

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**A IMPUTAÇÃO OBJETIVA E A TIPICIDADE CONGLOBANTE COMO
SOLUÇÃO DOGMÁTICA DA RESPONSABILIDADE PENAL NO DESPORTO
BRASILEIRO**

REGIS PINHO DE BRITO

RIO DE JANEIRO
2008

REGIS PINHO DE BRITO

**A IMPUTAÇÃO OBJETIVA E A TIPICIDADE CONGLOBANTE COMO
SOLUÇÃO DOGMÁTICA DA RESPONSABILIDADE PENAL NO DESPORTO
BRASILEIRO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. César Augusto Rodrigues

RIO DE JANEIRO

2008

REGIS PINHO DE BRITO

**A IMPUTAÇÃO OBJETIVA E A TIPICIDADE CONGLOBANTE COMO
SOLUÇÃO DOGMÁTICA DA RESPONSABILIDADE PENAL NO DESPORTO
BRASILEIRO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____ / ____ / ____

Banca Examinadora

Prof.

Prof.

Prof.

Dedico este trabalho a minha querida esposa, Kamilah, que nas intempéries desta jornada sempre acreditou em mim. Sua força incomensurável como mulher não me fez vacilar em nenhum momento e com seus sábios conselhos consegui vencer todas as batalhas.

Ká, amo você e obrigado por me deixar viver ao seu lado.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço aos meus pais, Graça e “Soldado” Brito, que me apoiaram e acreditaram na minha capacidade, não só com lisonjeio, mas também com as críticas construtivas. Reconheço a luta que tiveram para que eu chegasse até este momento, além do suporte afetivo, foi também de suma importância o apoio logístico com o “belinão e o uno blue”. Obrigado Grace amo você, obrigado Soldado, pelo trato rústico indispensável na formação de um grande homem que busco ser a cada dia.

A minha querida irmãzinha, Érica, que sempre foi incomodada com a minha luminária que brilhava nas vésperas de provas no silêncio das madrugadas ou com o incessante som do teclado na preparação de um trabalho ou de uma peça processual. Obrigado Eriquinha pelo seu apoio, confiança e ajuda.

Ao meu orientador, Cezar Augusto, que acreditou no meu potencial e me conduziu de forma entusiasmante e crítica para a confecção desta monografia.

Aos grandes amigos que sempre me apoiaram, e estiveram comigo ao longo destes anos. Dizendo para que eu não desistisse nunca do meu sonho.

Aos prezados mestres que enriqueceram meu aprendizado ao longo da faculdade.

Aos queridos funcionários. Obrigado Luiza, De Ligia, Pedro Paulo, Renato e Marcos.

“Somente alcançarão o impossível, aqueles que tentarem o absurdo”

RESUMO

BRITO, R. P. A imputação objetiva e a tipicidade conglobante como solução dogmática da responsabilidade penal no desporto brasileiro. 2008. 70f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

O Direito e o Desporto permaneceram afastados entre si durante muito tempo, somente encontrou-se a necessidade de uní-los quando a intervenção estatal necessitava disciplinar a prática desportiva pelo elevado crescimento das lesões no esporte. A violência aumentava de forma cada vez mais acelerada em consequência do incremento do profissionalismo que elevou as disputas em busca da glória da vitória pela exposição do esporte a um grande número de adeptos, como é o caso do futebol, o que elevou bastante os danos à Integridade corporal. A Imputação objetiva cria o risco proibido relevante e a conexão direta entre esse risco e o resultado jurídico. Na prática desportiva, na teoria de Claus Roxin, o atleta que venha causar dano a outrem, seria responsabilizado somente se sua conduta danosa superasse o risco permitido. Não responderia se a lesão fosse inerente de um contato permitido pela regra daquela modalidade. As lesões do desporto são analisadas na tipicidade conglobante de Raul Zaffaroni como fato atípico, se o agente obedece ao comando das regras da modalidade, para tipicidade conglobante o que é fomentado pelo Estado não será tipificado pelo mesmo. O entendimento majoritário da doutrina brasileira está posicionado na idéia do exercício regular de um direito, onde será excluída a antijuridicidade e não a tipicidade, observando-se todas as regras do esporte em questão, seus autores não respondem por crime. Os danos consequentes da prática do esporte, dentro de suas regras, serão condutas lícitas ficando seus resultados danosos protegidos pela ausência de antijuridicidade. Somente deve ser responsabilizado por eventuais lesões ou mortes no esporte aqueles que não se portam dentro do papel social que deles se espera, ou seja, se faz necessária a correspondência do risco proibido criado pelo agente.

Palavras-Chave: Imputação Objetiva; Lesão no Desporto; Tipicidade Conglobante; Risco Proibido.

ABSTRACT

BRITO, R. P. The objective deduction and the tipicity conglobante as dogmatic solution responsibility law in Brazilian Sports. 2008. 70f. Monography (Graduation in Law) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

The Law and Sport remained distant from each other for a long time, only there was a need to unite them when the state intervention needed to disciplinary sport by high growth of injuries in sports. Violence increased in increasingly accelerated as a result of the increase in professionalism that raised disputes in search of the glory of victory by the exposure of the sport to a large number of supporters, such as football, which amounted to much damage Integrity body. The allocation objective creates the risk banned relevant and direct connection between that risk and legal outcome. In sport, the theory of Claus Roxin, the athlete who will cause harm to others, would be liable only if their conduct detrimental overcome the risk allowed. Do not respond if the injury was inherent in a rule that allowed by the contact mode. Injuries in sport are examined in typical conglobante by Raul Zaffaroni as atypical fact, if the agent complies with the command of the rules of the sport, so typical conglobante which is fostered by the state will not be typified by the same. The majority understanding of the doctrine is positioned in the Brazilian idea of the pursuit of a law, which will be excluded from the antijuridicidade and not the typical, observing all the rules of the sport in question, the authors did not account for crime. Damage resulting from the practice of sport within their rules, will be getting their results lawful conduct protected by the absence of harmful antijuridicidade. Should only be liable for any injuries or deaths in the sport who does not portam within the social role that is expected of them, that is, whether it is necessary to match the risk created by the banned agent.

Keywords: Objective deduction; injury in sport; tipicity Conglobante; Risk Prohibited.

De Brito, Regis Pinho

A imputação objetiva e a tipicidade conglobante como solução dogmática da da
responsabilidade penal no desporto brasileiro / Regis Pinho de Brito. – 2008.
70f.

Orientador: Cezar Augusto Rodrigues

Monografia (graduação em Direito) - Universidade Federal do Rio de Janeiro,
Centro Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Ce

Bibliografia: f. 68-70.

1. Direito Desportivo – Monografias. 2. Responsabilidade Penal. I. Rodrigues, Universidade
Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III.
Título.

CDD 345

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 DO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO.....	12
3 A RESPONSABILIDADE PENAL NO DESPORTO BRASILEIRO COM UMA ABORDAGEM NA TIPICIDADE CONGLOBANTE DE ZAFFARONI E NA IMPUTAÇÃO OBJETIVA DE ROXIN.....	14
3.1 Direito Desportivo.....	14
3.2 Violência no Desporto.....	15
3.3 Desporto Constitucionalizado.....	16
3.4 Autonomia da Justiça Desportiva.....	18
4 EVOLUÇÃO DA TEORIA DO DELITO E A CONDUTA.....	19
4.1 Conceitos de Conduta e a Teoria Realista do Conhecimento	20
4.2 Teoria social da Conduta.....	21
4.3 Ausência de Conduta.....	22
4.4 Efeitos da ausência de Conduta.....	23
5 TEORIA FINALISTA E A IMPUTAÇÃO OBJETIVA.....	24
6 NORMAS PERMISSIVAS E NORMAS JUSTIFICANTES NO DESPORTO	
28	
7 DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA E SEUS REFLEXOS NA PRÁTICA DESPORTIVA.....	31
7.1 Breve histórico.....	31
7.2 A imputação objetiva segundo Roxin e as lesões no desporto.....	34
8 PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NAS PRÁTICAS DESPORTIVAS.....	38
9 A TIPICIDADE CONGLOBANTE DE ZAFFARONI E SUAS INFLUÊNCIAS NAS CONDUTAS DE VIOLÊNCIA DESPORTIVA.....	40
9.1 Doutrina clássica e a tipicidade conglobante de Zaffaroni.....	40
9.2 Tipicidade material e a relação de causalidade.....	41
9.3 Tipicidade conglobante e a abordagem nas lesões desportivas.....	45
9.4 Lesão no desporto como caso de atipicidade conglobante.....	48
10 ANTIJURIDICIDADE, TIPOS PERMISSIVOS E ELEMENTOS SUBJETIVOS.....	50

11 A APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA E DA TIPICIDADE CONGLOBANTE NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA	53
12 POSICIONAMENTO DA DOUTRINA BRASILEIRA NAS LESÕES NO DESPORTO.....	57
13 CONCLUSÃO.....	64
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	68

1. INTRODUÇÃO

Durante muito tempo o Desporto e o Direito ignoraram-se, permanecendo como dois fenômenos isolados e apartados entre si. Houve época em que o desporto era privilégio de poucos, os desportistas resolviam seus próprios litígios e problemas e os juristas não consideravam o desporto com atividade que dependesse de direito comum. Entretanto essa situação mudou a partir do momento em que o desporto tornou-se um fenômeno de massas, trazendo conseqüências inevitáveis como: A intervenção do Estado para disciplinar suas relações com as comunidades desportivas de origem privada e o aumento dos interesses no que diz respeito ao lado comercial e financeiro.

