



ANÁLISE DAS TEORIAS ISENTADORAS DE RESPONSABILIDADE PENAL NAS LESÕES CAUSADAS NO ÂMBITO ESPORTIVO E SUAS EXTENSÕES

Raphael BERNARDES¹
Marcus Vinicius Feltrim AQUOTTI²

RESUMO: Buscou-se, por meio da pesquisa dedutiva, histórica e bibliográfica, apresentar os aspectos da responsabilidade penal e suas teorias na incidência de práticas esportivas, trazendo-se a teoria do risco assumido mutuamente originária do direito alienígena e também buscou-se confrontar as condutas referidas com as excludentes presentes no ordenamento brasileiro, sejam elas o exercício regular de um direito, consentimento do ofendido, atipicidade, além de explorar-se demais situações em que a lesão causada foge do âmbito esportiva, seja por inobservância das regras esportivas ou por questão de dolo ou excesso, ainda analisou-se sob a ótica da Justiça desportiva e seu papel sob a égide do princípio da adequação social dada à influência da prática desportiva na sociedade.

Palavras-chave: Lesão corporal. Esportes. Responsabilidade penal. Justiça desportiva. Teorias jurídicas.

1 INTRODUÇÃO

Nesta obra, buscou-se analisar a questão de lesões decorrentes da prática esportiva, analisar demais aspectos, como o excesso e a inobservância às regras. Logo, foram abordadas teorias do direito e doutrina alienígena, como a teoria do risco assumido mutuamente, ao contraponto do ordenamento jurídico brasileiro e doutrinadores brasileiros, que entendem pela incidência do exercício regular de um direito, consentimento do ofendido, incidência do princípio da adequação social e a ausência de tipicidade.

Tal pertinência da pesquisa se deve ao fato da expressiva influência que o esporte gera na sociedade mundial e brasileira, em especial. Portanto, ao

¹ Discente do 4º ano do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente.

² Professor da graduação do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Mestre em Direito pela Universidade de Franca. Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru.

passo que são analisadas a incidência das teorias abordadas, são citados exemplos recentes de lesões corporais causadas e que causaram repercussão nas mídias sociais da época, sendo casos lembrados até os dias de hoje. Ainda, é necessário que, nos casos em que há o excesso, exista estudo para determinar a possibilidade da incidência das teorias existentes, e abordadas neste, justamente para que o direito penal cumpra sua finalidade preventiva ou repressiva, utilizando da influência esportiva para tanto ou sequer repreenda tal conduta.

Utilizou-se do método indutivo, bibliográfico e histórico para encontrar as teorias formuladas por doutrinadores, tanto estrangeiros quanto nacionais, que já dissertaram sob questões esportivas e lesões corporais, além da análise com a legislação e os princípios vigentes no direito brasileiro.

2 DO ASPECTO HISTÓRICO EVOLUTIVO DO DIREITO PENAL E SUAS REPRIMENDAS NO ÂMBITO GERAL

No ordenamento jurídico brasileiro, existem as causas excludentes de ilicitude, trazidas pelo legislador do artigo 23 ao 25 do Código Penal. Contudo, antes de encaminhar no estudo acerca da incidência ou não de excludente de ilicitude nas lesões esportivas, é necessário que, primeiro, explore-se o conceito de crime.

Nos primórdios da sociedade, houve a necessidade de trazer repressão a diversas condutas que, se praticadas ou ainda estimuladas, poderiam trazer significativos danos à vida coletiva, bem como atrapalhar o desenvolvimento normal dos seres humanos. Entretanto, a forma com que as sociedades primitivas repreendiam as condutas, no início, nada se parecia com a atualidade, uma vez que não havia legalidade como hoje, de modo que os agentes não sabiam exatamente a sanção que viriam a enfrentar se praticassem determinada conduta.

Além disso, de início, a repressão era feita através do instituto da *vingança privada*, ou seja, a vítima que sofria mal injusto - na concepção da sociedade da época - era a responsável por aplicar a sanção conforme entendesse. Todavia, tal resposta demonstrava-se infrutífera, haja vista que findava num ciclo sem fim, uma vez que haveria retaliação por tal conduta. Diante disso, buscou-se a *vingança pública*, onde determinada figura era escolhida para aplicar a devida punição, de modo que seria imparcial, e, portanto, impediria possível retaliação por nada ter a ver tal figura com a vítima ou com o agente.

Logo, o critério para aplicação da sanção, por volta de 1750 a.C., previsto no *Código de Hamurabi*, era o “*olho por olho, dente por dente*”, consoante traz Nucci³ em sua obra:

“Cuidando-se, particularmente, da Babilônia, deve-se fazer referência ao Código de Hamurabi, editado por volta de 1750 a.C., prevendo-se delitos e penas cruéis, embora admitindo-se a composição, que era a troca de bens materiais, quando se tratava de crime patrimonial. Mesmo assim, prevalecia o talião, encontrando-se lesão por lesão, morte por morte. Esse mesmo critério do talião estendeu-se à legislação hebraica, sob a nomenclatura de lei mosaica (originada na lei de Moisés). Dentre as penas corporais, para ilustrar, havia a pena de morte, executada por meio do esquartejamento, quebramento do pescoço ou afogamento; a pena de mutilação previa o decepamento de mãos, língua, olhos, orelhas, nariz, dedos, castração, mutilação da face, mamilos, lábio inferior e quebramento de dentes; bastonadas ou flagelação consistia em dar golpes precisos, variando de 20 a 100; penas específicas: ao ladrão de ovelhas, arrancavam-se os seus cabelos; ao trabalhador agrícola prevaricador, determinava-se fosse arrastado por bois pelos campos; o ladrão de colmeias era exposto às picadas de abelhas etc.”

