

5. DOS LIMITADORES DA ATUAÇÃO ESTATAL CORRELACIONADO AO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO

Aghata Tauana da Silva¹, Nicolas Prado de Santana², Camila Virissimo Rodrigues da Silva Moreira³.

¹ Acadêmica do Curso de Direito, Campus Maringá-PR, Universidade Cesumar – UNICESUMAR, não bolsista, aghatauanat@gmail.com.

² Acadêmico do Curso de Direito, Campus Maringá-PR, Universidade Cesumar – UNICESUMAR, não bolsista, nicolasprado1808@hotmail.com.

³ Orientadora, Graduação em Direito, Faculdade Nobel (2005). Especialização na área de Direito Penal e Processo Penal, Universidade Estadual de Londrina (2008). Mestrado em Ciências Jurídicas – Centro Universitário de Maringá (2013), Professora, Unicesumar. camila.moreira@docentes.unicesumar.edu.com

RESUMO

O Código Penal Brasileiro, não faz qualquer referência acerca do consentimento do ofendido, por isso as doutrinas buscam identificar onde ela se encaixa no direito penal, mas divergem em tentar ampará-la como causa de exclusão de ilicitude ou afastamento da tipicidade. O consentimento do ofendido se conceitua como um ato da vítima, em anuir ou concordar com o perigo de lesão a um bem jurídico, do qual é titular, assim para que seja considerado deverá seguir seus requisitos, para se configurar. O presente trabalho, visa a entender qual é a limitação do Estado baseado no interesse individual do indivíduo em dispor de seus bens e a até onde o consentimento pode ser visto como válido. Para tal, a metodologia utilizada é do método de abordagem dedutivo, com pesquisas realizadas em bibliografias abrangentes, incluindo artigos científicos e materiais didáticos, além de pesquisas jurisprudenciais e leis atuais do regimento interno jurídico brasileiro. Como resultado, se verificou que nem mesmo a vida é um direito absoluto, pois em determinados casos, uma pessoa depende do consentimento de outra para sua sobrevivência, e por fim o bem de vida é considerado indisponível, pois quando não se tratar deste bem, o indivíduo terá um consentimento até o momento que não invadir o direito de outrem, visto que se acontecer, o Estado deverá intervir para que não ocorra omissão nas leis vigentes.

Palavras-chave: Colisão entre direitos; Disponibilidade do bem; Integridade.

1 INTRODUÇÃO

A princípio, a presente pesquisa tem como ponto fundamental de análise, verificar o limite do consentimento do ofendido, além de analisar em qual momento o Estado deve intervir para que não haja omissão nas leis vigentes.

A escolha de tal objeto de pesquisa tem como principal objetivo esclarecer e demonstrar que atualmente existentes regulamentos, leis, doutrinas que regulamentam as ações humana e que por este motivo, algumas ações se torna ilícitas, porém essas ações ilícitas, quando são consentidas pelo “ofendido”, afasta a punição por parte do agente.

Inicialmente, o tema central abordado será o conceito do consentimento do ofendido, em sua forma base, trazendo seus requisitos para que seja demonstrado como ocorre sua aplicabilidade e em que casos o Estado deve intervir.

A pesquisa em questão foi esquematizada em quatro partes, sob as perspectivas doutrinárias, legislativas e jurisprudenciais. A primeira parte, irá abordar o consentimento

do ofendido e seus requisitos imprescritíveis para sua caracterização. Na segunda parte, será demonstrado o embate entre direitos como requisito para limitação do consentimento do ofendido, vislumbrando se existe algum bem que possui mais predominância em detrimento de outro.

Já na terceira parte, será interpretado como é aplicado o consentimento do ofendido em casos contra integridade física, contra a vida e no desporto brasileiro, a fim de esclarecer até onde vai a limitação estatal. Por último, será analisada jurisprudência e casos reais em que foram aplicados o consentimento do ofendido pelo Estado.

Por fim, cabe destacar que a metodologia empregada será a teórica, utilizando-se, para tanto, a técnica de pesquisa fundamentada na análise documental e bibliográfica em livros, artigos, sites, jurisprudências, dentre outras fontes de pesquisa ligadas ao tema que serão meios para obtenção dos resultados, além de que a pesquisa será feita por método dedutivo com base na análise do material levantado.

2 CONCEITO DO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO

A terminação "consentimento" pressupõe um acordo entre os sujeitos, e seguindo nessa esteira, o termo consentimento deriva do latim *consentire* e, originalmente, denota a concordância entre as partes ou a uniformidade de opinião. Da mesma forma, implica em não criar obstáculos, não colocar barreiras, concordar, permitir ou conceder permissão (Ávila, 2012).

Assim, a respeito da definição doutrinária, segundo Guilherme, o consentimento do ofendido significa "[...]o titular de um bem ou interesse protegido, considerado disponível, concorde, livremente, com a sua perda." (Nucci; 2024, p. 405), ou seja, em essência jurisdicional, denota uma autorização concedida por um indivíduo detentor destes interesses disponíveis, que concorda livremente com sua privação, desde que sejam respeitados todos os requisitos para tal autorização.