Observou-se com essa transformação, analisando-se em uma perspectiva jurídica, o surgimento do Direito Desportivo, porém esta harmonização ou integração do Direito com o desporto pode ser vislumbrada, também, como um fato natural, pois o desporto aceita ou tolera um certo número de implicações individuais e sociais, enquanto que o direito esforça-se para estabelecer um equilíbrio entre o indivíduo e a sociedade.

Esta elaboração do Direito Desportivo, no entanto, não foi tarefa tão simples como aparentava ser, exigindo uma autêntica construção jurídica para dar forma sintética e unitária à regulamentação jurídico-desportiva, permitindo abarcar, numa só mirada todo seu conteúdo e generalidades. (FILHO, 1986. p. 02)

É inegável que a prática desportiva assumiu importância singular para o direito constituindo duas realidades muito similares. Entretanto, nesse contexto de aproximações, seria um equívoco, configurar o desporto como um direito autônomo no sentido de um conjunto normativo próprio. (DE BEM, 2006)

Na prática de esportes oficiais ocorrem, com relativa freqüência, lesões corporais e em certas modalidades, especialmente as mais violentas observam-se, inclusive, em determinadas ocasiões, a morte de desportistas. Algumas razões seguem-se para tais ocorrências: em primeiro, um incremento do profissionalismo que elevou sobremaneira as disputas objetivando a glória da vitória, a mídia, sendo os atletas da atualidade perfeitos moldes dos gladiadores dos tempos pretéritos, cita-se aqui como exemplo, os boxeadores. Em segundo, alguns esportes expõem um maior número de pessoas a praticá-los e, em conseqüência, a possibilidade de danos à integridade corporal, como é o caso do futebol, torna-se bastante elevada.

Em nosso país, nos termos da doutrina clássica, desde que haja obediência irrestrita às regras do esporte, seus autores não respondem por crime de homicídio ou lesão corporal, encontrando-se acobertados pela excludente do exercício regular de direito prevista no art. 23, III, do Código Penal (teoria da Causa excludente da antijuridicidade). Cuida-se, mais uma vez, ensina a doutrina, de prática autorizada e fiscalizada pelo Estado, pelo que seu exercício não constitui fato ilícito.

É evidente, observam os penalistas, que o Estado não autoriza matar ou ferir, mas praticar o esporte de acordo com as regras estabelecidas, no qual normalmente pode ocorrer dano. A conduta do esportista é perfeitamente lícita, concluem pelo que os resultados danosos ficam acobertados pela ausência de antijuridicidade.

Cresce de importância destacar a importância da responsabilidade criminal nas atividades desportivas o presente trabalho visa esclarecer as lesões corporais praticadas na seara desportiva, objetivando assim uma melhor compreensão sobre até que ponto tal agressão é considerada um exercício regular do direito, como prevê nosso código penal. Não se discute que o cometimento de lesão corporal a outrem, intencional ou culposamente, é fato revestido de ilicitude, porquanto encontra tipicidade no artigo 129 do Código Penal.

Daí emerge uma das indagações que mais intrigam estudiosos do direito desportivo: Como explicar juridicamente as ofensas à integridade corporal decorrente de embates desportivos? Até que ponto é lícita a produção de lesão nas circunstâncias da prática do esporte?

O objetivo do nosso estudo é analisar como é encarada atualmente a responsabilidade penal no desporto brasileiro com uma abordagem na tipicidade conglobante e na imputação objetiva.

2 - DO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO

As posições atualmente são variadas no tocante da amplitude dos efeitos do consentimento. O entendimento majoritário é de que o indivíduo tem mais ou menos poder de dispor sobre seus bens e até mesmo sobre seu corpo, de acordo com a situação política e histórica da sociedade em questão.

Para que possamos entender melhor o funcionamento do consentimento do ofendido é de fundamental importância que seja analisada suas causas excludentes, isto é, excludentes da tipicidade ou excludente da ilicitude da conduta. (JESUS, 2008. p. 55)

Se o tipo penal descreve a falta de consentimento da vítima como elementar, o consenso funcionará como causa excludente de tipicidade, pois, nesta hipótese, o não consentimento do ofendido encontra-se expresso no tipo como elemento (Art. 150, CP). Portanto, estando presente o consentimento da vítima não haverá adequação típica do fato à norma penal incriminadora, sendo assim, o consentimento exclui a tipicidade do fato.

No tipo penal que traz o dissentimento do ofendido como elemento, cuidando-se de pessoa capaz e de objeto jurídico disponível, o consentimento funcionará como causa excludente da ilicitude do fato. (Art. 163, CP). Havendo, portanto, relevância jurídica na anuência do ofendido, dois requisitos se farão necessários: Que o objeto jurídico seja disponível. Tratando-se de interesse que não se pode dispor, o fato é ilícito (Por exemplo: Homicídio com o consentimento da vítima. Tal conduta constitui o crime de homicídio, porém pode ocorrer causa de diminuição da pena (Art. 121, parágrafo 1º, CP). O outro requisito necessário, é que o ofendido seja capaz de consentir, ou seja, se faz necessária que seja expressa a vontade por quem já atingiu a capacidade penal, isenta de qualquer causa que lhe retire o caráter de validade (erro, dolo, doença mental).

Segundo Jesus (2008, p.55-56), nos crimes contra pessoa, a relevância jurídica do consentimento do ofendido dependerá primeiramente da disponibilidade ou não do objeto jurídico. Quando o interesse é disponível, excluído estará o delito. Contrário senso, sendo indisponível, o consentimento pode atenuar a pena, todavia nunca excluirá o crime. Quando disponível o interesse, a mera presença do consentimento da vítima não excluirá o caráter ilícito da conduta praticada, se faz necessário ainda que o sujeito que consente seja capaz.

Há um conflito entre a liberdade absoluta do indivíduo de dispor de um bem jurídico e a imposição estatal limitando tal disposição por razões de ordem pública. Como resultado deste conflito individual versus o coletivo surge a maior ou menor influência do assunto na dogmática do direito penal, em harmonia com o regime vigente. (CAPEZ, 2003. p. 133)

O panorama geral dos efeitos do consentimento do ofendido varia de acordo com o entendimento de que o indivíduo tem mais ou menos poder de dispor sobre seus bens, inclusive sobre seu corpo. É dentro desta problemática que se enquadra a violência desportiva, uma vez que guiaremos nosso trabalho dentro do prisma de relevância como fato típico, e não como causa discriminante, uma vez que é configurado somente como um dentre inúmeros requisitos do enquadramento objetivo da conduta ao tipo penal. (Ibid. p.138)

O consentimento do ofendido resume-se em sua manifestação de vontade no sentido de submeter a risco ou sacrifício um bem jurídico de que possua titularidade. Podendo ser expresso ou tácito, este último significa dizer que o ato é compatível e inequívoco com a vontade de consentir, como por exemplo, o lutador de boxe subindo ao ringue para lutar, sendo, portanto, uma manifestação compatível com o desejo de aceitar a troca de golpes.

No nosso ordenamento jurídico, o consentimento do ofendido, foi inserido primeiramente dentre as causas excludentes de antijuridicidade, porém em 1940, a comissão revisora do Código Penal resolveu excluí-la sob o fundamento de ser supérflua.

A teoria do exercício regular do direito é a única maneira de adotar como excludente no nosso direito. Em alguns casos, excepcionalmente, a existência do crime depende da discordância da vítima, obviamente que a sua concordância excluirá tal crime. (HUNGRIA, 1958 apud CAPEZ, 2003. p. 131)

Importante se faz a observação quando se parte de uma conceituação sobre serem “as causas de justificação, verdadeiros tipos permissivos, que do exterior se impõem aos tipos delitivos para limitar-lhes a incidência”. Desta observação conclui-se que o Consentimento do ofendido, quando analisado fora do tipo para a exclusão da ilicitude do fato, só pode ser uma causa supra legal de justificação, não expressa em lei, tal como acontece no direito brasileiro. (TOLEDO, 1984. p. 128)

O consentimento do ofendido, portanto, quando apto a produzir efeitos na órbita penal, funcionará como causa de exclusão da tipicidade, restando superada esta visão da modalidade do exercício regular do direito.

3- A RESPONSABILIDADE PENAL NO DESPORTO BRASILEIRO COM UMA ABORDAGEM NA TIPICIDADE CONGLOBANTE DE ZAFFARONI E NA IMPUTAÇÃO OBJETIVA DE ROXIN

Serão analisadas as teorias da tipicidade conglobante e da imputação objetiva e sua ótica dentro das lesões no desporto, porém antes de entrarmos no mérito destas questões abordaremos alguns tópicos como: A violência no desporto, a sua constitucionalização e a autonomia da justiça desportiva.