Destarte, percebe-se que a sociedade, diante de determinadas condutas que causam extrema reprovabilidade social, espera que estas sejam reprimidas, por muitas vezes de forma extremamente rigorosa. Tal fenômeno não se extirpou com o tempo, e é justamente disso que se busca extrair o conceito material de crime, isto é, a conduta que, quando realizada, deve ser punida por violar um bem jurídico. No âmbito formal, basta que determinada conduta se amolde perfeitamente ao descrito no tipo penal conforme preceitua Bettiol⁴:

“Duas concepções opostas se embatem entre si com a finalidade de conceituar o crime: uma de caráter formal, outra de caráter substancial. A primeira atém-se ao crime *sub specie iuris*, no sentido de considerar o crime ‘todo o fato humano, proibido pela lei penal’. A segunda, por sua vez, supera este formalismo considerando o crime ‘todo o fato humano lesivo de um interesse capaz de comprometer as condições de existência, de conservação e de desenvolvimento da sociedade’.”

Porém, neste estudo, por apelo a um rigor científico e para melhor compreensão, faz-se necessário esmiuçar cada aspecto do crime e seus pormenores, num critério analítico, de modo que, sob a ótica da *teoria finalista*,

³ NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Penal: Parte Geral: arts. 1º a 120**. v.1. São Paulo. GEN, 2023, p. 74. E-book. ISBN 9786559646852. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646852/>. Acesso em: 26 mar. 2023.

⁴ BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. Vol. I. São Paulo: Ed. RT, 1971, p. 209.

adotada pelo Código Penal brasileiro, só há crime se presentes: tipicidade, antijuricidade e culpabilidade. Neste sentido, Welzel⁵:

“A tipicidade, a antijuricidade e a culpabilidade são três elementos que convertem uma ação em um delito. A culpabilidade – a responsabilidade pessoal por um fato antijurídico – pressupõe a antijuricidade do fato, do mesmo modo que a antijuricidade, por sua vez, tem de estar concretizada em tipos legais. A tipicidade, a antijuricidade e a culpabilidade estão relacionadas logicamente de tal modo que cada elemento posterior do delito pressupõe o anterior.”

De início, quando se fala em tipicidade formal, deve-se olhar sob o prisma de um dos mais importantes princípios trazidos ao ordenamento jurídico pela Constituição Federal de 1988 no emblemático artigo 5º, XXXIX⁶, o “*nullum crimen sine lege*”, isto é, a proibição de se punir uma conduta, como se crime fosse, sem sua previsão típica. Tal tipicidade funciona como garantia aos cidadãos, de modo que se punidos, saberão o motivo de tal punição, além de explicitar a função de manutenção da garantia da ordem pública do Direito, já que a previsão de determinada conduta, aliada à respectiva punição, serve para coibir a prática em tese. Ademais, evidente que a interpretação de tais tipos penais, conforme as regras de hermenêutica, deve ser restritiva, jamais podendo-se ampliar as situações e a aplicação do tipo, uma vez que, na seara criminal, lida-se com a restrição de direito fundamental, sendo impossível que se amplie a aplicabilidade dos tipos penais.

Entretanto, para se completar o conceito de tipicidade, é preciso da *conglobante* nas palavras de Rogério Greco⁷:

“A tipicidade conglobante surge quando comprovado, no caso concreto, que a conduta praticada pelo agente é considerada antinormativa, isto é, contrária à norma penal, e não imposta ou fomentada por ela, bem como ofensiva a bens de relevo para o Direito Penal (tipicidade material).”

Diante da *antinormatividade*, compreende-se que a conduta só poderá ser enquadrada como crime se sua prática for contrária ao que a lei estabelece. No tipo penal alvo deste estudo, o crime de lesão corporal, por exemplo, previsto no

⁵ WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Trad. Juan Bustos Ramirez e Sergio Yañes Pérez. Chile: Jurídica de Chile, 1987, p. 57.

⁶ XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

⁷ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: artigos 1º a 120 do código penal**. v.1. Rio de Janeiro. Grupo GEN, 2023, p. 231. E-book. ISBN 9786559774593. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774593/>. Acesso em: 26 mar. 2023.

artigo 129 do Código Penal⁸, se traz punição ao agente que ofende a integridade física de outrem, seja lesão corporal leve, grave ou gravíssima, grau constatado por meio de exame pericial de corpo de delito.

Entretanto, em alguns casos, a lei permite a conduta e, em outros, até mesmo a impõe como um dever. Veja-se o exemplo do médico que possui dever legal de salvar uma vida e pode até mesmo ser responsabilizado se não o fizer, podendo fazer - conforme o artigo 13⁹ do diploma material já citado - desta forma, deve causar lesão corporal ao paciente, se assim preciso for e em consonância às técnicas estabelecidas na profissão, de modo que sua conduta não é antijurídica, pois a lei não a proíbe, na verdade, a determina, está no exercício regular de um direito. No mesmo sentido, a conduta do agente policial que deve agir até “à paisana”, de modo que, podendo, deve impedir o resultado do crime até mesmo se valendo da força física, ainda que venha a causar lesão corporal, sua conduta será considerada lícita, uma vez que é respaldada pelo inciso III do artigo 23 do diploma penal.

