado, como ocorre nos casos de uso de cinta ou outros objetos para agressão física, a surra, a palmatória, etc.; hipótese diversa se observa quando os pais, moderadamente e com finalidade educativa, aplicam nos filhos algumas palmadas ou tapas, puxões de orelha ou cabelo, etc.⁴⁵

Desde logo cabe frisar estarem os castigos físicos em desuso social e serem desaconselhados pela moderna pedagogia, além de externarem, em grande parte das vezes, pretextos para desafogo de traumas, tensões e complexos de pessoas insuscetíveis de administrarem suas deficiências.⁴⁶ O exercício do direito de correção visa propiciar um bem ao educando, pelo que seria contraditória a busca desse bem através de um mal (ofensa à integridade física). Por outro lado, essa não é a via única e nem a recomendável para a educação; há outras vias adequadas, menos gravosas e mais proveitosas para se educar (princípio da proporcionalidade).

⁴³ O que não acontece em Portugal, que conferiu relevância penal específica a diversos comportamentos inerentes ao *doping*, nos termos da Lei nº 27/2009, que tipifica penalmente, entre outros comportamentos, o “tráfico de substâncias e métodos proibidos” (art. 43º) e a “administração de substâncias e métodos proibidos” (art. 44º).

⁴⁴ Para ilustrar, transcreve-se o seguinte julgado: “O poder de correção e disciplina, em especial dos pais com relação aos filhos, deve ser exercido com moderação, constituindo o abuso, o emprego de violência excessiva, como no caso retratado nos autos, a prática delitiva de maus-tratos” (Apelação Criminal nº 013020000066 – Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Espírito Santo – Des. Rel. Alemer Ferraz Moulin, j. 22/09/2004).

⁴⁵ Cf. CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal* – Parte Especial, v. 2, 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 137-138.

⁴⁶ Nesse sentido ver decisão proferida pelo Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo (RT 724/690).

Temos como inadmissível a utilização de violência, capaz de gerar lesões corporais no educando, por ocasião do exercício do direito de correção. Dessa forma se conclui, pois o Direito à Integridade Física só pode ser renunciado (e, ainda assim, não totalmente) por seu titular; logo, seria uma incoerência do sistema admitir que esse direito, ligado intimamente à essência do Ser Humano, possa ser por terceiro renunciado, pessoa essa, diga-se, justamente encarregada de velar (e, em grande parte das vezes, representar) pelos interesses daquele sujeito aos atos de correção.

Temos nessa situação, máxime na relação pais e filhos incapazes civilmente (por idade ou por anomalia psíquica), exceção à regra geral da representação, pois, muito embora os pais tenham capacidade para representar, e conseqüentemente consentir ou renunciar em nome dos filhos incapazes, o representante legal não pode de forma indiscriminada (inclua-se aí, também, em seu proveito próprio) dispor da integridade física do representando.

Estamos diante, nas palavras de ROXIN, de uma *decisão de natureza existencial*, posto versar sobre um Direito Humano, motivo pelo qual não pode haver representação em tais hipóteses.⁴⁷ A decisão de dispor da própria incolumidade física é uma liberdade pessoal, que não deve, por conseguinte, se comunicar ao representante legal, salvo em situações extremadas, como nos casos em que a vida do representado esteja em risco.

Observe-se ainda que, em relação ao direito de castigo dos pais sobre os filhos, os princípios gerais que regem o poder paternal ou familiar nos informam competir aos pais velar pela segurança e saúde dos seus filhos, promovendo seu desenvolvimento físico, intelectual e moral, não podendo faltar com seus deveres ou abusar de sua autoridade (art. 1637 do Código Civil brasileiro).

Não se pode crer que o encarregado pela segurança, saúde e desenvolvimento de uma pessoa esteja autorizado a gerar nela lesão corporal, ainda que a pretexto do direito de corrigir ou da vontade de educar. Seria completamente contraditório e incompatível com a dignidade do Ser Humano em desenvolvimento. O direito de castigo não pode servir para acobertar os maus tratos infantis, e muito menos para justificar a renúncia de um direito (à Integridade Física) por parte de quem não é o seu titular e nem está autorizado, na qualidade de representante legal, a dispor desse direito em seu próprio favor.