3.1 - O direito desportivo

O direito desportivo está voltado para o conjunto de normas reguladoras da atividade desportiva, referentes à sua prática, organização e administração, cabendo à sua Justiça própria (justiça desportiva), regular com igualdade, os direitos desportivos e dirimir conflitos de interesse surgidos nas relações desportivas. Segundo Vargas (1995), o direito desportivo é o conjunto de regras, técnicas e instrumentos jurídicos, sistematizados através dos tempos, que têm por objetivo final disciplinar a prática e a vivência dos esportes em suas diversas modalidades. O direito desportivo possui uma autonomia e uma independência capaz de ombrear com todos os ramos do direito, embora não possua especialidade de princípios gerais.

O direito desportivo é o conjunto de normas escritas e consuetudinárias que regulam a organização e a prática dos esportes em geral quanto às questões jurídicas defronte a existência do esporte como fenômeno social e atividade fomentada pelo Estado. Atualmente o direito desportivo funciona como um núcleo aglutinador de normas esparsas (regulamentos, estatutos e regimentos), muitas vezes utilizando como fontes outros ramos do direito.

Conforme pontua, Coutinho (2000) é de importância fundamental que se promova o desenvolvimento desta área do direito, pois somente através de profissionais

capacitados e especializados teremos julgamentos verdadeiramente justos, como assim deseja a sociedade.

3.2 - Violência no desporto

Atualmente, observamos a grande relevância das questões associadas às práticas de violência no desporto, pois tais condutas por parte dos atletas ainda carecem de adequada visão quanto à sua natureza jurídica e suas conseqüências nessa esfera. Também pode ser citada tamanha perplexidade por parte das autoridades em lidar com esta problemática, decorrente da aridez de estudos a respeito do tema.

Sendo assim, se um atleta morrer durante uma competição em decorrência dos riscos normais derivados de sua prática, que conseqüências isso acarretará? Este fato é típico e deve ser investigado em Inquérito policial, e, posteriormente ser objeto de processo criminal? Um atleta durante uma luta de boxe poderá ser autuado em flagrante pela autoridade policial pelo resultado das lesões causadas no adversário? Competições que gerem atos violentos, porém submetidos a regras constituem infrações penais? A grande pergunta é até que ponto o Direito penal pode interferir preventiva e coercitivamente, limitando a liberdade desportiva. (CAPEZ, 2003. p. 121)

Fazendo agora uma abordagem da violência sobre a pessoa, é possível classificar o esporte em três grupos: O primeiro, dos jogos com violência direta e necessária, isto é, a violência é da essência do esporte, a via absoluta terá que ser praticada contra a pessoa para que se caracterize tal desporto (boxe e lutas marciais). O segundo grupo, a violência ocorre de maneira eventual (futebol, basquete). E no terceiro grupo, enquadrados os jogos sem nenhuma violência (golfe, xadrez). Este último grupo traz a seguinte conclusão, caso haja qualquer tipo de ofensa à integridade corporal ou à saúde do outro, caracterizará uma infração penal, pois não existe nenhuma relação entre o esporte praticado e a violência, ou seja, nada justificará um golpe com um tabuleiro de xadrez ou com um taco de golfe contra o oponente. (Ibid. p. 123)

Tais questões trazem à tona como proceder nos casos que se configuram resultado formalmente tipificado em lei como infração penal. De imediato, a resposta a isso tudo estaria na existência ou não de regras oficiais oferecidas pelo Estado, com força para disciplinar a prática desportiva, estabelecendo, conseqüentemente seus limites. Sendo a prática desportiva reconhecida pelo estado, essa conduta violenta no esporte

estaria, em princípio, escudada pela causa de exclusão da ilicitude do exercício regular de direito.

Note-se que à primeira vista, para que a violência desportiva não seja considerada penalmente relevante, dois pressupostos serão exigidos: Que o jogo ou luta sejam regulamentados e reconhecidos pelo estado e que a violência tenha sido praticada dentro das regras previamente e objetivamente estabelecidas, ou seja, fruto de um desdobramento normal e previsível do desempenho dos atletas participantes.

Entretanto, este posicionamento pode não ser satisfatório, pelo fato de existirem modalidades não regulamentadas, nas quais não se pode presumir sempre a existência de ilícito penal, sob pena de se admitir a responsabilidade objetiva. A visão da ausência do crime é mais pertinente, sempre que houver o sentimento social de adequação, ou seja, levando o fato à conformidade com as normas da cultura e do costume, pois assim cria-se o consenso que tal violência terá de ser coibida exclusivamente dentro do campo esportivo. Assim, independentemente de o esporte estar ou não regulamentado, a violência no desporto carecerá de relevância penal quando se encontrar inserida dentro de um contexto de tolerância social, não contrariando a moral e os bons costumes, nem afrontando a dignidade da pessoa humana.

Mais adiante, há a necessidade de lesão ou efetivo perigo a um interesse penalmente tutelado, que seja tipificado como crime e esteja adequado com os postulados do Estado Democrático de Direito. Com todos esses requisitos preenchidos, faz-se necessário ainda que a vítima tenha previamente consentido em participar do jogo ou luta, com pleno conhecimento dos riscos e capacidade de decisão. (Ibid. p.197)

3.3 - O Desporto Constitucionalizado

O esporte, conforme a redação do Art. 4º, parágrafo 2º, da Lei 9615/98 (Lei Pelé), integra o patrimônio cultural brasileiro, sendo considerado de grande valor e interesse social. O Art. 215 da Constituição Federal estabelece que o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. Neste sentido, questão que se apresenta com tamanha relevância diz respeito à preservação do patrimônio cultural, considerado os bens de natureza material e imaterial que sejam portadores de referência à identificação e à memória dos diferentes grupos formadores

da sociedade brasileira. Os aspectos culturais além de envolver obras, arqueologias, envolvem também aspectos voltados para áreas onde exista grande paixão por parte da cultura nacional, como é o caso do esporte e dentro deste a modalidade do futebol, por exemplo. (ARAÚJO e NUNES JÚNIOR, 1999. p.371)

No capítulo III da seção III da Constituição Federal de 1988 (CF/88), desponha o caput do art. 217 explicitando de forma inequívoca que o Desporto é “dever do estado e direito de cada um”.

Devemos salientar que este dispositivo constitucional sobre o desporto ao mencionar o “dever do estado”, diz respeito à obrigação jurídica, sem, contudo esclarecer, dentro os órgãos estatais, quem seria obrigado a fomentar as práticas desportivas, comprometendo, nessa ótica, a eficácia e a dimensão aplicativa dos ideais desportivos.

Além disso, dentro de um entendimento mais amplo, ao colocar o desporto como “dever do estado” concomitantemente garante o exercício do direito ao desporto, ou ao “direito de cada um” às práticas desportivas, isto é, se há o dever do estado há o correspondente direito do cidadão.

Por isso, o “direito de cada um” de acordo no caput do Art. 217 da CF/88, harmoniza-se e integra-se com o “dever do estado” a quem cabe garantir o direito de acesso e de permanência de cada indivíduo no processo desportivo nacional. Nota-se que ao invés de referir-se ao “direito de todos”, cuja dimensão jurídica não traduz exatamente quem é o titular do direito, preferiu o legislador constitucional mencionar o direito de cada um às práticas desportivas, ensejando a identificação daqueles que têm o direito subjetivo, sem diluir juridicamente tal direito ao desporto nem colocar obstáculos nos caminhos judiciais assecuratórios de seu resguardo.

O Estado está obrigado, pela lei maior, a fomentar as práticas desportivas, dentro da terminologia jurídico-administrativa corresponde à ação de estimular, promover ou proteger uma coisa, ou, de modo mais genérico, a atividade de fomento é a que se encaminha para melhorar o nível espiritual ou material de uma nação, com isso nenhuma norma infra-constitucional pode derruir ou desfazer tal concreção, na medida em que o desporto foi reconhecido como atividade de inigualável utilidade pública e parte integrante e indissociada de um conjunto de elementos voltados para melhorar a qualidade de uma vida cotidiana dos brasileiros.

3.4 - Autonomia da Justiça Desportiva

Tão relevante é o valor para a sociedade que a Constituição Federal criou uma jurisdição específica pra resolver as lides no âmbito do dos desportos, muito embora passível de intervenção ou revisão do Poder judiciário. (Art. 217, § 1º, CF e Art. 267, § 2º, CPC). A Justiça desportiva tem que proferir no prazo de 60 dias, decisão final à instrução do processo. (Art. 217, § 2º, CF)

Essa questão da autonomia da Justiça Desportiva, bem como da exigência de prévio esgotamento das vias disciplinares, não traz nenhuma relação com crimes praticados no esporte, já que o dispositivo que a isso submete a atuação jurisdicional refere-se exclusivamente a questões meramente desportivas, como por exemplo, invalidação de uma partida, perda de pontos em um campeonato ou punição de um atleta. Já nos ilícitos penais propriamente ditos, a autonomia da jurisdição administrativa está fora de cogitação, sendo, portanto, cabível a prisão em flagrante, o inquérito policial e o processo, desde logo independente do que será feito na justiça desportiva.