3 DA OCORRÊNCIA DE LESÃO NO ÂMBITO ESPORTIVO E ANÁLISE CASO A CASO

Quando se põe tal análise nas lesões esportivas, surgem diversas questões relativas à aplicação do instituto do exercício regular de um direito à medida em que se varia de esporte a esporte. Contudo, na maioria das práticas desportivas, o contato físico aliado à tensão emocional faz com que haja a possibilidade de lesão dos praticantes, seja dolosa, culposa ou até mesmo preterdolosa. Neste diapasão, os autores Humberto Fabretti e Gianpaolo Smanio¹⁰:

“Assim, ainda que aquele que exerce regularmente o seu direito esteja praticando uma conduta típica, está não será considerada ilícita, como ocorre, por exemplo, com o médico que ao realizar uma cirurgia precisa fazer uma incisão no paciente e causar-lhe uma lesão corporal (art. 129 do CP). O mesmo pode ser dito do boxeador que durante a luta causa lesões no rosto de seu oponente”.

⁸ Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem.

⁹ Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

¹⁰ FABRETTI, Humberto B.; SMANIO, Gianpaolo P. **Direito Penal - Parte Geral**. São Paulo. Grupo GEN, 2019, p. 268. E-book. ISBN 9788597020465. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597020465/>. Acesso em: 26 mai. 2023.

No futebol, a título de exemplo, a ocorrência de lesões faz parte de um risco assumido mutuamente pelos jogadores, teoria que ainda será abordada neste estudo, uma vez que é um esporte de agilidade, contando com dribles e extrema pressão emocional causada pelas torcidas ainda mais em jogos importantes.

Neste sentido, pode-se citar o caso do jogador Neymar na Copa do Mundo de 2014, realizada no Brasil, em que o atacante brasileiro sofreu uma fratura na terceira vértebra lombar após levar uma joelhada nas costas do colombiano Zuñiga em lance que não foi apitado nada pelo árbitro, ainda, o jogador colombiano asseverou¹¹:

"Era um jogo em que nós queríamos conseguir um bom resultado, queríamos marcar. A partida estava um pouco quente. O Brasil estava entrando forte, assim como a gente. Então, foi um lance normal. Esperamos que não seja nada grave, com a ajuda de Deus".

Porém, em regra, o contato físico com excesso, é marcado como falta pela arbitragem, ainda que culposos, de modo que há punição ao atleta que o causou com cartão amarelo ou até mesmo com o cartão vermelho que ocasiona sua expulsão a depender da intensidade do lance.

No hóquei e no futebol americano, todavia, o contato físico com empurrões e bloqueios, valendo-se da força física é comum e faz parte do objetivo do jogo, uma vez que os atletas se valem disso e não são punidos por “falta” nas mesmas regras do futebol, uma vez que no futebol americano os empurrões e obstruções são permitidos pelos defensores desde que estejam à distância de 5 jardas da linha de *scrimmage* (onde se começa a jogada).

Entretanto, nos esportes de artes marciais, ainda sim, existem regras para proteger os praticantes de qualquer resultado lesivo que venha a ultrapassar os limites da teoria do risco assumido. No *MMA*, estabeleceu-se condutas passíveis de punição desde que verificadas pelo árbitro central, adotadas por unanimidade pela *Associação das Comissões de Boxe* e utilizadas no *UFC*:

¹¹ Zuñiga nega joelhada proposital e fala em “lance normal” com Neymar. **Jornal Estado de Minas**, 2014. Disponível em: <https://www.mg.superesportes.com.br/app/19,614/2014/07/04/interna-noticia,56453/zuniga-nega-joelhada-proposital-e-fala-em-lance-normal-com-neymar.shtml>. Acesso em: 26 mai. 2023.

“Dar cabeçada; Qualquer tipo de golpe com os dedos no olho do adversário; Morder ou cuspir no oponente; Inserir o dedo ou a mão na boca ou narina da pessoa; Puxar o cabelo; Arremessar o adversário contra a lona pela cabeça ou pescoço; Golpear a espinha ou a parte de trás da cabeça; Qualquer golpe na garganta e/ou agarrando a traqueia; Usar os dedos esticados contra o rosto/olhos do oponente; Golpear com o cotovelo de cima para baixo; Qualquer tipo de ataque à virilha; Dar joelhada e/ou chutar a cabeça de um oponente caído; Pisar em um oponente caído; Segurar a luva ou o calção do oponente; Segurar ou se pendurar na grade com a mão ou os dedos dos pés; Manipular pequenas juntas; Arremessar o oponente para fora do ringue/área de luta; Intencionalmente, colocar o dedo em qualquer orifício ou corte ou laceração do oponente; Agarrar, beliscar, torcer a pele ou carne; Evitar contato com o adversário, intencionalmente ou constantemente deixar cair o protetor bucal ou fingir uma lesão; Usar linguagem abusiva na área de luta; Desrespeitar flagrantemente as instruções do árbitro; Ter conduta antidesportiva que cause lesão ao oponente; Atacar o oponente depois de o gongo marcar o fim do round; Atacar o oponente durante o intervalo; Atacar o oponente enquanto ele estiver sob os cuidados do árbitro; Interferência do córner ou de segundos”¹².