Outrossim, é importante mencionar que sua definição legal não é abordada de forma explícita no Código Penal Brasileiro, embora o entendimento doutrinário figure em delimitá-lo, como sendo uma causa de exclusão de ilicitude ou afastamento de tipicidade. Para Guilherme, "Trata de uma causa supralegal e limitada de exclusão de antijuridicidade[...]" (Nucci, 2024, p.405). Nesse sentido, Rogério Greco esclarece que, "O consentimento do

ofendido, na teoria do delito, pode ter dois enfoques com finalidades diferentes: a) afastar a tipicidade; b) excluir a ilicitude do fato” (Greco, 2024, p. 386).

Ainda que, a discussão sobre se tal exclusão diz respeito à ilicitude ou tipicidade seja relevante neste contexto, o propósito aqui, é na verdade demonstrar o papel do Estado em seu poder-dever de punir, em paralelo à liberdade absoluta do indivíduo de dispor de tais bens. Ou seja, qual seria o limite estabelecido pelo Estado para considerar o que é ou não crime, considerando a liberdade do indivíduo. Neste sentido, Segundo Howard:

A obrigação primária, obviamente, é da pessoa que causou a violação. Quando alguém prejudica outrem, tem a obrigação de corrigir o mal. Isto é o que deveria ser chamado de justiça. Significa levar os ofensores a compreenderem e reconhecerem o mal que fizeram e, em seguida, tomarem medidas, mesmo que incompletas e simbólicas, para corrigi-lo (Zehr, 2008, p.20)

Ou seja, quando alguém prejudica outra pessoa, essa pessoa tem a obrigação moral de reconhecer o mal que causou e fazer esforços para corrigi-lo. Em contrapartida, a liberdade do indivíduo é um direito fundamental assegurado pela Constituição Brasileira, conforme disposto no artigo 5º em seus incisos II, IV, VI, X, XV (Brasil, 1988). Percebe-se que esses incisos destacam a autonomia do indivíduo que também pode ser portador de um bem, e que tem o direito de dispor deles e tomar suas decisões.

Portanto, estabelecer o limite estatal diante dos direitos particulares do ser humano torna-se essencial para determinar o consentimento ofendido de forma abrangente, cuja relevância desses bens pode tornar-se de interesse para a sociedade.

3 REQUISITOS PARA CARACTERIZAÇÃO DO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO

Para que o consentimento do ofendido se caracterize, deverá haver uma interpretação sistemática, uma vez que se trata de uma causa supralegal que não está prevista em lei e dessa forma deverá seguir alguns requisitos para que tal consentimento se defina, se tornando aceito e eficaz. Assim deverá seguir tais requisitos como, deverá haver a concordância do ofendido, o consentimento deve ser dado de maneira explícita ou implícita, necessitará existir a capacidade para consentir, precisará da disponibilidade do bem ou interesse, o consentimento terá que ser dado antes ou durante a prática da conduta

do agente, o consentimento carecerá de revogação a qualquer tempo e por fim o devotará do conhecimento do agente acerca do consentimento. (Nucci, 2024)

Já para o doutrinador Fernando:

[...]é necessário que: (i) o bem jurídico seja disponível; (ii) o consenciente tenha capacidade jurídica e mental para dele dispor; (iii) o bem jurídico lesado ou exposto a perigo de lesão situe-se na esfera de disponibilidade do aquiescente; (iv) o ofendido tenha manifestado sua aquiescência livremente, sem coação, fraude ou outro vício de vontade; (v) o ofendido, no momento da aquiescência, esteja em condições de compreender o significado e as consequências de sua decisão, possuindo, pois, capacidade para tanto; (vi) o fato típico penal realizado identifique-se com o que foi previsto e constitua objeto de consentimento pelo ofendido. (Capez,2024, p.154)

Portanto, conforme os requisitos expostos acima, o consentimento deve ser válido, mas deve-se ter atenção, pois o consentimento válido acontece primeiro quando aquele que consente, que é o titular do bem jurídico, tem capacidade para consentir e no Direito Penal, somente aquele que for penalmente imputável, ou seja, que tiver 18 anos completos e que estiver em estado de perfeita higidez mental, é que poderá consentir (Greco,2024). Além disso, esse consentimento deve ser voluntário e consciente, não podendo ser obtido por meio de fraude, ou por uma pessoa induzindo a outra ao erro ou em situações de grave ameaça ou de violência.

Demais, o consentimento deve ser anterior à conduta típica, pois o agente primeiro, melhor dizendo, o titular do bem jurídico precisa consentir para que o agente pratique a conduta dentro do consentimento do ofendido, devido ao fato de que se já existe a lesão ou o bem jurídico, não há como caracterizar o consentimento do ofendido (Nucci, 2024). Outrossim, o bem jurídico deve ser um bem disponível, pois se o bem for indisponível, mesmo que o consenciente seja capaz, tal consentimento não será levado em consideração. Diz Rogério:

Bem jurídico disponível é aquele exclusivamente de interesse privado (que a lei protege somente se é atingido contra a vontade do interessado). O consentimento jamais terá efeito quando se tratar de bem jurídico indisponível, ou seja, aquele bem em cuja conservação haja interesse coletivo. (Greco, 2024, p.387).