Sendo assim, o esporte integra o patrimônio cultural e é interesse da União defendê-lo, representando, portanto, a sua prática regular elevado benefício social. Existe uma constante preocupação de tentativa de afastamento dos litígios de natureza desportiva do âmbito judiciário, o que se mostra necessário pelos seguintes motivos especiais: a) o congestionamento do Poder Judiciário não permite que os conflitos e as demandas tenham uma tramitação célere, este fato prejudica o normal andamento e impossibilita a dinâmica das disputas sucessivas de campeonatos e torneios constantes, cada vez mais disputados, portanto, imutáveis que não podem ficar condicionados à morosidade e as soluções tardias das decisões judiciais, pois, segundo Pontes de Miranda “Justiça tardia é injustiça” b) o Poder Judiciário não está preparado para o trato das questões jurídico- desportivas que exigem dos julgadores o conhecimento de normas e a vivência prática e técnica desportiva, porém geralmente isto não ocorre, gerando , portanto, um grande perigo no que diz respeito a denegação de justiça, pelo fato das peculiaridades somente serem compreendidas por aqueles que militam na área desportiva.

4 - EVOLUÇÃO DA TEORIA DO DELITO E A CONDUTA

A fim de se aferir se existe crime no caso concreto, faz-se uso da teoria do delito, construção dogmática que proporciona o caminho lógico para averiguar tal existência. A teoria lança mão de conceito estratificado do delito, composto por diversos planos analíticos. Vale ressaltar que analítico é o conceito e não o crime. Para se concluir se há ou não infração, deve-se responder a perguntas numa certa ordem, que cobrirão todos os planos citados. Primeiro, vê-se se há conduta. Depois, se é típica. Em seguida, se é antijurídica, e finalmente, se é culpável. Quando todas as respostas forem positivas, delito haverá. Essa breve explanação é suficiente para demonstrar a imensa importância do conceito de conduta. É dele que se parte para se descobrir a existência do crime. Esse pode ser definido como conduta humana individualizada em preceito legal (tipo) que revela sua proibição por não estar permitida por nenhum preceito jurídico (causa de justificação) é contrária à ordem jurídica e que por ser exigível do autor que agisse de maneira diversa diante das circunstâncias, é reprovável (culpável). O fato típico e antijurídico constitui o injusto, que revela o desvalor que o direito faz recair sobre a conduta em si. Se houver uma especial condição do autor, a reprovabilidade, diz-se que há culpabilidade.

Para Litz, delito era conduta antijurídica, culpável e punível. A culpabilidade consistia na relação psicológica entre conduta e resultado em forma de dolo ou culpa. Já antijuridicidade correspondia à causação de resultado danoso. Beling cria o injusto objetivo, distinguindo a tipicidade da antijuridicidade. Essa configura contrariedade às normas. Delito para ele é conduta típica, antijurídica, culpável. (GOMES, 2006)

De seu turno, Mezger afirmou que a tipicidade eventualmente leva em conta elementos subjetivos. Apesar das diferenças apontadas nas teorias do delito de cada um, para todos eles, a conduta é vontade exteriorizada de maneira a pôr em prática a causalidade. Em 1930, Welzel afastou esse conceito, afirmando que vontade não poder ser separada de seu conteúdo, isto é de uma finalidade. (GOMES, 2006)

Toda conduta humana é voluntária e toda a vontade tem um fim. Nasce a teoria finalista da ação. O crime passa a ser considerado como conduta (entendida como ação voluntária final) típica, antijurídica (contrária à ordem jurídica) e culpável (reprovável). Sendo assim, a culpabilidade passa a ser vista como reprovabilidade.

4.1- Conceitos de Conduta e a Teoria Realista do Conhecimento

Primeiramente fazendo referência à teoria causal-naturalista da ação de (Von Liszt/Beling), onde a conduta era considerada o movimento corpóreo voluntário capaz de provocar alteração no mundo exterior. (SANTOS, 2000. p. 11). Não importava, nessa época, a finalidade do agente nesse momento. Dolo e culpa faziam parte da culpabilidade, não da conduta. O ato precisa ser voluntário, porém, o conteúdo da vontade não era relevante. Importava o querer, não o conteúdo desse querer. Aceitava-se o querer (somente) como causa de um resultado externo.

Portanto, a tipicidade, a antijuricidade e a culpabilidade são elementos totalmente distintos dentro do conceito de ação desenvolvido por Liszt e Beling, no qual a ação é fracionada em um processo causal externo, e o conteúdo da vontade, interno, o que viabiliza a separação absoluta da antijuricidade e da culpabilidade, respectivamente. (TAVARES, 2002. p. 258)

Nos termos da teoria realista, o objeto, enquanto matéria do mundo existe fora de nós e antes do conhecimento. Direito há de respeitar o “ser” da conduta, o seu conceito ontológico. Na criação do delito, deve o direito se limitar a agregar desvalor à conduta. Onde não há conduta, crime não há (“nullum crimen sine conducta”). Isso gera relevantes conseqüências, como a irresponsabilidade penal da pessoa jurídica. Ela não delinqüe porque não tem capacidade (vontade própria, em sentido psicológico) para praticar conduta. Não obstante, a Constituição Federal adotou a teoria organicista ou da realidade da pessoa jurídica, admitindo a responsabilidade penal desses entes. Consoante a perspectiva ontológica de conhecimento adotada por Zaffaroni, a disposição constitucional carece de correspondência com a realidade. (GOMES, 2006)

A conduta é fato voluntário do homem que implica vontade, que é diferente do desejo. Ter vontade é querer ativo, que muda algo. Desejar, de seu turno, é passivo, não se põe em movimento para mudar nada. Quem deseja só espera o resultado.

Impossível dissociar vontade de finalidade. Aquela implica essa. Não se concebe que haja vontade de nada para nada. Vontade sempre tem conteúdo, de acordo com a visão realista. Para os idealistas, há conceito de conduta elaborado pelo próprio direito penal. Segundo esse conceito, a conduta humana é voluntária sem que seja necessário

investigar o conteúdo da vontade. Tal é a posição da doutrina causalista. De seu turno, os finalistas filiam-se à já retratada teoria realista.

Importante destacar que nem sempre a ação voluntária será livre. A liberdade é problema de culpabilidade. Muitas coisas podem viciar tal liberdade como a coação, a ameaça, o entorpecimento dos sentidos, etc. Isso nada tem a ver com o conceito de conduta, mas com o de culpabilidade.

Há aspecto interno e externo da conduta. Aquele consiste na proposição de um fim e na seleção dos meios para alcançá-lo. Esse, no desencadeamento da causalidade em direção à produção do resultado.

Entre a conduta e o resultado há o nexa de causalidade. Embora não façam parte da conduta, tanto nexa como o resultado acompanham-na como uma sombra. A conduta, o nexa e o resultado compõem o conceito de *pragma*. O direito penal não ignora a existência desse, isto é, de que toda a conduta tem um resultado e que, conseqüentemente, altera o mundo exterior. O grande problema está na forma como o direito penal releva o resultado e o efeito da proibição legal da conduta. Essa questão não pode abordada antes de feito o juízo de tipicidade.

Os tipos dolosos proíbem condutas tendo como objeto a proibição de buscar o fim da conduta, ou seja, o proibido é o desencadeamento da causalidade em direção ao fim típico. Os culposos, a seu turno, também proíbem condutas finais, mas, em vez de proibi-las em razão do fim, o fazem em virtude da forma defeituosa com que esse ele é procurado.

Em se tratando de tipos ativos, vê-se que descrevem a conduta proibida. Os omissivos, a devida, restando vedada qualquer conduta que com ela não coincidir. Ambas as condutas são finais, visam a determinado resultado.

4.2 - Teoria social da conduta

Além das referidas teorias causalistas (conduta como ação corporal voluntária consistente em fazer ou não fazer) e finalistas(conduta como ação final), há ainda a teoria social. Vale destacar que o conceito social de conduta não é único, havendo diversas correntes. Segundo alguns de seus adeptos, só será conduta o que tiver sentido social, isto é, o que transcende a terceiros, fazendo parte do interacionar humano. Para

outros, somente pode ser ação com relevância penal a que perturba a ordem social, e que é parte da mencionada interação. A principal crítica de Zaffaroni é que no direito vigente, “acha-se proibida a tipificação de ações que não transcendam do sujeito, mas não porque não seja, ações e sim porque não se admite a tipicidade de qualquer conduta que não afete bens jurídicos.” A “relevância social é um problema de tipicidade e não de conduta”. (1996. p.337-338)

Colocando aspectos de tipicidade no nível pré-típico, essa teoria acaba chegando à conclusão - absurda diante da visão realista - de que o conceito de conduta se elabora consoante os requisitos típicos.