A ocorrência de uma ou mais das condutas apontadas acima implica na dedução de pontos do atleta que inflige as regras, mas não é punida externamente. Entretanto, é perfeitamente possível a análise dessas condutas à luz dos preceitos constitucionais em contraponto às teorias isentadoras de responsabilidade penal nos esportes de contato para que se verifique se há ou não necessidade de uma resposta estatal por meio de sanção.

3.1 Da disponibilidade do bem jurídico individual da integridade física

A Constituição Federal de 1988 trouxe proteção aos direitos e garantias fundamentais ao homem. Em especial, o *Pacto de San José da Costa Rica*, quando ratificado e incorporado ao ordenamento brasileiro com status supralegal trouxe mais proteção aos direitos humanos conforme narra Alexandre de Moraes¹³:

“Em relação aos direitos humanos fundamentais, garante-se principalmente: direito ao reconhecimento da personalidade jurídica; **direito à vida; direito à integridade pessoal**; proibição da escravidão e da servidão; direito à liberdade pessoal; princípio do juiz natural; acesso ao Judiciário; princípio da inocência; princípio da legalidade e da retroatividade; direito à indenização;

¹²ANDRADE, Gustavo. Regras do MMA: o que é permitido e o que é proibido no UFC.

Esportelândia, 2021. Disponível em: <https://www.esportelandia.com.br/artes-marciais/regras-do-mma/#:~:text=Arremessar%20o%20advers%C3%A1rio%20contra%20a,o%20rosto%20Folhos%20do%20oponente>. Acesso em: 26 mai. 2023.

¹³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo. Grupo GEN, 2023, p. 177. E-book. ISBN 9786559774944. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774944/>. Acesso em: 26 mai. 2023.

proteção da honra e da dignidade; liberdade de consciência e de religião; liberdade de pensamento e de expressão; direito de retificação ou resposta; direito de reunião; liberdade de associação; proteção da família; direito ao nome; direitos da criança; direito à nacionalidade; direito de propriedade; direito de circulação e residência; direitos políticos; princípio da igualdade perante a lei”. (Destaque nosso).

Ora, com toda proteção jurídica conferida ao direito à vida e à integridade pessoal, tendo o primeiro sendo relativizado somente em condição extremamente específica pelo constituinte para conferir pena de morte ao “traidor da pátria” nos casos em que esteja presente o Estado de Guerra, seria possível, de fato, relativizar o direito à integridade física contemplado dentro da integridade pessoal e até mesmo à vida - os quais além de consagrados como direitos fundamentais, também podem ser considerados direitos humanos, pois sua tutela é vista como obrigatória pelos países adeptos dos mais diversos tratados humanos?

Os autores Gustavo Fabretti e Gianpaolo Smanio¹⁴ entendem pela indisponibilidade apenas do bem jurídico individual da vida:

“No que se refere à disponibilidade, atualmente todos os bens jurídicos individuais – inclusive a integridade corporal e a saúde – são disponíveis, exceto a vida. Apenas para exemplificar hipóteses de disponibilidade dos bens jurídicos integridade corporal e saúde, cita-se: tatuador que é contratado para fazer uma tatuagem em seu cliente, embora essa configure uma lesão corporal gravíssima (art. 129 do CP)”.

Logo, é possível que em determinadas situações o indivíduo renuncie ao direito à integridade física e permita uma lesão corporal, mas não só, em verdade pode o indivíduo anuir com o risco da ocorrência de uma lesão em determinada atividade. Com base nesta última afirmativa, surgem as teorias que isentam a responsabilidade penal em determinadas condutas no âmbito desportivo.

3.2 Das teorias isentadoras de responsabilidade penal e excludentes de ilicitude nas atividades desportivas

A jurisprudência e doutrina do direito alienígena entendem pela disponibilidade do bem jurídico individual da integridade física e a partir do uso da teoria do risco assumido e de suas respectivas subdivisões, conforme a modalidade esportiva, isentam o praticante de que a conduta por ele realizada seja classificada

¹⁴ FABRETTI; SMANIO, 2019, p. 269.

como crime. Seguindo a classificação de Medina Alcoz¹⁵, explicitada em artigo acadêmico da Prof^a de Direito penal da Universidad Rey Juan Carlos de Madrid Rosa Ventas:

“Entre esportes de risco bilateral e unilateral, os primeiros são aqueles em que há confronto entre os jogadores, seja de forma direta, corpo a corpo (boxe, artes marciais ou outros tipos de luta) ou indireta, através dos objetos utilizados no jogo (bolas, bolas, floretes, espadas etc.) ou simplesmente aqueles que envolvem contato corporal (basquete, handebol, futebol). Pelo contrário, nos esportes de risco unilateral não há contato físico entre os jogadores, pois eles são competição individual. Dentro destes acreditamos ser necessário distinguir, pela nossa parte, entre esportes de risco unilateral (natação, arremesso de peso ou dardo etc.) e esportes radicais unilateral em sentido estrito (esqui, parapente, asa delta, escalada, bungee jumping, etc.). O que determina essa diferenciação é que a bilateralidade significa que cada jogador cria um risco que o adversário assume. é a chamada de teoria do risco mutuamente aceita, que é referida como a Sentença do Tribunal Provincial de Málaga de 5 de dezembro de 1995, embora não o aplique aos fatos processados. como veremos linha seguida, mais do que esta teoria, a jurisprudência utilizará o teoria do risco assumida como base da impunidade para o lesões causadas nos esportes. No entanto, ambas as teorias diferem mais na forma do que na substância”.