Por fim, o consentimento é revogável a qualquer tempo, devido ao fato do agente ter permitido a prática da conduta no início da ação, porém o titular do bem jurídico prejudicado poderá se arrepender e voltar atrás a qualquer momento, desde que o ocorrido não tenha

se encerrado e por isso é importante que autor da conduta consente com a perda de bens ou interesses, como acontece em outros crimes (Nucci, 2024).

4 EMBATE ENTRE DIREITOS COMO REQUISITO PARA LIMITAÇÃO DO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO

Os requisitos para caracterização do consentimento do ofendido conforme abordado, é um parâmetro ao Estado para analisar o que seria crime ou não, considerando a liberdade do indivíduo. No entanto, uma análise mais aprofundada revela uma discussão doutrinária a respeito de quais bens são considerados disponíveis e sob que ótica deveria conservá-los em detrimento de outros. A quem diga, que somente a evolução social poderá delimitar a disponibilidade, e nesta ótica Nucci diz que:

Cremos, igualmente, poder dar-se o consentimento somente quando se tratar de bens disponíveis, embora preferamos não elaborar uma relação daqueles que são disponíveis e dos que são indisponíveis, pois somente a evolução dos costumes e dos valores na sociedade poderá melhor acertar e indicar qual bem ou interesse ingressa na esfera de disponibilidade do lesado (Nucci, 2024, p.405).

A doutrina que afirma a existência de bens indisponíveis e disponíveis, a depender do bem jurídico analisado, tanto é que, ação é aplicável apenas a bens jurídicos disponíveis, pois se o bem jurídico não tiver disponibilidade, o interesse será exclusivamente do Estado, e o indivíduo não pode renunciar a ele (Masson, 2023). Ademais, a maioria dos entendimentos indicam que o consentimento da vítima só pode ser considerado viável em situações envolvendo direitos que podem ser livremente dispostos, os quais dizem respeito apenas a interesses privados. Nestas circunstâncias, mesmo que ocorra um ato típico, a ilicitude pode ser afastada pelo consentimento da vítima em relação à lesão ou ameaça aos seus bens jurídicos disponíveis, como patrimônio e honra (Andreaucci, 2024).

Nesta perspectiva, o embate entre direitos acontece quando direitos fundamentais colidem entre si, emergindo a dúvida de qual direito pode ganhar ou perder no caso concreto. (Mendes, 2024)

Desta maneira a melhor forma, para resolver este problema, conforme Mendes:

Uma vez adotada a teoria externa, como parece ser a tendência do Supremo Tribunal Federal, o conflito entre direitos fundamentais deve ser resolvido com base na técnica da ponderação. (Mendes, 2024, p.89)

Outrossim, vale destacar que, embora deva ser analisado caso a caso e aplicado a técnica da ponderação, alguns doutrinadores entendem que o bem da vida seja indisponível, assim assimilasse que para o direito penal a vida possui maior predominância, e que quando não se tratar deste bem, deduz que o indivíduo terá um consentimento até o momento que não invadir o direito de outros, pois se acontecer, o estado deverá intervir. Dessa forma, preceitua os seguintes entendimentos, que os bens patrimoniais são por sua natureza, considerados disponíveis e que em contraste com a vida, é um bem disponível por excelência (Greco, 2024). Outrora, o consentimento da vítima não pode ser considerado como uma razão para excluir a ilicitude quando se trata de direitos indisponíveis, uma vez que há um interesse coletivo na sua proteção, como acontece com o direito à vida e à integridade corporal (Andreaucii, 2024).

Assim, analisa-se que o embate entre direitos é um tema que ainda não possui integral entendimento e que deveria ser um requisito para caracterização do consentimento do ofendido qualificado na doutrina majoritária para uma melhor compreensão da temática e delimitação do dever punitivo do Estado.

5 DA APLICABILIDADE DO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO

Desde logo, o consentimento do ofendido se conceitua como um ato da vítima ou do ofendido em anuir ou concordar com a lesão ou perigo de lesão a bem jurídico do qual é titular e para ser considerado deverá seguir seus requisitos para se configurar (Greco, 2024). Por esse motivo, será demonstrado a seguir como funciona a aplicabilidade do consentimento do ofendido em casos contra a vida e contra integridade física.

5.1 DO ESTUPRO

O Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940), em seus artigos 213 caput, 213 parágrafo 1º e 217-A, delimita as formas de estupro para diferentes faixas etárias: para maiores de 18 anos, entre 14 e 18 anos e menor de 14 anos (estupro de vulnerável), respectivamente.