Destaque-se ainda a grande imprecisão dessa teoria. Tratar de relevância social, de lesividade social, em nível pré-típico acabará trazendo necessidade de se fazer juízo ético da conduta, para se determinar se será relevante penalmente. Isso, numa sociedade pluralista é excessivamente perigoso (que valores de que grupo social devem prevalecer?). Essa pretensa perspectiva sociológica gera grande insegurança para todo o sistema jurídico-penal, o que não é admissível nos Estados Democráticos de Direito.

4.3 - Ausência de conduta

Há acontecimentos em que o homem participa sem vontade. Isso pode ocorrer na presença de força física irresistível, involuntariedade e estado de inconsciência. No primeiro caso opera-se sobre o indivíduo uma força de tal proporção que o faz intervir como mera massa mecânica. Exemplo disso é o fato de indivíduo ser empurrado contra outro causando-lhe lesões. Não se deve confundir o presente caso com a coação. Nessa há vontade, mas não livremente motivada. Na situação epigrafada a vontade sequer existe.

Vale destacar que o sujeito que se coloca sob os efeitos da força física visando à causação do resultado comete delito. Poderá haver culpa ou dolo.

A força física irresistível pode ser interna, oriundas do próprio corpo do indivíduo e que não são controladas pela vontade dele. É o caso do ato reflexo.

Outra hipótese de ausência de conduta é a involuntariedade. Consiste no estado em que se encontra aquele que não é psiquicamente capaz de vontade. Exemplo claro

disso é o sonâmbulo. Trata-se de situação diversa da inimputabilidade, que consiste em incapacidade psíquica de culpabilidade.

Consiste no estado de inconsciência a última modalidade de ausência de conduta. Consciência é o resultado da atividade das funções mentais. Não é uma faculdade, como a memória e a atenção, mas o resultado do funcionamento delas. Quando a consciência não existe, não há que se falar em vontade, nem, tampouco, em conduta. É o que ocorre com o sujeito que está delirando devido à febre muito alta e acaba pronunciando palavras injuriosas.

Também carece de consciência quem se encontra sob transe hipnótico ou em estado de sonambulismo. Quanto aos narcóticos, as incapacidades por eles geradas há de ser examinada em cada caso.

Para finalizar o presente tópico, vale destacar lição de Zaffaroni sobre o estado de involuntariedade procurado intencionalmente:

“O indivíduo que deliberadamente procura um estado de incapacidade psíquica de conduta realiza uma conduta (a de procurar este estado, que pode ser típica, dependendo das circunstâncias. Assim, o sinalizador da estrada de ferro que toma um forte narcótico para dormir e não realizar sua tarefa, para desta maneira provocar um desastre, vale-se de si próprio em estado de ausência de conduta (...).” (1996. p. 353-354)

Nesses casos as soluções são as mesmas que para os casos em que o agente se coloca sob força física irresistível.

4.4 - Efeitos da ausência de conduta

A ausência de conduta gera alguns efeitos práticos importantíssimos. São eles: a) aquele que para cometer o delito vale-se de sujeito que não realiza conduta é, em geral, autor direto do delito; b) é possível agir em estado de necessidade contra quem atua sem conduta, mas é impossível a legítima defesa; c) não há partícipes se não há conduta; d) na configuração dos tipos plurissubjetivos não se computará os indivíduos sem capacidade de conduta.

5 - TEORIA FINALISTA E A IMPUTAÇÃO OBJETIVA

A teoria finalista da ação, o tipo seleciona, dentre as diversas condutas humanas, aquelas consideradas relevantes para o Direito Penal, sendo estas jurídicas ou antijurídicas, ou seja, toda conduta (ou ação) é dirigida a um fim. A conduta é o exercício de uma atividade finalista. A finalidade corresponde ao dolo. O dolo, assim, está na conduta. E se a conduta está no fato típico, o dolo, em consequência, pertence ao fato típico. A culpa, do mesmo modo, não é expressão da culpabilidade, sim, uma das formas de tipicidade. Relevante para o crime não é fundamentalmente o desvalor do resultado (afetação de um bem jurídico), senão o desvalor da ação (ou da conduta). Dolo e culpa passam a fazer parte da conduta (leia-se: do fato típico). A culpabilidade é enfocada como mero juízo de reprovação (só contém, portanto, requisitos normativos: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa). Enfoca-se o dolo, de outro lado, como dolo natural (sem a consciência da ilicitude). Dele fazem parte: (a) a finalidade do agente (o propósito); (b) os meios escolhidos para realização dessa finalidade e (c) efeitos colaterais desses meios, que devem ser pelo menos representados pelo agente.

Criticando o finalismo por seu ontologismo puro, Eberhard Schmidt traz um “conceito social de ação”, o qual visa conciliar valorações normativas, incluindo em sua essência a relevância social, tendo em vista que somente as ações neste âmbito inseridas interessam para o Direito Penal. Tal característica com valorações normativas, incluindo em sua essência a relevância social, tendo em vista que somente as ações neste âmbito inseridas interessam para o Direito Penal. (GOMES, 2006. p.01)

A teoria supracitada é denominada teoria social da ação, onde a conduta é a ação ou omissão dirigida a um resultado socialmente relevante, porém nunca se conseguiu definir com precisão o que se entende por resultado socialmente relevante. Nisso reside a maior crítica a essa teoria. Por esse motivo, aliás, é que ela não desfruta de primazia. (Ibid. p.02)

A ação é a manifestação da personalidade do agente, estando fora dela todos os acontecimentos não dominados ou não domináveis pela vontade humana, essa é a chamada teoria pessoal de ação.

Segundo a teoria constitucionalista do delito, a conduta para nós é a realização de um fazer típico (descrito no tipo legal) ou de um não fazer típico (determinado pelo tipo), dominado ou dominável pela vontade.

O que caracteriza a conduta penalmente relevante é: (a) a conduta pertence ao fato típico (daí emerge o conceito de “conduta típica”); (b) não há crime sem conduta; (c) conduta penalmente relevante é a “humana” (ou seja: praticada por ser humano) e (d) a conduta deve ser voluntária. O ato involuntário não preenche o requisito da conduta penalmente relevante.

Neste momento passam a ser evidenciados os elementos subjetivos do tipo, visto que somente por meio deles é que podemos identificar o injusto em certos fatos, como, por exemplo, nos crimes de furto, roubo e estelionato, para os quais se faz indispensável uma intenção específica, qual seja, a especial de apropriação ou de enriquecimento, respectivamente. Essas exigências estão absolutamente em sintonia com o Código Penal Brasileiro, que, nos crimes citados, condiciona a integração do tipo de injusto a que as ações sejam praticadas para si ou para outrem, ou seja, no sentido de apropriação ou de enriquecimento. Ao admitir-se a existência de elementos normativos e subjetivos no tipo, as contradições do sistema causalista restaram evidentes. (TAVARES, 2002 apud SOUZA, 2006. p.42-43)

Podemos notar que uma das características do finalismo é abordar o delito culposo de acordo com a condução da atividade humana contida no tipo, seja com base num juízo de valor negativo para tal atividade, seja num desvio do processo causal. (ZAFFARONI, 1996. p.517-521).

Assim sendo, a estrutura do delito sofre uma profunda alteração, pelo fato de que, se a vontade está incluída na ação, o dolo e a culpa devem integrar o próprio tipo, agora dividido em objetivo e subjetivo, e não mais a culpabilidade.

O finalismo é muito mais do que uma simples teoria do delito. Significa dizer que o mero fato de se admitir um conceito final de ação não denota a assunção do sistema finalista. A teoria finalista traz a subjetivação do injusto e, ao mesmo tempo a dessubjetivação e normatização da culpabilidade, em total oposição ao sistema clássico. (ROXIN, 2002. p. 200).

Na verdade, em apertada síntese, o finalismo, apesar de todo seu mérito e importantes conseqüências e derivações, somente vem a acrescentar ao conceito naturalista do tipo o aspecto subjetivo. Esta consideração é essencial, na medida em que

o tipo objetivo permanece o mesmo, representado pela ação, constatação da causalidade e do resultado. (GRECO, 2000. p. 07)

Não obstante a oposição entre fundamentos básicos da teoria finalista e da Imputação Objetiva – visto que aquela enfatiza o subjetivo, enquanto esta, o objetivo –, bem como de suas linhas metodológicas – tendo a primeira uma premissa ontológica e fulcrando-se em conceitos pré-jurídicos e estruturas lógico-reais, enquanto a outra se vale de premissas normativas – são inegáveis as preciosas contribuições do finalismo para o surgimento da moderna Teoria da Imputação Objetiva, as quais podem ser sintetizadas em três tópicos: o entendimento do ilícito como uma contrariedade a uma norma de determinação, a importância dada ao desvalor da ação e a valorização da perspectiva *ex ante* do juízo de ilicitude. (Ibid. p.37)

O sistema finalista é hoje adotado pela doutrina brasileira, sendo consagrado pela Reforma Penal de 1984. Pontua (GRECO, 2000), que a teoria finalista é limitada quanto à atuação do legislador, tendo em vista que este pode dispor com obrigatoriedade sobre as conseqüências jurídicas surgidas após a ocorrência de determinados fatos, mas não sobre as teorias que a doutrina seguirá em seu trabalho interpretativo.