Em síntese, percebe-se que os esportes que envolvem assunção de risco bilateral são os que possuem o contato físico como decorrência da prática (como no basquete, handebol, etc.) ou os esportes em que o objetivo é a luta corporal (judô, karatê, etc.), nos quais a impunidade das lesões causadas decorre de uma assunção mútua dos riscos, isto é, cada praticante assume o risco de causar eventual lesão a outro, de modo que todos assumem o risco de serem também lesionados, uma vez que tal possibilidade decorre justamente das regras do esporte. Ao se permitir o contato corporal ou ainda tê-lo como objetivo, está presente a chance de que ocorra dano ao bem jurídico da integridade pessoal dos praticantes.

Em sequência, nos esportes de risco unilateral não ocorre a aplicação da *teoria do risco mútuo*, e sim do *risco assumido*, uma vez que como o esporte não visa o contato, a assunção do risco é tomada apenas individualmente e, portanto, a excludente se delimitaria apenas até ali. Já nos esportes de risco unilateral em sentido estrito, conforme a classificação exposta pela professora, a teoria aplicada seria da *culpa exclusiva da vítima*, pois o próprio indivíduo se coloca em situação de

¹⁵ ALCOZ, Medina, Madrid, 2004 apud SASTRE, Rosa Ventas. Estudio jurídico-penal de las lesiones deportivas en el Derecho español. **LETRAS JURÍDICAS**. México, 2006, Universidad de Guadalajara, Centro Universitario de la Ciénega, 2006, p. 03. Disponível em: <https://cuci.udg.mx/sites/default/files/rvs2006.pdf>. Acesso em: 26 mai. 2023.

risco ao praticar um esporte radical, já extrapolando do campo material do direito penal.

Desta forma, pela doutrina estrangeira e sob a égide do direito alienígena, ainda que haja proteção à integridade pessoal de qualquer ser humano, nesta situação de que o próprio agente se coloca em risco para a prática de uma atividade desportiva, tal assunção é possível somente devido à mutualidade e a finalidade de tal ato, ou seja, nenhum agente renuncia ao direito à integridade pessoal para ser lesionado pura e simplesmente, na verdade, trata-se de uma espécie de risco da atividade e, como assumido mutuamente, encontra amparo em tal teoria.

Ao contrário do que prevê expressamente o ordenamento jurídico brasileiro e, portanto, formulam os autores, os quais entendem como excludente de ilicitude o exercício regular de um direito no esporte, consoante Nucci¹⁶ expõe em sua obra já citada:

“Trata-se, como regra, de exercício regular de direito, quando respeitadas as normas regentes do esporte praticado. Exemplo disso é a luta de boxe, cujo objetivo é justamente nocautear o adversário. A lesão corporal provocada é considerada exercício regular de direito”.

Porém, ainda que haja diferença entre a doutrina estrangeira e a nacional, é pacífico que está isento da configuração do crime de lesão corporal ou a contravenção de vias de fato o agente que pratica tal fato em consonância às regras esportivas, com a atividade desportiva ocorrendo e sem manifesto excesso. Em suma, há diferença formal na adoção da teoria que explica tal fenômeno, mas na prática o efeito é semelhante.

Junto ao autor supracitado, também está André Estefam¹⁷, no sentido de que a excludente de ilicitude incide nos casos em que há respeito às regras desportivas:

“Interessante assinalar que a excludente pode fundar-se não só em normas jurídicas, mas também nos costumes, como ocorre no caso dos conhecidos trotes acadêmicos. É certo, por óbvio, que os trotes, se excessivos, constituirão crime.

¹⁶ NUCCI, 2021, p. 471.

¹⁷ ESTEFAM, André. **Direito penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. v.1. São Paulo. Editora Saraiva, 2023, p. 151. E-book. ISBN 9786553626942. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626942/>. Acesso em: 27 mai. 2023.

Os exemplos mais comuns de incidência da excludente em apreço, além do já citado, são:

- a) intervenção médico-cirúrgica (a intervenção cirúrgica não praticada por profissional habilitado apenas será autorizada em casos de estado de necessidade); note que o médico deverá colher o consentimento do paciente, ou de seu representante, se menor, somente se podendo cogitar de cirurgia independentemente de autorização do paciente nos casos de estado de necessidade;
- b) violência desportiva, desde que o esporte seja regulamentado oficialmente e a lesão ocorra de acordo com as respectivas regras;
- c) flagrante facultativo (CPP, art. 301), que constitui a faculdade conferida por lei a qualquer do povo de prender quem esteja em situação de flagrante delito”.

Deve-se levantar, no entanto, a hipótese do agente que causa lesão fugindo das regras previstas naquele esporte, ou ainda age com manifesto excesso: se aplica a este agente a excludente de ilicitude por exercício regular de um direito? Há subsunção da teoria do risco assumido mutuamente a tal fato?