Estamos convictos de que o direito de correção dos pais só pode se utilizar da violência física quando não chegar ao ponto de causar (ou intencionar) lesões corporais, sejam essas de qualquer natureza (leves ou graves), encontrando, pois, o limite do exercício desse direito de correção a barreira última da violência física contra a pessoa não geradora de lesão corporal, que no âmbito brasileiro denomina-se *vias de fato* (art. 21 da Lei de Contravenções Penais – Decreto-Lei nº 3.688/1941).

⁴⁷ Cf. ANDRADE, Manuel da Costa. *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Parte Especial, tomo I (dirigido por Jorge de Figueiredo Dias). Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 215.

Esta assertiva esta consagrada na denominada “Lei da Palmada” (Lei nº 13.010, de 26 de junho de 2014), que modificou o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), acrescentando alguns dispositivos legais, entre os quais o art. 18-A:

A criança e o adolescente têm o direito de ser educados e cuidados sem o uso do castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, tratá-los, educá-los ou protegê-los.

Foi ainda mais específico o legislador no dispositivo legal em referência, quando dispôs, em seu parágrafo único: “Para os fins desta Lei, considera-se: I – castigo físico: ação de natureza disciplinar ou punitiva ampliada com o uso da força física sobre a criança ou o adolescente que resulte em: a) sofrimento físico; ou b) lesão; II – tratamento cruel ou degradante: conduta ou forma cruel de tratamento em relação à criança ou ao adolescente que: a) humilhe; ou b) ameace gravemente; ou c) ridicularize”. Em que pese não ter trazido a novel lei nenhuma forma de sancionamento penal, mas tão somente civil e administrativo, representou grande avanço, ao consagrar expressamente a vedação do excesso nos meios de correção ou castigo.

O direito de castigo ou correção necessariamente deve estar associado ao fim de *educação* ou de *ensino*, sendo que o primeiro compreende toda a atividade docente destinada a aperfeiçoar, na ótica intelectual, moral, técnica ou profissional, a capacidade individual, e o segundo, tomado em sentido mais amplo que o de educação, refere-se ao provimento de conhecimentos formadores da cultura. Assim, o direito de correção pode ser exercido por pais, tutores, curadores, diretores de colégio ou de institutos profissionais, professores, chefes de oficina ou contramestres, etc., isto é, por todos aqueles que tenham o encargo legal ou convencional de educar, sendo sempre vedado o abuso possível de causar dano à vida ou saúde.

Contudo, importante enaltecer que o limite do exercício do direito de correção dos educadores em geral não pode se confundir com aquele relacionado ao poder familiar dos pais em relação aos filhos, isto é, não é tão elástico quanto esse, diante da maior proximidade natural e legal existente entre pais e filhos, bem como dos deveres e direitos mais profundos e efetivos atribuídos pela natureza e pela lei aos pais, de forma que, os atos de violência física, não geradores de lesão corporal (tapas; palmadas; beliscões; puxão de cabelo; etc.) possíveis de serem admitidos em relação aos pais para com seus filhos, não podem ser permitidos em relação aos demais educadores.

Nas escolas e demais institutos educacionais correlatos não são mais admissíveis os castigos corporais, sendo opinião uníssona e generalizada nas nações civilizadas que a violência como meio de educação deve ser repelida, ou seja, não mais considerada como coberta pela tarefa pedagógica e de ensino,⁴⁸ por irritar ou deprimir, ao invés de cativar o afeto e a confiança; por fomentar a hipocrisia, atrofiar a dignidade, paralisar a vontade, ocasionar em suma, verdadeira ruína psíquica e, por vezes, física, da qual bem poucos podem refazer-se depois de libertos de tão bestial e furibunda disciplina.⁴⁹

Questão de importante avaliação refere-se à possibilidade do direito de castigo ser exercitado em face da criança ou adolescente de outrem. Em relação ao total estranho, evidentemente que não haverá para esse qualquer direito ou dever de correção ou castigo, porém, acreditamos que poderá haver a transmissibilidade do seu exercício para determinadas pessoas que, por relação de parentesco (tios; avós; etc.), contratual (babá; empregada) ou de fato (vizinho; amigo), tenham proximidade com a criança e gozem da confiança pessoal do encarregado pela educação,⁵⁰ hipóteses nas quais os castigos físicos podem ser admitidos na mesma proporção do observado para o titular do direito, cujo exercício fora transferido provisoriamente para tais personagens.

f) Persecução Penal

A obrigatória atuação do Estado na investigação, processamento e execução da sanção penal em não raras vezes envolve uma relativização de Direitos Humanos dos autores das práticas delitivas. Os Direitos Humanos dos agentes delinquentes, em especial, o Direito à Liberdade e o Direito à Integridade Física podem ser eventualmente atingidos pela atividade estatal de persecução penal, como ocorre nos casos de lesões corporais produzidas naquele que resiste à prisão.