No entanto, lamenta-se que ainda são ignoradas as novas teorias e parâmetros pelo Direito Penal Brasileiro, entre elas a da Imputação Objetiva.

Para a teoria da Imputação Objetiva o tipo retrata a forma de expressão e a antijuridicidade do delito e por isso fundamenta o conteúdo de injusto, tanto no que concerne à ação (desvalor do ato) quanto no que se refere ao resultado (desvalor do resultado). (TAVARES, 2000 apud SOUZA, 2006. p.62)

Com o funcionalismo, teoria que tem em Jakobs e Roxin seus principais expoentes, o injusto surge do confronto entre tipicidade e antijuridicidade. Jakobs defende que a diferenciação entre tipo e antijuridicidade só tem importância na identificação da espécie do erro que poderia advir da falsa representação por parte do agente, no que se refere ao que a lei aponta como defeso (ação típica e seus elementos) e o que ela permite, excepcionalmente (causas de justificação e seus elementos).

Já Roxin parte da busca de respostas ao questionamento de qual significado deve se emprestar ao tipo, que se divide em três aspectos: no sentido sistemático (como ensinava Beling), no sentido político-criminal e no sentido dogmático. (Ibid. p.63)

Defende ainda a estrutura da teoria finalista, dividindo o tipo em objetivo e subjetivo, sem deixar de advertir que a ação típica é composta de uma unidade de valores externos e internos que serviriam apenas à ordem externa e que deve ser desconsiderada quando contrarie o sentido de um conceito. (Ibid. p.65)

Em vista do panorama histórico exposto, denota-se que o embate teórico sobre a ação foi perdendo sua importância diante das novas perspectivas que guiam o Direito Penal atualmente, dentre elas a Imputação Objetiva.

6 - NORMAS PERMISSIVAS E NORMAS JUSTIFICANTES NO DESPORTO

No Direito penal existem alguns institutos e categorias que são ditas relevantes. Dentre eles destacam-se seis: norma, tipicidade, antijuridicidade, punibilidade, culpabilidade e pena. Na atualidade, é da teoria da norma (estrutura, funções etc.) que se deduz a mais avançada teoria do delito (de caráter constitucional). (GOMES, 2006)

Há muitas espécies de normas (proibitivas mandamentais etc.). Para desfazer confusões, duas delas devem merecer total atenção da doutrina: são as justificantes e as permissivas. A clássica doutrina, em geral, não as distinguia. Na atualidade, nada mais imperioso que diferenciá-las.

As normas proibitivas (é proibido matar; é proibido roubar) ou mandamentais (dever de prestar socorro) determinam a obrigação (seja por meio de uma ação, seja por intermédio de uma omissão) de não praticar atos lesivos a terceiros. Paralelamente a essas normas existem também justificantes (estrito cumprimento de um dever legal) que, diante de uma situação de conflito, autorizam a realização de condutas lesivas para a salvaguarda de um dos bens jurídicos que se acham em colisão. Quando o agente atua sob o manto de uma causa, ou seja, de uma norma justificante (lesão no desporto) pratica um fato típico, porém, não antijurídico. O fato é tipicamente desvalorado, mas não globalmente desvalorado, pois é justificado.

Mas não podemos confundir as normas justificantes com as permissivas. Por força destas últimas o agente pratica uma conduta que constitui uma liberdade de ação,

ou seja, ela não acontece como forma de ação ou reação diante de um perigo ou risco ou ataque humano contra bens jurídicos do agente ou de terceiros.

Enquanto as normas justificantes só permitem que o agente pratique uma conduta lesiva a bens jurídicos alheios para salvar (salvaguardar) outros bens jurídicos de igual ou maior relevância, que se acham sob risco ou perigo concreto, as normas permissivas autorizam a realização de uma conduta lesiva a bens jurídicos alheios sem que haja qualquer risco ou perigo para bens jurídicos do agente ou de terceiros. Como por exemplo: a lesão esportiva.

A norma permissiva expressa uma liberdade de ação, logo, a conduta do agente, nesse caso, não cria um risco proibido. Já a norma justificante autoriza uma ação ou reação contra um perigo ou ataque humano para salvaguardar um dos bens jurídicos em conflito.

Se o agente deixa de praticar a conduta autorizada pela norma permissiva disso não decorre para ele nenhum sacrifício relevante; se o agente deixa de praticar, diante do risco ou perigo, a conduta justificante, com certeza haverá sacrifício de algum bem jurídico próprio ou alheio.

A atuação do agente diante de uma norma permissiva é uma questão de conveniência (o agente atua se quiser); diante de uma situação justificante, a atuação do agente é uma necessidade (ou seja: se ele não atuar, verá algum direito ser sacrificado). A gestante, quando a gravidez resulta de estupro, faz ou não faz o aborto (é uma questão de conveniência); quando há risco concreto para sua vida, o aborto é uma necessidade (pois do contrário, um direito seu - a vida - será sacrificado).

No aborto necessário é preciso comprovar concretamente o sério risco para a vida da gestante; no aborto sentimental (gravidez resultante de estupro) nenhum bem jurídico vital (vida, saúde etc.) da gestante corre perigo. Isso significa que a norma do art. 128, I, é justificante, enquanto a do art. 128, II, é permissiva. Sendo permissiva, a norma do art. 128, II, conduz à exclusão da tipicidade, mais precisamente da tipicidade material (não da antijuridicidade ou da culpabilidade).

Como se vê, a norma permissiva só depende de um texto, legal, a norma justificante exige um contexto (um contexto fático que revele proporcionalidade). O texto que exprime uma norma permissiva (art. 128, II, do CP), dogmaticamente falando,

retrata um tipo permissivo; o contexto exigido pela norma justificante (CP, art. 128, I) revela um tipo justificante.

Diante de uma norma permissiva o que compete ao juiz ou ao intérprete é a análise dos requisitos típicos exigidos pela lei; o juízo, portanto, é de tipicidade ou atipicidade; se a conduta do agente é típica (ou seja: se preenche todos os requisitos do tipo permissivo), o risco criado não é juridicamente desaprovado (é permitido). Não há um fato penalmente (ou proibitivamente) típico, logo, não há que se falar em responsabilidade penal; se a conduta do agente é atípica, ou seja, se não encontra adequação em relação aos requisitos do tipo permissivo, o risco criado é juridicamente desaprovado, ou seja, é proibido. Nesse caso, há um fato penalmente típico, devendo o agente ser responsabilizado por ele.

Note-se que na norma permissiva esse balanceamento de bens é feito pelo legislador; na justificante fica por conta do juiz. Tendo havido proporcionalidade (entre o bem sacrificado e o bem jurídico salvo), o fato resulta justificado; não havendo proporcionalidade, fala-se em excesso (cabendo ao agente responder por ele). Conduta desproporcional gera excesso; excesso gera responsabilidade penal, em regra. Por isso devemos realizar uma análise em cada caso concreto nas práticas desportivas, pois se a conduta foi praticada de forma justificada ou permitida, não será o agente responsabilizado penalmente.

Quando se estuda a classificação dos tipos penais, a doutrina chama de tipo permissivo o que prevê a legítima defesa, estado de necessidade etc. Na verdade, nessas hipóteses o que temos é um tipo justificante (porque elas sempre exigem do juiz um juízo de ponderação dos bens envolvidos no conflito). Eventual erro sobre um tipo justificante não deveria ser chamado de erro de tipo permissivo e sim, erro sobre tipo justificante.