3.2.1 Análise das excludentes de ilicitude e da teoria do risco assumido nas lesões entre jogadores que fogem às regras previstas ou com excesso

Ora, na hipótese, por exemplo, em que na prática de um esporte unilateral, como a natação, em determinado momento um atleta deixe de se preocupar em fazer o melhor tempo para bater na linha de chegada e, por qualquer mínima desavença ou outro motivo irrelevante, resolva agredir um concorrente; é nítido que tal lesão foge às regras previstas. Nestes casos, também, Nucci¹⁸ expõe seu entendimento:

“Fugindo das normas esportivas, entretanto, deve o agente responder pelo abuso ou valer-se de outra modalidade de excludente, tal como o consentimento do ofendido, ou mesmo do princípio da adequação social. Em uma partida de futebol, quando há violência exagerada entre os jogadores, a tendência da sociedade é visualizar o evento como se fosse algo inerente à prática desse esporte, devendo a punição, se cabível, cingir-se à esfera desportiva (adequação social). Por outro lado, quando os jogadores começam a produzir uma partida agressiva de ambos os lados, caso haja ferimento, pode-se sustentar a excludente do consentimento do ofendido”.

Ou seja, caso haja evidente *animus necandi* de causar lesão ao outro participante de uma modalidade esportiva, não se pode mais aplicar a excludente do exercício regular de um direito, tampouco incide a teoria do risco mútuo. Logo, num

¹⁸ NUCCI, 2021, p. 471.

caso em que esteja claro que a intenção era de causar lesão, e há descompasso entre a conduta e o esporte, deve o agente responder por aquela conduta conforme também asseveram os autores Gustavo Fabretti e Gianpaolo Smanio¹⁹:

“O mesmo ocorre com o jogador de futebol que realiza uma entrada dura em seu adversário durante o jogo, causando-lhe lesões que estão acobertadas pelo exercício regular de direito. Porém, se o jogador desfere um soco e causa lesões em seu adversário durante o jogo, não está acobertado pela excludente de ilicitude”.

Portanto, evidencia-se que condutas que fujam à prática desportiva não encontram respaldo em qualquer das teorias apresentadas neste artigo, vez que, nesta hipótese, trata-se de crime de lesão corporal onde não existe mais a circunstância do esporte.

Contudo, ainda, nos casos em que se faça um jogo violento, como, por exemplo, um típico clássico entre rivais no futebol, é comum que os jogadores excedam no uso da força, mas dentro do objetivo do esporte, e que sejam punidos com cartões amarelos e até vermelhos. Tal prática, ainda que violenta, pode ser isenta de punição devido à *teoria da adequação social*, explicada pelo autor Miguel Reale Jr.²⁰:

“Há na ação socialmente adequada uma coincidência de valores e fins que animam o agente com os desejados pela comunidade, pois se o *boxeur* luta para ser um bom esportista, a sociedade espera e deseja um aprimoramento do boxe como esporte; se o cirurgião faz uma incisão no paciente querendo curá-lo, há um desejo geral de que os doentes se recuperem. Em suma, apenas considerando como próprio da ação um caráter axiológico, e como próprio do tipo um conteúdo valorativo, sendo antijuridicidade o cerne do tipo, seu elemento significante, é que se pode compreender a teoria da ação socialmente adequada.

A ausência de antijuridicidade, de adequação típica, num caso em que a ação é socialmente adequada, surge imediata e evidente, não se cogitando, muitas vezes, sequer de uma análise mais detida, pois a olho visto se observa que não é relevante para a proteção do bem jurídico integridade física o cirurgião fazer um corte cirúrgico no paciente, como não é injusto ao *boxeur* nocautear seu adversário, causando-lhe graves lesões. O valor positivo da ação elimina o desvalor do resultado, até porque busca-se, no final, um resultado também reconhecido como socialmente positivo”.

Ou seja, é possível que a punição se restrinja somente à esfera desportiva, seja por meio dos cartões amarelos e vermelhos já citados, com a

¹⁹ FABRETTI; SMANIO, 2019, p. 268.

²⁰ JR., Miguel R. **Fundamentos de Direito Penal**. São Paulo. Grupo GEN, 2020, p. 111. E-book. ISBN 9788530991609. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991609/>. Acesso em: 05 jun. 2023.

suspensão em partidas ou até mesmo em multas aos clubes e aos jogadores caso, pela teoria da adequação social como já se referiu Nucci, de modo que o fato não necessite de uma resposta estatal no âmbito penal por ser costumeiro, por exemplo, que num clássico de futebol entre times rivais se faça um jogo duro, com muitas faltas, mas que faz parte da intensidade exigida pela torcida dos times nestas ocasiões.

Logo, com tal competência e para tal finalidade, existe o Código Brasileiro de Justiça Desportiva²¹, o qual legisla sob tais situações no âmbito restritamente esportivo conforme o primeiro dispositivo:

“Art. 1º A organização, o funcionamento, as atribuições da Justiça Desportiva brasileira e o processo desportivo, bem como a previsão das infrações disciplinares desportivas e de suas respectivas sanções, no que se referem ao desporto de prática formal, regulam-se por lei e por este Código.