Assim, as caracterizações destes crimes levam em conta, a idade da vítima, a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso, alguns deles se foram mediante a violência ou grave ameaça e por fim e mais importante, o consentimento da vítima. Nessa toada, para Greco “ No caso de delitos contra a dignidade sexual, se a mulher consente na relação sexual, não se poderá cogitar em tipicidade da conduta daquele que com ela mantém conjunção carnal” (Greco, 2024, p. 386).

No entanto, é necessário observar alguns critérios importantes a serem analisados, como é o caso do Estupro de Vulnerável, onde mesmo com consentimento da vítima com o ato libidinoso, o crime estaria consumado. Diz assim a Sumula 593 STJ que, o delito de estupro de vulnerável ocorre quando há relação sexual ou prática de ato libidinoso, com uma pessoa menor de 14 anos, independe de consentimento, experiência sexual prévia da vítima ou existência de relacionamento amoroso com o agressor (Brasil, 2017).

Entretanto, é importante ressaltar que há uma exceção específica no caso de estupro de vulnerável, na qual a ocorrência do crime é afastada. Isso ocorre, por exemplo, quando é identificado que tanto a vítima quanto o acusado estavam constituindo uma família com o consentimento dos pais da vítima. Nesse cenário, prevalece a proteção integral da criança na primeira infância, uma vez que a formação de uma família é considerada. Essa decisão foi estabelecida pelo Superior Tribunal de Justiça ao julgar o AREsp 2.389.611.

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ERRO DE PROIBIÇÃO INVENCÍVEL. RECORRIDO ABSOLVIDO PELO TRIBUNAL LOCAL (TJMG). PEDIDO DE CONDENAÇÃO. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. 2. DEFESA INTRANSIGENTE DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DOS ADOLESCENTES. REAFIRMAÇÃO DA PRINCIOLOGIA DA JURISPRUDÊNCIA. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO E SÚMULA 593/STJ. SITUAÇÃO EXCEPCIONALÍSSIMA. PRIORIDADE ABSOLUTA DA CRIANÇA NA PRIMEIRA INFÂNCIA. 3. ERRO DE PROIBIÇÃO CONSTATADO PELA CORTE LOCAL. STJ TRATADO COMO TERCEIRA INSTÂNCIA RECURSAL. RECURSO ESPECIAL UTILIZADO COMO NOVA APELAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 4. PONDERAÇÃO ENTRE VERBETES 7/STJ E 593/STJ. ENUNCIADOS QUE REFLETEM NORMAS DE HIERAQUIAS DISTINTAS. PREVALÊNCIA DA NORMA CONSTITUCIONAL. TEORIA DE Kelsen. 5. ART. 227 DA CF. **PRIORIDADE ABSOLUTA. CRIANÇA, ADOLESCENTE E JOVEM. TODOS PRESENTES NOS AUTOS. PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA NA PRIMEIRA INFÂNCIA.** 6. NUANCES DO CASO CONCRETO. JOVEM TRABALHADOR RURAL DE 20 ANOS. ADOLESCENTE DE 12 ANOS. 2013. UNIÃO ESTÁVEL E FILHA. CONSTITUIÇÃO DE NÚCLEO FAMILIAR. DISTINÇÃO NECESSÁRIA. 7. APLICAÇÃO LITERAL DA LEI. COLISÃO COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DERROTABILIDADE DA NORMA. HARD CASES. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. 8. VITIMIZAÇÃO

SECUNDÁRIA. DESESTRUTURAÇÃO DO VÍNCULO FAMILIAR. OFENSA MAIOR. 9. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. NECESSIDADE DE PONDERAÇÃO. **MANUTENÇÃO DA ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE.** 10. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...) - **Descendo aos fatos, registro que, embora o casal não esteja mais junto, consta que o pai continua dando assistência à criança. (...) É nesse ponto, inclusive, que reside o instituto da distinguishing ou distinção.** 7. **A condenação de um jovem de 20 anos, que não oferece nenhum risco à sociedade, ao cumprimento de uma pena de mais de 11 anos de reclusão, revela uma completa subversão do direito penal, em afronta aos princípios fundamentais mais basilares, em rota de colisão direta com o princípio da dignidade humana (...)** (HC n. 94163, Relator Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma do STF, julgado em 2/12/2008, DJe 22/10/2009". (AgRg no RHC 136.961/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/06/2021, DJe 21/06/2021) 10. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no AREsp: 2389611/MG, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 12/03/2023, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/04/2024). (Grifo nosso)

Com isso é fundamental ressaltar que, embora cada caso deva ser analisado individualmente, uma investigação mais aprofundada sobre o tema revela que o limite estatal em casos de estupro está intimamente vinculado à avaliação do consentimento da vítima, podendo determinar se uma conduta constitui crime ou não.

5.2 DO TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS

A legislação concernente à remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para propósitos de transplante e tratamento (Brasil, 1987), oferece disposições específicas quanto à remoção de órgãos humanos, critérios relacionados à doação de órgãos e tecidos, bem como ao processo de transplante, além de abordar o consentimento necessário para a retirada de órgãos de uma pessoa falecida.