7 - DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA E SEUS REFLEXOS NA PRÁTICA DESPORTIVA

Serão analisados nesse tópico, os reflexos da imputação objetiva nas práticas desportivas, seguindo a seguinte cronologia:

7.1 - Breve histórico

Por volta de 1930, Richard Honig, com um artigo intitulado “Causalidade e Imputação Objetiva”. Proclama neste que o objeto exclusivo do juízo de imputação é a ação humana, mas a direção da vontade é chave-mestra para que este juízo se perfaça corretamente. “Siempre se trata de demostrar el accionamiento de la voluntad como objeto apropiado del posterior juicio jurídico-penal. “Así, la relación normal presupuesta por el legislador entre la actividad y el resultado y por eso, también aquí la imputación objetiva del resultado – en la conducta ativa – es un elemento constitutivo.”(HONIG, apud SOUZA, 2006. p. 29)

Desta forma, Honig defendeu que a causalidade é demasiadamente ampla, e que só adquire valoração para tal área do Direito quando houver um nexo normativo, construído segundo as necessidades da ordem jurídica. A este problema axiológico, Honig chama de juízo de “Imputação Objetiva”, qual seja aquele que visa verificar a relevância do nexo causal para a ordem jurídica. Somente com a finalidade objetiva associada à causalidade acontece o fundamento da significação jurídica para uma conduta humana. (GOMES, 2006. p. 02)

Para Honig, a imputação é uma comprovação da relação de correspondência de uma ação e seu autor, e se isto coaduna-se diante de um juízo teleológico, posto que a pergunta é se o curso causal podia ser dominado pela vontade do agente. Há necessidade concreta da dirigibilidade conduzida a um fim. Ainda, alegava que a vontade é o fator causal, mas é só: conclui-se nesse momento sua função no processo da imputação objetiva e no processo da constituição da ação, pois aqui prescinde completamente este momento do conteúdo da vontade do autor. .”(HONIG, apud SOUZA, 2006. p. 30)

Em meados da década de 30, Welzel surge com a concepção teórica da adequação social. Por ela, aquelas ações que, mesmo formalmente preenchedoras dos requisitos dos tipos, estejam integradas à organização da vida de uma comunidade em

determinando momento histórico, não podem jamais serem chamadas de típicas. Ausenta assim de

tipicidade a ação do famoso sobrinho malvado que incita o tio a visitar a floresta perigosa, interessado em acelerar o recebimento da herança. Critica as idéias do dogma causal, de lesão ao bem jurídico e de absolutização do valor do resultado. Todavia, tal teoria foi rechaçada pela doutrina que a considera deveras imprecisa. (GOMES, 2006. p. 02)

Apesar de Engisch ter seus trabalhos de 1931 e 1939 direcionados à teoria da adequação, que considerava imprescindível para conter a falta de limites da teoria da equivalência das condições, deu importante toque à moderna Teoria da Imputação ao passo que, além da adequação referida ao resultado e da previsibilidade geral do resultado por infração do dever objetivo de cuidado, exigia também “a adequação em relação ao modo especial do curso causal”. Todavia, já afirmava que não seria essa teoria o único meio de correção das imperfeições da teoria da equivalência.” . (ENGISCH, apud SOUZA, 2006. p. 32)

Foi de Hardwig o mérito de, no final da década de 50, retomar o tema da imputação objetiva, proclamando que “imputação significa a verificação de uma relação positiva, de um nexos, entre o acontecimento e uma pessoa, no sentido de reconhecer ou reprovar a conduta da pessoa, seguindo um complexo de normas da razão”. Atribuía ao “dogma causal” e ao conceito de ação o título de provocadores da decadência da imputação. Chegou ao extremo de substituir a conceituação tripartida do delito por uma nova concepção, agora ancorada apenas na imputação objetiva, para o campo da antijuridicidade, e de imputação subjetiva no âmbito da culpabilidade. Hardwig observou separadamente os delitos de mera conduta, os de mera omissão, os comissivos de resultado e os omissivos de resultado. Todavia, a maioria dos doutrinadores não aprovou essa corrente. (ENGISCH, apud SOUZA, 2006. p. 42)

Em uma curta análise da distinção clássica feita pela doutrina, os crimes quanto ao resultado naturalístico, são conhecidos como: material, formal ou de mera conduta. Sob a ótica naturalista, o tipo dos crimes materiais esgotava-se na descrição de uma mudança no mundo exterior, sendo representado por uma ação, nexos causal e resultado, de forma que o raciocínio usado conduzia de maneira utópica uma simplicidade lógico-formal de uma ciência exata. Sendo assim, os crimes materiais são aqueles que se consumam somente com a produção do evento naturalístico, a conduta provocará a denominada mudança no mundo exterior. (Art. 121, CP)

O crime formal, mesmo admitindo a produção do resultado naturalístico, o considera irrelevante, haja vista que sua consumação ocorre antes do advento do tal resultado. O tipo, aqui, será incongruente, pois não há um ajuste entre a finalidade do agente e a exigência típica, ou seja, o tipo penal exige menos que o agente deseja. (Art. 159 e 147, CP).

Nos crimes de mera conduta, o resultado naturalístico é impossível, ou seja, não é possível, porém irrelevante, semelhante aos crimes formais, é inviável a sua ocorrência. (Art. 330, CP).

Com o finalismo, surgiram o dolo e os elementos subjetivos especiais, de forma a integrarem a parte subjetiva do tipo, até então tratada como integrante da culpabilidade, permanecendo sua parte objetiva intacta. Não se admite mais que a simples constatação empírica de um resultado causado por uma ação configure a tipicidade objetiva, torna-se necessária a distinção de conceitos entre causalidade e imputação, isso porque a legitimação da aplicação do Direito Penal requer a seleção daquelas condutas que lhe sejam relevantes.

Inúmeras foram as tentativas objetivando uma maneira de limitar a causalidade material; as teorias desenvolvidas para tanto não se mostram suficientes para atingir seu objetivo, apresentando falhas em suas fundamentações, limitando-se a excluir os resultados imprevisíveis, não construindo, assim, uma base sólida.

A imputação objetiva, portanto, veio modificar a estrutura finalista do tipo. Não bastando estarem presentes os elementos ação, causalidade e resultado para que o fato seja considerado objetivamente típico, se faz necessário um acréscimo de outros determinados requisitos. O que atualmente se denomina de “Teoria da Imputação Objetiva” é o resultado de vários estudos, discussões e proposições que se deram exatamente a fim de apresentar uma solução para a legitimação da aplicação do Direito Penal e comporta diversos fundamentos teóricos e fórmulas de expressão, segundo a direção funcionalista abraçada por cada doutrina.

Em suma, o tipo objetivo, com a imputação objetiva, será igual ao somatório da ação ou omissão, do nexos de causalidade, da imputação objetiva e do resultado.

7.2 - A Imputação Objetiva segundo Roxin e as lesões no desporto

Somente em 1970 é que Claus Roxin reacendeu as proposições outrora salientadas por outros autores, devendo-se a ele o mérito da sistematização daquela teoria e o enquadramento na teoria do delito atual.

Buscou-se, assim, estabelecer critérios normativos que pudessem fundamentar a imputação objetiva em relação a um resultado típico, baseados na idéia central do risco. A teoria do fato punível foi, por conseguinte, remoldada de forma a permitir uma responsabilidade pessoal e não meramente causal, sendo que a atribuição do tipo objetivo passou a consistir na atribuição do resultado de lesão do bem jurídico ao autor, como obra dele. Pressupõe-se a criação de um risco pelo autor, para um bem jurídico, mais a realização do risco criado no resultado de lesão do bem jurídico, fazendo-se uma filtragem das condutas penalmente relevantes no âmbito do próprio tipo, sendo a criação e a realização do risco os alicerces base da Imputação Objetiva. Pode-se então estabelecer, como ponto comum entre as teorias que tratam do assunto, o objetivo de fundamentar a imputação do resultado primariamente, em critérios objetivos que deixem patente que determinado resultado é obra efetiva de algum agente que o assumiu como próprio.

Para melhor entender a teoria em questão, deve-se analisar seu histórico e o contexto no qual se desenvolveu. Em verdade, a imputação objetiva enquadra-se perfeitamente nos moldes da denominada ciência teleológico-racional ou funcional, a qual encontrou naquela um instrumento adequado para ordenar sua estrutura, o que certamente lhe impulsionou de maneira considerável. Não se trata, entretanto, de uma teoria acabada, mas ainda em construção, que vem tomando corpo por meio da imensurável contribuição da doutrina, principalmente alemã.

Claus Roxin foi sem dúvida, no período do pós guerra, um dos maiores nomes da teoria da imputação objetiva, foi o responsável pela corrente doutrinária denominada de funcionalismo teleológico-funcional ou teleológico-racional ou teleológico-político-criminal. Para ele, o Direito penal existe para cumprir determinados fins, existe "em função" desses fins, que são retratados nos princípios político-criminais: da intervenção mínima, da exclusiva proteção de bens jurídicos e da ofensividade.

A teoria da imputação objetiva não chega a ser uma novidade e parte da doutrina considera que não se trata propriamente de uma teoria e sim de um conjunto de regras limitadoras e complementares do nexo de causalidade, Roxin, com virtude, deu a última configuração à imputação objetiva.

O resultado causado por um agente poderá ser imputado ao tipo objetivo se a conduta do autor criou perigo ao bem jurídico não coberto pelo manto do risco permitido, ou seja, se o resultado se apresenta como de um perigo criado pelo autor, via de regra, é imputável, se cumprido o tipo objetivo. Conseqüentemente, o tipo penal não será completo se considerarmos apenas o nexo causal como elo entre a ação e o resultado. Há a necessidade do elo normativo, que possa servir de limitação ao poder punitivo do Estado. A delimitação que o tipo objetivo exerce na configuração do delito deve atender à necessidade de prevenção da pena. (ROXIN apud GRECO, 2000. p.39)

Podemos extrair duas idéias básicas da moderna teoria da imputação objetiva de acordo com a doutrina de Roxin, são elas: A criação ou incremento de um risco proibido relevante e a conexão direta entre esse risco e o resultado jurídico, esse risco deve se realizar no resultado e que esse resultado esteja no âmbito de proteção da norma.