§ 1º Submetem-se a este Código, em todo o território nacional:

I — as entidades nacionais e regionais de administração do desporto; II — as ligas nacionais e regionais;

III — as entidades de prática desportiva, filiadas ou não às entidades de administração mencionadas nos incisos anteriores;

IV — os atletas, profissionais e não-profissionais;

V — os árbitros, assistentes e demais membros de equipe de arbitragem;

VI — as pessoas naturais que exerçam quaisquer empregos, cargos ou funções, diretivos ou não, diretamente relacionados a alguma modalidade esportiva, em entidades mencionadas neste parágrafo, como, entre outros, dirigentes, administradores, treinadores, médicos ou membros de comissão técnica;

VII — todas as demais entidades compreendidas pelo Sistema Nacional do Desporto que não tenham sido mencionadas nos incisos anteriores, bem como as pessoas naturais e jurídicas que lhes forem direta ou indiretamente vinculadas, filiadas, controladas ou coligadas.

§ 2º Na aplicação do presente Código, será considerado o tratamento diferenciado ao desporto de prática profissional e ao de prática não profissional, previsto no inciso III do art. 217 da Constituição Federal”.

Portanto, a punição restringe-se ao campo desportivo e é feita por um Tribunal Especial com competência para tanto, além de atingir as determinadas pessoas citadas no dispositivo, além da observância aos preceitos constitucionais e processuais, como da ampla defesa.

²¹ RESOLUÇÃO nº 29 - CNE. **Código Brasileiro de Justiça Desportiva**. Brasília: Conselho Nacional do Esporte, 2009. Disponível em: https://www.gov.br/mds/pt-br/composicao/orgaos-colegiados/cne/arquivos/codigo_brasileiro_justica_desportiva.pdf. Acesso em: 26 mai. 2023.

No entanto, num exemplo de um jogo violento praticado mutuamente, facilmente se pode resolver pela teoria do risco assumido mutuamente já citada e destrinchada neste artigo ou ainda pelo exercício regular de um direito. Contudo, ainda há a possibilidade de que se valha de mais uma excludente de ilicitude: o consentimento do ofendido, para a maioria dos doutrinadores.

Há quem discorde, todavia, do uso do consentimento do ofendido para excluir a ilicitude de condutas que causem lesão corporal, justamente por considerar-se que a integridade física não seria um bem disponível. Neste sentido, Fausto Martin de Sanctis²² assevera:

“Consentimento do ofendido: exclui a ilicitude quando se trata de bem disponível (patrimônio, liberdade de locomoção, honra etc.). Não exclui a antijuridicidade o consentimento na lesão de bem indisponível (vida, integridade corporal, bens públicos etc.). Há, porém, aceitação na lesão simples. O consentimento pode fazer parte do tipo: arts. 220, 124 e 126 etc. Após o fato, o consentimento não desnatura o crime”.

Desta forma, o mero fato de o indivíduo consentir com a lesão causada ou com o seu risco, não bastariam para impedir a responsabilidade penal para os adeptos deste entendimento.

3.3 Da teoria da ausência de tipicidade nas lesões causadas dentro dos três requisitos de Fernando Capez

Contudo, há ainda quem suscite que na verdade a conduta se respaldaria numa excludente de tipicidade. Ora, o fato é permitido e regulado pelo Estado, há aceitação do risco proporcionado, logo, não haveria de se falar na excludente de ilicitude do exercício regular de um direito, pois já se eliminou a tipicidade, desde que haja a presença de três requisitos, nas palavras de Fernando Capez²³:

“Não se pode sequer cogitar da excludente do exercício regular do direito, uma vez que, antes, já se operou a eliminação do fato típico, sendo

²² SANCTIS, Fausto Martin de. *Série Carreiras Federais - Direito Penal - Parte Geral*. São Paulo. Grupo GEN, 2014, p. 89. E-book. ISBN 978-85-309-5588-5. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5588-5/>. Acesso em: 27 mai. 2023.

²³ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral: arts. 1º a 120*. v.1. São Paulo. Editora Saraiva, 2023, p. 138. E-book. ISBN 9786553626096. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626096/>. Acesso em: 27 mai. 2023.

inconcebível a ideia de que a lei selecionou e definiu como crime condutas tidas pelo Estado como salutares e imprescindíveis ao aprimoramento das relações sociais dialéticas.

Deste modo, se: (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”.

Todavia, Capez²⁴ converge com os demais doutrinadores, de modo que é unânime o enquadramento como conduta típica nos casos em que não há a presença do elemento esportivo, ou seja, o ato nada teve a ver com a prática esportiva:

“Por outro lado, estaremos diante de um fato típico no caso de excessos cometidos pelo agente. Por exemplo, um jogador de futebol que, durante uma partida, desfere um pontapé no rosto de outro jogador, o qual já estava caído, com a partida momentaneamente interrompida, praticou crime de lesão corporal, devendo ser condenado criminalmente, pois tal fato nada teve que ver com o esporte.

O outro exemplo é o da mordida desferida pelo jogador da seleção do Uruguai, Luis Suárez, no ombro de um adversário, o zagueiro italiano Giorgio Chiellini, durante os jogos da copa de 2014, sem nenhuma relação com a partida de futebol. Fato típico também.”

Logo, sendo típico, pode ser enquadrado como crime, e, também, é passível que o agente se valha de alguma modalidade das excludentes de ilicitude já citadas, por exemplo, se Giorgio Chiellini, citado no exemplo acima de Capez, realizasse conduta que oferecesse risco à vida de Luis Suárez com um objeto cortante ou uma arma, por exemplo, após o término da partida, mas ainda dentro de campo, a mordida que o jogador uruguaio poderia ser respaldada pela legítima defesa.