Ademais, em relação ao consentimento do ofendido, o Artigo 9º, em seu caput e parágrafo 4º da referida lei, estabelece que é permitido a pessoa capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos ou partes do próprio corpo vivo, para fins de transplante ou outro tratamento terapêutico, preferencialmente mediante manifestação escrita. Dessa forma Gustavo preceitua que:

Portanto, tanto o consentimento do doador como do receptor, deverá ser expresso, a equipe médica deve ter cuidado de entrevistar o doador, obviamente no caso de doação inter vivos, e, somente depois do consentimento autorização do doador, aqui, consciente, haverá a remoção de órgãos e a exclusão da antijuridicidade do agente, responsável pela intervenção médica para a retirada de órgãos, logo o consentimento não será livre, caso haja qualquer tipo de pressão, coação, assédio

moral, etc., pois, se ocorrer, o consentimento será inválido, não surtindo efeitos no campo da eficácia. (Ávila, 2012, p.9)

Entretanto, uma grande questão que surge é, quando o indivíduo não está vivo para exprimir a sua vontade. Vale destacar antes que, o entendimento jurisprudencial quanto a operações cirúrgicas seria no sentido de ser dispensável o consentimento em situações emergenciais. Nesse sentido, argumentasse que o consentimento não é requisito necessário em situações emergenciais, como por exemplo, quando a vítima estiver inconsciente ou sem condições de consentir, ou seja ela não é capaz. (Capez, 2024)

Contudo, observa-se que a referida lei ainda menciona em seu Artigo 9º parágrafo 5º, que a doação pode ser revogada pelos responsáveis legais a qualquer momento antes de sua concretização. Dessa forma Gustavo esclarece que:

Tal regramento demonstra, de forma inequívoca, a extrema dificuldade que o poder público vêm tendo no tratamento deste assunto, ademais se lembrarmos a situação de permanente de órgãos. Isto significa que, em última análise, ainda que o sujeito manifeste em vida sua inequívoca vontade de dispor de seus órgãos (por exemplo: consignando em cartório), quando da sobrevinda de sua morte, se houver negativa da família, aqueles não serão doados. (Ávila, 2012, p.9)

Portanto, o questionamento que surge é se devemos priorizar a doação de órgãos para salvar a vida de outra pessoa ou preservar a liberdade individual do indivíduo. Por fim, observa-se que o consentimento do doador possui uma relação intrínseca com a doação de órgãos, uma vez que, apesar da existência de legislação específica, o entendimento doutrinário muitas vezes diverge, devendo ser analisados casuisticamente.

5.3 DA TATUAGEM

A lesão corporal ocorre quando existe uma afronta contra integridade física de uma pessoa e dela resulta em prejuízo temporário ou permanente para sua saúde, conforme disposto no artigo 129 do Código Penal (Brasil, 1940).

Dessa forma, já que a realização de uma tatuagem afronta sua integridade, uma pessoa que tatua o corpo de um terceiro não responde por lesão corporal por qual motivo?

Primeiramente, a prática de realizar tatuagens se tornou muito comum atualmente. Mas para Rogério, a resposta dessa pergunta se dá pelo fato de que, “Existe, em tese, a figura da lesão corporal, uma vez que o tatuador, ao exercer a sua atividade, ofende a

integridade física daquele que deseja tatuar o corpo. Embora típica, a conduta deixará de ser ilícita em razão do consentimento dado para tanto.” (Greco, 2024, p.386).

Para terminar, deve-se ter cuidado para que o consentimento do ofendido ocorra na realização de tatuagens, exemplo disso, é a prática em menores de 14 anos, que para o Código Civil é considerado incapaz, porém para o Código Penal, se houver a autorização por escrito do responsável e o menor consentir não haverá crime, caso contrário, o agente responderá pelo crime. Vale ressaltar que, nesse caso da tatuagem de menores, ocorre uma variação entre estados, assim, cada estado cria sua lei, onde em alguns casos tatuar menor de 16 é considerado crime, no Paraná por exemplo existe uma lei estadual que permite a tatuagem em menores, conforme (Lei Ordinária Nº 12242/1998).

5.4 DOS REGULAMENTOS DESPORTIVOS

O exercício do esporte deve ser promovido pelo Estado, pois o esporte é uma propriedade e benefício preservado pelo poder público. Argumenta Fernando Capez que:

[...] é impossível lutar com os punhos sem provocar ofensa à integridade corporal de outrem. Se o Estado permite e regulamenta o boxe, não pode, ao mesmo tempo, considerar a sua prática um fato típico, isto é, definido em lei como crime. Seria contraditório. O risco de lesões e até mesmo de morte é um risco permitido e tolerado, após o Poder Público sopesar todos os prós e os contras de autorizar a luta. Aceita eventuais danos e até mesmo tragédias, para, em compensação, obter o aprimoramento físico e cultural proporcionado pelo esporte. (Capez, 2024, p.152).