Desse modo, sendo a persecução penal uma situação de *colisão de direitos*, coloca-se como pressuposto indispensável para a busca da solução a aplicação do *princípio da proporcionalidade*, pois esse, através dos seus subprincípios, utiliza a *metodologia da ponderação de interesses*, que é justamente o método a ser adotado para a solução da colisão de direitos.

Sem embargo, sobre o Direito à Integridade Física do autor do fato criminoso acreditamos haver possibilidade de relativização em determinadas situações de colisão com outros direitos também de acentuada importância, individuais ou coletivos. Contudo, deve-se sempre ter atenção para o pressuposto de que uma medida penal, principalmente uma sanção penal, não pode ser livremente estabelecida pelo legislador, pois, entre os ramos do Direito, o Direito Penal é aquele

⁴⁸ Cf. FARIA, Paula Ribeiro. *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Parte Especial, tomo I (dirigido por Jorge de Figueiredo Dias). Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 216.

⁴⁹ Ilustrativo é o acórdão sobre o tema constante na Revista dos Tribunais nº 329/536.

⁵⁰ Cf. FARIA, Paula Ribeiro. *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Parte Especial, tomo I (dirigido por Jorge de Figueiredo Dias). Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 215.

que possibilita ao Estado a intervenção mais severa, sentida e estigmatizante na individualidade humana, e o fato de alguém ter a qualidade de investigado, processado ou condenado criminalmente não significa dizer que deixou de ser sujeito de direitos. Sua Dignidade Humana deve permanecer preservada como a de qualquer outro indivíduo.

Para se falar que uma medida penal, ou mais especificadamente, que uma sanção penal é ofensiva à Dignidade da Pessoa Humana, algumas características devem estar presentes, entre as quais a *irreversibilidade*. Toda e qualquer sanção penal que seja por natureza irreversível indubitavelmente é atentatória à Dignidade da Pessoa Humana, visto extirpar a possibilidade de recuperação do delinquente. A pena nunca pode chegar a tal ponto que não permita o regresso do condenado ao estado que ostentava antes de sua punição (*status quo ante*). Qualquer sancionamento que impeça o regresso ao estado anterior do condenado é naturalmente indigno. Possuem essa qualidade a pena de prisão perpétua, a pena de morte e as penas de amputação de membros.

Uma sanção penal que vem sendo adotada em alguns países, mas que ainda não ingressou no ordenamento jurídico brasileiro, denomina-se *contenção química da libido* e pode ser tida como compatível com a Dignidade da Pessoa Humana, tendo em vista que, os estudos científicos desenvolvidos sobre a matéria informam ser essa providência reversível, ou seja, uma vez cessada a aplicação medicamentosa, é possível ao condenado recuperar sua libido.

O fato de eventual sanção penal promover a malvista *invasão corporal*, como ocorre nos casos de dispositivos anexados ao corpo do apenado para saber onde está, se está consumindo drogas, se está ingerindo álcool, não é um argumento válido, por si só, para se ter a pena como vedada. Muitos repetem, equivocadamente, que o corpo humano fora abandonado como sede de sancionamento penal há tempos e, permitir que volte a ser, configuraria um retrocesso social. O fato de uma sanção penal ter sido retirada do sistema jurídico não impede que em oportunidade futura retorne de forma idêntica ou reestruturada à modernidade, desde que, evidentemente, não ofenda os mandamentos universais e constitucionais pertinentes.

Vemos incrédulos que uma sanção penal não seja tida como cruel quando intervém em um Direito Fundamental que é a liberdade e seja taxada de cruel pelo único motivo de intervir em outro direito da mesma natureza que é a incolumidade física, considerando que tais direitos compõem o mesmo grupo por alguns denominados de *fundamentalíssimos*,⁵¹ isto é, integram o núcleo dos Direitos Fundamentais, com íntima ligação com a Dignidade da Pessoa Humana (Direitos Humanos).