4 CONCLUSÃO

Destarte, destaca-se que as teorias abordadas a fim de isentar a responsabilidade penal dos agentes, desde que a conduta possua laço com a prática esportiva e obedeça às regras do esporte, encontram respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que existam algumas divergências entre os doutrinadores.

²⁴ CAPEZ, 2023, p. 138.

Entretanto, é consenso que as teorias isentadoras da responsabilidade penal no âmbito esportivo sofrem limitações quando comprovado excesso e/ou total descompasso entre a conduta e a circunstância do desporto praticado, isto é, quando o agente realiza a conduta de lesão corporal, por si só, nada tendo haver com qualquer risco gerado pela atividade, inexistindo, então, qualquer teoria ligada à prática esportiva que o isente da responsabilidade penal, podendo se valer das excludentes de ilicitude do Código Penal ou de qualquer outra teoria jurídica, mas não das citadas neste artigo.

A grande importância do tema, desta forma, se deve ao fato da prática desportiva possuir enorme importância no Brasil, sendo estimulada desde muito cedo nas escolas e sendo a fonte de renda de muitas pessoas, sejam elas diretamente atletas ou profissionais, de igual importância, atuantes nos mais diversos clubes e modalidades, devendo existir um estudo aprofundado das questões esportivas num caso a caso para que haja uma resposta estatal consolidada frente à questão, seja ela pela necessidade de se punir determinadas condutas ou de se verificar que esta inexistente.

Desta forma, evidencia-se, ainda que exista risco na atividade, deve ser encarado como um labor, no caso profissional, ou um lazer, pois, de fato, é, de modo que a ocorrência de lesões corporais é um risco da atividade, mas não o bastante para impedir a prática, pois, numa balança, muito mais valem os benefícios que os esportes trazem à sociedade brasileira, como o estímulo à saúde, busca de uma vida saudável, estímulo ao cumprimento de regras, entretenimento, geração de empregos, entre outros, que o risco, apenas há necessidade de que sejam punidas condutas que saiam da circunstância esportiva e ofereçam risco aos praticantes, os quais buscam apenas pelos benefícios da prática e, assim sendo, necessitam da proteção estatal nestes casos.

REFERÊNCIAS

ALCOZ, Medina, Madrid, 2004 apud SASTRE, Rosa Ventas. Estudio jurídico-penal de las lesiones deportivas en el Derecho español. **LETRAS JURÍDICAS**. México, 2006, Universidad de Guadalajara, Centro Universitario de la Ciénega, 2006. Disponível em: <https://cuci.udg.mx/sites/default/files/rvs2006.pdf>. Acesso em: 26 mai. 2023.

ANDRADE, Gustavo. Regras do MMA: o que é permitido e o que é proibido no UFC. **Esportelândia**, 2021. Disponível em: <https://www.esportelandia.com.br/artes-marciais/regras-do-mma/#:~:text=Arremessar%20o%20advers%C3%A1rio%20contra%20a,o%20rosto%20Folhos%20do%20oponente>. Acesso em: 26 mai. 2023.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. Vol. I. São Paulo: Ed. RT, 1971.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 (1940). **Código Penal**. Brasília: 1940.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral: arts. 1º a 120**. v.1. São Paulo. Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553626096. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626096/>. Acesso em: 27 mai. 2023.

CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO de Presidente Prudente. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2020 – Presidente Prudente, 2020, 110p.

ESTEFAM, André. **Direito penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. v.1. São Paulo. Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553626942. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626942/>. Acesso em: 27 mai. 2023.

FABRETTI, Humberto B.; SMANIO, Gianpaolo P. **Direito Penal - Parte Geral**. São Paulo. Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788597020465. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597020465/>. Acesso em: 26 mai. 2023.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: artigos 1º a 120 do código penal**. v.1. Rio de Janeiro. Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559774593. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774593/>. Acesso em: 26 mar. 2023.

JR., Miguel R. **Fundamentos de Direito Penal**. São Paulo. Grupo GEN, 2020. E-book. ISBN 9788530991609. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991609/>. Acesso em: 05 jun. 2023.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo. Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559774944. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774944/>. Acesso em: 26 mai. 2023.

NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Penal: Parte Geral: arts. 1º a 120**. v.1. São Paulo. GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559646852. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646852/>. Acesso em: 26 mar. 2023.

RESOLUÇÃO nº 29 - CNE. **Código Brasileiro de Justiça Desportiva**. Brasília: Conselho Nacional do Esporte, 2009. Disponível em: https://www.gov.br/mds/pt-br/composicao/orgaos-colegiados/cne/arquivos/codigo_brasileiro_justica_desportiva.pdf. Acesso em: 26 mai. 2023.

SANCTIS, Fausto Martin de. Série Carreiras Federais - **Direito Penal - Parte Geral**. São Paulo. Grupo GEN, 2014. E-book. ISBN 978-85-309-5588-5. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5588-5/>. Acesso em: 27 mai. 2023.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Trad. Juan Bustos Ramirez e Sergio Yañes Pérez. Chile: Jurídica de Chile, 1987.

Zuñiga nega joelhada proposital e fala em “lance normal” com Neymar. **Jornal Estado de Minas**, 2014. Disponível em: <https://www.mg.superesportes.com.br/app/19,614/2014/07/04/interna-noticia,56453/zuniga-nega-joelhada-proposital-e-fala-em-lance-normal-com-neymar.shtml>. Acesso em: 26 mai. 2023.