Ademais, o esporte vem se tornando presente na vida das pessoas, seja por motivo de saúde, hobby ou até mesmo um sonho de se tornar um atleta profissional e dessa forma cada pessoa faz sua escolha de esporte na área em que mais se identifica. No entanto, alguns esportes oferecem riscos à integridade física, tais como: futebol americano, luta livre, arte marciais, entre outros, pois trazem mais contato direto de uma pessoa com a outra. No caso de lutas pode ocorrer um ato extremo, como um soco que acarreta a morte, ou até uma fratura e assim se faz necessário criar regulamentos e leis com sanções para a existência de punição, pois nem toda lesão que acontece durante esses esportes são aceitáveis.

Diante do contexto, em uma análise mais profunda, quando houver uma lesão ao bem jurídico em outra pessoa no âmbito do desporto, para que se enquadre o

consentimento do ofendido e a lesão corporal seja admissível deve existir os seguintes elementos:

(i) a agressão foi cometida dentro dos limites do esporte ou de seus desdobramentos previsíveis; (ii) o participante consentiu validamente na sua prática; (iii) a atividade não foi contrária à ordem pública, à moral, aos postulados éticos que derivam do senso comum das pessoas normais, nem aos bons costumes, não haverá crime. (Capez, 2024, p.152).

Em relação, a regulamentação desportiva, temos como exemplo a Lei de nº 14.597, de 14 de junho de 2023, (Brasil, 14.597, on-line) que informa a lei geral dos esportes que traz os fundamentos, os níveis da prática desportiva, os objetivos e condutas éticas.

De igual forma, deve-se levar em consideração que a prática frequente de determinadas atividades esportivas não necessitam da anuência do Estado, devido a chamada aceitação social, que significa um comportamento quando aprovado pela sociedade ou até mesmo pelo Estado, não terá impacto significativo, ou seja, se esse método for reconhecido, é impossível classificar o dano físico como uma situação prevista no Código Penal, independentemente do uso de violência, porque tal comportamento é naturalmente esperado e torna-se contraditório punir o indivíduo. No entanto, é crucial o direito penal intervir, pois conflita com princípios de experiência social saudável e equivale a danos comuns, como por exemplo a luta livre (Pavesi; Colombera, 2022).

Por outro lado, estaremos diante de um fato típico no caso de excessos cometidos pelo agente, pois as consequências resultantes desses casos são tão devastadoras que podem impedir o atleta que foi vítima de continuar praticando aquela modalidade por um longo período de tempo ou até mesmo permanentemente, além de poder ainda impactar negativamente ao agressor, como por exemplo a sua desclassificação ou até mesmo ser banido do esporte. Por essas razões, tais atitudes são proibidas e aqueles que as praticarem serão penalizados (Capez, 2024).

6 ANÁLISE DA EXECUÇÃO EM TUTELAS JURISDICIONAIS

Baseados nos conceitos e requisitos do consentimento do ofendido, torna-se inevitável uma análise nas tutelas jurisdicionais que ocorrem na jurisdição e em casos reais. Assim, os casos que mais repercutiram têm predominância em relação à integridade física

e a falta de anuência por parte do ofendido, embora, ainda existam casos em relação à ofensa contra a vida.

Um evento que explana esse entendimento, ocorreu em 2017 com um jovem chamado Ruan Rocha Silva, de 17 anos, que ficou conhecido após ter a frase "eu sou ladrão e vacilão" tatuada em sua testa, pelos tatuadores responsáveis Maycon Wesley Carvalho dos Reis e Ronildo Moreira de Araújo que após ocorrido foram condenados pela Justiça pelos crimes de lesão corporal gravíssima e constrangimento ilegal, uma vez que tatuou a testa do jovem como forma de "punição", pelo fato do jovem ter tentado furtar uma bicicleta (Patriarca, 2022).

Neste caso, os tatuadores realizaram uma lesão contra a integridade física sem o consentimento do jovem e por este motivo foram punidos, uma vez que não é possível observar todos os requisitos presentes para que o consentimento do ofendido fosse considerado válido. Portanto é claramente visível, que os profissionais que realizam tatuagem em outrem no dia a dia, não respondem por crime, pelo fato do ofendido ter concordado expressamente com o ato e ter capacidade civil para consentir.

Outro acontecimento relacionado contra a integridade física, ocorreu em setembro de 2023, como o lutador Igor Severino fazia sua estreia no UFC, Igor estava lutando contra seu adversário André Mascote, onde surpreendeu a todos ao morder o braço do seu oponente no segundo round, quando tentava derrubá-lo e levar a luta para o chão. Por esse motivo, Igor, foi desqualificado e demitido imediatamente, pois foi contra as condutas previstas na regulamentação (Combate, 2024).

Nessa situação, é possível observar que a lesão não ocorreu de forma natural e não estava previsto no regulamento desportivo, portanto não há o que se falar em consentimento do ofendido, pois o agente agiu sem o consentimento, agredindo fisicamente e assim passando do limite e agindo com excesso de vontade.