Devemos sempre ter em mente a ideia de estar na Dignidade da Pessoa Humana o limite da relativização da garantia à incolumidade física daqueles que estejam cumprindo uma sanção penal, máxime uma pena privativa de liberdade,

⁵¹ Cf. NABAIS, José Casalta. *Por uma Liberdade com Responsabilidade – Estudo sobre Direitos e Deveres Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 73.

conforme, aliás, enaltecido em julgamento proferido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no qual se asseverou: “toda a pessoa privada de liberdade tem direito a viver em condições de detenção compatíveis com sua dignidade pessoal e o Estado deve garantir-lhe o direito à vida e à integridade pessoal.”⁵²

Dessa forma, poderá o Estado, através dos seus agentes, ofender a incolumidade física do apenado quando for necessário para garantir direito de outro apenado que porventura esteja em confronto, ou até mesmo, de terceiros que não tenham a qualidade de presos, como ocorre nas situações de motim; de libertação de reféns; etc. O Estado também é autorizado a eventualmente ofender a incolumidade física do preso para evitar que esse fuja ou pratique atos (ou continue a praticar) configuradores de infrações disciplinares relacionadas aos deveres dos presos, ou ainda, para manter a boa ordem e disciplina no interior da unidade prisional, desde que haja, evidentemente, proporcionalidade no atuar, posto não poder, livremente, vilipendiar o Direito à Integridade Física do preso. Como exemplo, podemos citar o corte de cabelo coercitivo do preso, utilizado nas penitenciárias para manter o padrão e disciplina entre os detentos, garantindo, assim, a ordem interna, além de se prestar para evitar a propagação de parasitas como o piolho.

Devemos observar que em relação ao preso a obrigação do Estado envolve também a necessidade de velar pela sua Vida e saúde no sentido de fazer cessar eventuais perigos que envolvam esses direitos, ainda que tenham origem em comportamento do próprio titular, motivo pelo qual se justificam as atitudes invasivas na incolumidade física do preso para implementar alimentação forçada ou tratamento médico coercitivo, sempre que houver risco à Vida ou grave perigo à saúde, podendo ser citado o exemplo de Portugal, onde há norma expressa nesse sentido (art. 35º do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas de Liberdade, aprovado pela Lei nº 115/2009).

No entanto, a relativização do Direito à Integridade Física do preso só pode ir, em regra, até os atos capazes de gerar lesão corporal simples, salvo situações excepcionais a serem analisadas concretamente, posto ser um contrassenso entender que o Estado, na qualidade de primeiro garantidor dos Direitos Humanos do preso, possa nessa condição os atingir de forma grave. Imprescindível esclarecer que a possibilidade de ofensa à Integridade Física do preso não se configura como um dever do Estado, mas sim um eventual reflexo do exercício de outro dever que acaba por gerar lesões corporais (v.g. dever de impedir a fuga). No entanto, em nenhuma hipótese a ofensa à incolumidade física do preso, seja de qual natureza for (simples, grave ou gravíssima), pode estar relacionada a atos de expiação, castigo, tortura, degradação, ou qualquer outra hipótese ofensiva à Dignidade da Pessoa Humana, que permanece de observância e respeito obrigatórios também para o indivíduo privado de liberdade em razão de sanção penal.

⁵² Voto proferido pelo Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade na Resolução sobre Medidas Provisórias de Proteção, ditada em 30 de Setembro de 2006, que versou sobre a Penitenciária de Araraquara situada na unidade federativa de São Paulo, Brasil.

5. Conclusão

Buscamos no presente estudo primordialmente esclarecer o alcance do Direito à Integridade Física e as possibilidades de sua renúncia válida, pois é enganoso pensar que a definição deste direito, sua extensão e limites são de fácil compreensão através de mera leitura das codificações; seu desconhecimento, ainda que parcial, deságua na deficiência em sua proteção. Muito mais poderia ser dito, porém, fugiria aos objetivos do presente, ou cansaria demasiadamente o leitor; este trabalho buscou trazer, de forma sucinta, mas não superficial, alguns aspectos tidos como de extrema relevância.

Trata-se de direito de estrutura complexa, confundido, constantemente, com outros direitos, além de receber certo menosprezo pelo ordenamento jurídico pátrio, que, por vezes, não o tutela adequadamente, furtando-o da interferência do Direito Penal e, em outras, o coloca em patamar inferior ao de outros direitos de ligação mais tênue com a essência do Ser Humano.