Já na jurisprudência os casos mais corriqueiros são relacionados a medidas protetivas às mulheres que sofreram algum tipo de agressão. Desse modo, a medida protegida é uma decisão judicial com o objetivo de proteger a mulher que esteja em situação de risco, vulnerabilidade ou perigo diante de outra pessoa, porém se a vítima conserte com o autor por perto essa medida é retirada e assim se configura uma inexistência de lesão ou ameaça ao bem jurídico tutelado, conforme dois casos aplicado pelo STJ (Superior Tribunal de Justiça) abaixo:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA (ART. 24-A DA LEI N. 11.340/2006). APROXIMAÇÃO DO RÉU COM O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. INEXISTÊNCIA DE LESÃO OU AMEAÇA AO BEM JURÍDICO TUTELADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. **O consentimento da vítima para aproximação do réu afasta eventual ameaça ou lesão ao bem jurídico tutelado pelo crime capitulado no art. 24-A, da Lei n. 11.340/2006.**2. **No caso, restando incontroverso nos autos que a própria vítima permitiu a aproximação do réu, autorizando-o a residir com ela no mesmo lote residencial, em casas distintas, é de se reconhecer a atipicidade da conduta.**3(...) (HC n. 521.622/SC, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 12/11/2019, DJe de 22/11/2019).4. Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg no AREsp: XXXXX DF XXXXX/XXXXX-5, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 22/08/2023, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/08/2023). (Grifo nosso)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. LEI MARIA DA PENHA. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS. CRIME PREVISTO NO ART. 24-A DA LEI N. 11.340/2006. REVERSÃO DA CONDENAÇÃO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA. **CONSENTIMENTO DA VÍTIMA PARA A APROXIMAÇÃO. EXISTÊNCIA DE RELATO DA VÍTIMA SOBRE A VIOLAÇÃO DE MEDIDAS. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. NÃO CABIMENTO DA ATUAÇÃO EX OFFICIO.** (...) 3. **A tese jurídica de superveniente atipicidade da conduta em razão da reconciliação do casal deve ser aduzida, se for o caso, na via adequada.** 4. Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg no HC: XXXXX PR XXXXX/XXXXX-5, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 07/12/2021, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/12/2021). (Grifo nosso)

Ao verificar as jurisprudências supracitadas, não houve ilegalidade em nenhum caso, pois em todos a vítima consentiu com a aproximação do réu e assim afasta a tipicidade da conduta do crime, levando o agente a absolvição.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tipificação no âmbito do direito penal desempenha um papel crucial na definição clara e precisa das condutas consideradas criminosas e das penalidades correspondentes e essa clareza legal é essencial para garantir a certeza jurídica e proteger os direitos individuais, evitando punições arbitrárias e aplicando a lei de forma consciente.

Em contrapartida, a ausência de tipificação pode resultar em incertezas legais, aplicação seletiva da lei e falta de proteção adequada dos bens jurídicos, comprometendo a eficiência do sistema judicial e a confiança da sociedade.

Assim nota-se que essa ausência também se evidenciou na temática do consentimento do ofendido, ou seja, esta lacuna legislativa abre espaço para uma análise

mais ampla, e entendimentos diversos sobre o assunto, como por exemplo se é uma causa de excludente de ilicitude ou exclusão de tipicidade.

Ademais, é notável a quantidade significativa de processos versam essa temática, que acabam sendo submetidos à análise dos tribunais, os quais muitas vezes se deparam com a necessidade de definir critérios para avaliar a validade e a extensão do consentimento do ofendido.

Além disso, é inegável o poder da mídia em influenciar a percepção pública sobre casos individuais, conferindo-lhes uma relevância que pode ecoar por toda a sociedade. A forma como esses casos são apresentados e debatidos na mídia pode moldar a opinião pública e até mesmo influenciar decisões judiciais.

Diante desse cenário, torna-se evidente que o objetivo deste trabalho vai além da simples análise jurídica, pois visa promover uma reflexão sobre os limites do Estado em relação à liberdade individual, e como sua definição legal afetaria a criminalização ou não de determinadas condutas, contribuindo, assim, para um melhor bem-estar da sociedade.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Manual de direito penal**. São Paulo: Saraiva Jur, 2024. Disponível em: < <https://research.ebsco.com/linkprocessor/plink?id=575afa8e-ab59-300c-87b4-b4da81cb627a> >. Acesso em: 2 maio. 2024.

ÁVILA, Gustavo Noronha. **Dos limites do consentimento do ofendido nas intervenções médicas: O caso dos transplantes de órgãos (2012)**. Porto Alegre: Revista Eletrônica da Faculdade de direito, 2012. Disponível em: < https://www.academia.edu/4130694/Dos_limites_do_consentimento_do_ofendido_nas_interven%C3%A7%C3%B5es_m%C3%A9dicas_O_caso_dos_transplantes_de_%C3%B3rg%C3%A3os_2012_ >. Acesso em: 2 maio. 2024.

BRASIL. **Código Penal**. Brasília: Diário Oficial, 1940. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm >. Acesso em: 02 maio. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**. Brasília: Diário Oficial, 1988. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 02 maio. 2024.

BRASIL. **Lei Geral do Esporte**. Brasília: Diário Oficial, 2023. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/L14597.htm#:~:text=L14597&text=Institui%20a%20Lei%20Geral%20do%20 >

Esporte.&text=Art.%201%C2%BA%20%C3%89%20institu%C3%ADda%20a,Cultura%20d e%20Paz%20no%20Esporte.>. Acesso em: 02 maio. 2024.

BRASIL. **Remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências, de 4 de fevereiro de 1997.**

Brasília: Diário Oficial, 1997. Disponível em: <

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm >. Acesso em: 02 maio. 2024.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Sumula nº 593.** Brasília: Diário Oficial, 2017.

Disponível em: <

https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_593_2017_terceira_secao.pdf >. Acesso em: 13 maio. 2024

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **AgRg no AREsp XXXX DF**

XXXX/XXXX – 5. Jurisprudência do STJ, 2023. Disponível em: <

<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1990410445> >. Acesso em: 13 maio. 2024.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **AgRg no HC XXXXX PR XXXX/XXXXX**

- 5. Jurisprudência do STJ, 2021. Disponível em: <

<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1480172845> >. Acesso em: 13 maio. 2024.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **AgRg no RHC 136.961/RJ.** Rio de

Janeiro: Jurisprudência do STJ, 2022. Disponível em: <

<https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?preConsultaPP=&pesquisaAmigavel=+%3Cb%3EAREsp+2.389.611%3C%2Fb%3E&acao=pesquisar&novaConsulta=true&i=1&b=ACOR&livre=AREsp+2.389.611&filtroPorOrgao=&filtroPorMinistro=&filtroPorNota=&data=&operador=e&thesaurus=JURIDICO&p=true&tp=T&processo=&classe=&uf=&relator=&dtpb=&dtpb1=&dtpb2=&dtde=&dtde1=&dtde2=&orgao=&ementa=¬a=&ref=> >. Acesso em: 13 maio. 2024.

CAPEZ, F. **Curso de direito penal, v. 1 : parte geral: arts. 1º a 120.** São Paulo: Saraiva

Jur, 2024. Disponível em: < <https://research.ebsco.com/linkprocessor/plink?id=f1bd8b18-8ed8-3e7c-bebf-aa81cc6dba02> >.

Acesso em: 12 maio. 2024.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal, v. 1 : artigos 1º a 120 do Código Penal.** Rio

de Janeiro: Atlas, 2024. Disponível em: <

<https://research.ebsco.com/linkprocessor/plink?id=8cb26b23-1205-3f09-b4f1-90bc3790f751> >. Acesso em: 2 maio. 2024.

MASSON, Cleber. **Direito penal, v. 1 : parte geral (arts. 1º a 120).** Rio de Janeiro:

Método, 2024. Disponível em: <

<https://research.ebsco.com/linkprocessor/plink?id=7336d98e-2acd-3a57-8812-622426f8a688> >. Acesso em: 2 maio. 2024.

MENDES, Gilmar. Ferreira. **Manual didático de direito constitucional.** São Paulo:

Saraiva Jur, 2024. Disponível em: <

<https://research.ebsco.com/linkprocessor/plink?id=4f3c0f7a-c137-3867-b793-719b28eaa302> >. Acesso em: 2 maio. 2024.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal, v. 1 : parte geral, arts. 1º a 120 do Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2024. Disponível em: <<https://research.ebsco.com/linkprocessor/plink?id=c32cf4f7-7f5f-3eb2-bf84-e96514cfc2dd>>. Acesso em: 2 maio. 2024.

PATRIARCA, Paola. **Jovem que teve testa tatuada com “eu sou ladrão e vacilão” é preso após tentar furtar apartamento em Cotia, Grande SP**. G1 SP, São Paulo, 2022. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2022/11/28/jovem-que-teve-testa-tatuada-com-eu-sou-ladrao-e-vacilao-e-preso-apos-tentar-furtar-casa-em-cotia-grande-sp.ghtml>>. Acesso em: 12 maio. 2024.

PAVESI, Lucas Perez; COLOMBERA, Lucas. **A lesão corporal causada na prática desportiva e o direito penal**. Marília: 2022. Disponível em: <<https://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/2132/TC-%20Lucca%20Perez%20Pavesi.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 13 maio. 2024.

UFC: mordida termina em demissão para Severino e bônus para Mascote. Combate.com, Las Vegas, 2024. Disponível em: <<https://ge.globo.com/combate/noticia/2024/03/24/ufc-mordida-termina-em-demissao-para-severino-e-bonus-para-mascote.ghtml>>. Acesso em: 12 maio. 2024.

ZECH, Howard. **Trocando as Lentes - Um Novo Foco Sobre o Crime e a Justiça**. Traduzido por: Tônia VanAker, 2008. Disponível em: <https://www.academia.edu/25233932/Trocando_as_Lentes_Um_Novo_Foco_Sobre_o_Crime_e_a_Justi%C3%A7a_ZEHR>. Acesso em: 2 maio. 2024.