Para a efetiva proteção do Direito à Integridade Física inúmeras medidas são necessárias, a começar por providências parlamentares, entre as quais mudanças em nossa legislação, para que sua tutela penal seja integral e abrangente de todas as fases da existência humana, além de se atribuir sancionamento penal proporcional à gravidade representada pela ofensa ao corpo e à saúde; tais fatores não dispensam a concreta e eficaz proteção a ser empreendida pelos operadores do direito incumbidos desta nobre função, que, para tanto, precisam conhecer profundamente o direito em análise, colocando sua tutela, máxime a penal, em prática e, na medida do possível, preferencialmente.

Enxergar a ofensa a este direito, com frequência, como uma infração de menor potencial ofensivo, ampliar as hipóteses de sua disponibilidade, permitir seu gerenciamento de forma ampla e ilimitada, ainda que pelo próprio titular, é incentivar “oficialmente” que os ataques à integridade física do Ser Humano se multipliquem e fortaleçam.

É sempre importante sublinhar que o dever de respeito à Dignidade da Pessoa Humana dirige-se à coletividade em geral, bem como ao próprio titular do direito que esteja em análise ou em vias de colisão com outros direitos, isto é, há uma autovinculação do próprio titular do Direito à Integridade Física ao preceito da Dignidade da Pessoa Humana, motivo pelo qual ninguém pode renunciar a sua própria dignidade. O que ocorre no contexto da disponibilidade possível da incolumidade física é uma incidência menos latente do preceito da dignidade, o que, por conseguinte, viabiliza certa tolerância do ordenamento jurídico em relação aos atos de disposição, a fim de se encontrar a justa medida entre a Dignidade da Pessoa Humana e a liberdade de autodeterminação, de fruição do próprio corpo e, quando for o caso, de outros direitos associados (v.g. direito de privacidade; direito de liberdade religiosa; etc.).

O Direito à Integridade Física resulta da própria natureza humana, sendo, pois, um direito congênito, isto é, pelo simples fato de existirmos, nos são atribuídas posições jurídicas fundamentais, capazes de impor aos demais o necessário respeito e proteção e que nos acompanham até o final de nossa existência física; não é, pois, mera normatividade, simples direito derivado da lei, mas sim é referente e indissociável da própria natureza humana, configurando-se em noção pré-jurídica, que não só preexiste ao ordenamento jurídico e ao Estado, como também vincula esses ao seu respeito e proteção.

A ordem jurídica objetiva garantir as condições de existência e desenvolvimento social, e sendo a Vida e a Integridade Física do Ser Humano seus pressupostos, evidentemente que devem receber proteção primordial, por se traduzirem em elemento essencial de qualquer organismo social e jurídico.⁵³

Por fim, imprescindível frisar: a obrigatoriedade de respeito à incolumidade física do Ser Humano é uma garantia indelével, que cada um de nós traz gravada no próprio coração e evidencia-se pelo *clamor das consciências e brados da natureza*, que nos chega aos ouvidos pela *Voz do Eterno*.⁵⁴ Decorre do respeito a Deus e à pessoa, além de integrar as bases permanentes e sólidas de toda a legislação, mesmo que sem menção expressa, por ser, na qualidade de direito natural, a *duplicata ideal do direito positivo*, isto é, a perfeita justiça, o *justo por lei* e o *justo por natureza*, servindo de paradigma de inspiração do legislador na elaboração de normas, uma espécie de princípio regulador do direito positivo, um guia supremo da legislação,⁵⁵ um direito que, vale sublinhar, nasce com o próprio Ser Humano, decorre de sua essência humana, motivo pelo qual, quanto mais o direito positivo se aproxima do pleno reconhecimento do Direito à Integridade Física, mais se aperfeiçoa e, conseqüentemente, quanto mais se afasta, mais obra de forma equivocada ou injusta.

⁵³ Cf. D'ABREU, A.J. Teixeira. *Curso de Direito Civil*, v.1. Coimbra: Imprensa Academia de Coimbra, 1910, p. 38-39.

⁵⁴ Cf. TEIXEIRA, António Ribeiro de Liz. *Curso de Direito Civil Portuguez, ou Commentario às Instituições do Sr. Paschoal de Mello Freire sobre o mesmo Direito*, v. I. 2ª ed. Coimbra, 1848, p. 65 e ss. (*apud* OTERO, Paulo. *Direito da Vida – Relatório sobre o Programa, Conteúdos e Métodos de Ensino*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 51).

⁵⁵ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. v. 1. Parte Geral, 39ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 8.