Esta teoria também conhecida como “do incremento do risco”, parte do seguinte questionamento: deverá ser imputado ao agente, um resultado que, perante uma conduta em conformidade com o direito, haveria sido evitado, não com segurança, mas possível ou provavelmente? (ROXIN, 1993 apud D’ÁVILA, 2001. p. 59)

Havendo segurança no fato, ou seja, observadas todas as normas de segurança, ainda assim a lesão ao bem jurídico venha ocorrer, não haverá possibilidade de imputação objetiva, pois só podemos falar em imputação objetiva se houver risco proibido.

Para que houvesse a aplicação da Teoria de Roxin, numa Prática desportiva, onde um atleta venha causar resultado danoso a outrem, seria necessário que uma conduta descuidada como, por exemplo, um “carrinho” por trás, vindo a lesionar todos os ligamentos do tornozelo de seu adversário, pudesse ter sido evitada com uma puxada pela camisa ou por um “tranco” de ombros, ou seja, não com certeza,

mas possivelmente ou provavelmente o rompimento dos ligamentos poderia ter sido evitados. A conduta do jogador superou o risco permitido, aumentando, de modo juridicamente relevante, a possibilidade de uma lesão corporal gravíssima. (ROXIN, 1993 apud D'ÁVILA, 2001. p. 60)

Conforme pontua (D'ÁVILA, 2001. p. 60), o agente responderá pela lesão toda vez que uma conduta alternativa conforme o direito reduzir, possivelmente ou provavelmente, os riscos de lesão ao bem jurídico tutelado. No exemplo supracitado o agente não responderia pela lesão corporal, se fosse observado que foram obedecidas todas as regras inerentes à prática do futebol, seria então uma conduta atípica. Trata-se de um caso de risco permitido, ou seja, aplica-se o princípio da confiança, esperando que cada atleta obedeça às regras do esporte. (JESUS, 2008. p. 160)

Segundo (GOMES, 2006. p. 16), temos como regra básica: Se o sujeito, com sua conduta, cria riscos proibidos, responderá penalmente por seus efeitos. Produzindo riscos permitidos, não será responsabilizado, ou seja, juntamente com a análise dos elementos objetivos do fato típico que são: conduta, resultado naturalístico, nexo de causalidade e adequação típica; deve-se questionar se a conduta do agente resulta em riscos permitidos ou proibidos.

O dolo e a imputação objetiva possuem conexão no sentido de que se procura descobrir se o fato pode ser imputado ao seu agente, como obra dele, independentemente do seu dolo, ou seja, do seu estado subjetivo. O que se busca na doutrina de Roxin é descobrir se a conduta do agente gerou ou não um risco proibido, assim como se o resultado jurídico tem vínculo direto com esse risco e, ao mesmo tempo, se está no âmbito de proteção da norma. Este exame da natureza, seja ele proibido ou permitido, esgota o conteúdo da imputação objetiva da conduta. Entendemos desta maneira que o vínculo do resultado com o risco e seu envolvimento com o âmbito de proteção da norma delimitará a imputação objetiva do resultado. (ROXIN, 2003)

A questão do livre-arbítrio do indivíduo consiste na possibilidade do sujeito ativo buscar agir de maneira lícita respeitando inclusive as premissas legais, isto é, se o agente tem a possibilidade de agir de maneira diversa àquela conduta injusta que praticou, terá, portanto, a capacidade física e psicológica do livre arbítrio, podendo assim agir nos limites da norma preventiva ou protetiva que limita a criação de um

risco proibido. Na mesma linha de raciocínio, se alguém realiza um ilícito típico, inexistindo dúvidas sobre a sua idoneidade para ser destinatário de normas, então podemos dizer que ele deveria e poderia ter agido de forma diversa. O que tem grande relevância é a vontade da vítima também, porém foge da atuação da teoria da imputação objetiva. Exemplo claro foi à recente morte do futebolista brasileiro Serginho que, segundo diretoria do clube defendido pelo atleta, era conhecedor de seu problema cardíaco, inclusive atuando no futebol com um termo de responsabilidade assinado pelo próprio jogador.

No moderno Direito Penal não se pode desconsiderar o livre arbítrio do jogador (free will), pessoa maior e capaz, sua plena consciência do quadro cardíaco e eventual termo de responsabilidade assinado. Mas, a autocolocação em perigo impede a responsabilidade penal, pela teoria da imputação objetiva. (GOMES, 2005. p. 08)

Da mesma forma, isentos de dúvidas ficam todos os casos em que, com sua conduta, o desportista diminui ou atenua um perigo que recai sobre o oponente, como, por exemplo, se o jogador de futebol, ao perceber que vai pisar, acidentalmente, no rosto do oponente que está caído, habilidosamente salta, ferindo apenas a mão do adversário. Ainda, se o risco criado estiver fora do âmbito de proteção da norma não haverá fato típico. Exemplificativamente, a situação do jogador de futebol que desequilibra o adversário que, caído, vem a ser chutado involuntariamente na cabeça por terceiro participante do jogo e, em consequência, falece. Finalmente, a imputação resta excluída quando o evento tenha sido produzido por uma conduta que não ultrapassou o limite do risco que juridicamente se permite, como, por exemplo, um choque de cabeça contra cabeça.

Deverão ser observadas se a conduta, apesar de formalmente típica, era permitida, sendo assim não podemos falar em criação de risco proibido. Exemplificamos a abordagem com as lesões esportivas que não geram o risco proibido. Portanto, são consideradas atípicas, mesmo enquadradas na letra da lei. As questões das lesões desportivas antes da concepção da teoria de Roxin eram examinadas no âmbito da antijuridicidade, com a sua doutrina passaram a compor o âmbito da tipicidade penal. Em termos práticos isso é muito positivo porque o juiz deve, no momento de receber uma denúncia, analisar imediatamente a questão da tipicidade.

8 - O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NAS PRÁTICAS DESPORTIVAS

O princípio da confiança exerce grande influência na imputação objetiva, sendo decisivo, pelo fato que se o agente ficou dentro de seu papel social, confiando que o outro ficaria no seu, não será responsabilizado pela traição deste último. (CAPEZ, 2003. p. 169)

Ninguém está obrigado a agir de modo a eliminar toda e qualquer possibilidade de lesão, nem tampouco a controlar com frequência os outros; cada qual deve concentrar-se em sua própria conduta, restando aos demais a responsabilidade por suas próprias ações. (Ibid. p. 169)

O sujeito deve agir dentro de seus limites sociais, acreditando que os outros farão sua parte. A sua ação, deverá estar baseada em uma divisão de trabalho, em um sistema onde a organização de cada um deve ser de maneira responsável, na certeza de que o outro fará o mesmo, de modo que não se pode admitir a existência de risco intolerável se o evento derivou do desvio alheio. (Ibid. p. 169)

Nos casos de violência desportiva o consentimento do atleta que sofre uma lesão na prática de determinada modalidade funciona como um requisito para que o risco criado pela conduta não seja considerado proibido. Não havendo, portanto, o risco proibido não há imputação do resultado naturalístico à conduta, sob o prisma objetivo. Se não há imputação, não existe fato típico, pois o agente não terá nenhuma relação com o que aconteceu de ruim para a vítima. (Ibid. p. 170)

Nos esportes, a violência causada em razão da competitividade dos adversários, além de haver o comportamento padronizado socialmente, necessário se faz a aquiescência do ofendido em participar como protagonista da cena de que resultou o evento danoso. Neste caso, conforme pontua Capez, diferentemente da doutrina tradicional, que coloca o consentimento como causa de exclusão de ilicitude ou de tipicidade, a imputação objetiva trabalha toda problemática do consenso no próprio tipo. (2003, p.170)

Verifica-se hoje na doutrina da imputação objetiva tendência de conceder ao consentimento da vítima maior relevância no terreno da tipicidade e não da antijuridicidade, ou seja, os penalistas começam a considerar que a contribuição do ofendido na prática desportiva, mediante consentimento, nas hipóteses em que o tipo não

menciona o dissentimento, deverá produzir efeitos no plano da exclusão da tipicidade. (JESUS, 2008. p. 55)

Se o atleta participa de uma prática desportiva e sofre uma lesão, porém consentida por ele previamente, ou seja, assumindo o risco desta lesão, então a ocorrência desta estará escudada pelo consentimento, mesmo que o autor do consentimento, pelo princípio da confiança, tenha confiado ou esperado que ela não viesse acontecer. (ANDRADE apud CAPEZ, 2003. p. 172)

Assim, calculando-se os custos e benefícios, o agente acaba por aceitar correr riscos de sofrer alguma lesão para, em contrapartida, manifestar-se plenamente em seu processo de interação social. Mesmo nos esportes como o boxe, que haverá agressão direta, não haverá disposição sobre o bem jurídico integridade corporal ou vida. Haverá sim, disposição sobre a situação de proteção e segurança de que desfruta, aceitando os riscos, em certos casos, para poder aproveitar-se, em contrapartida, dos benefícios de uma atividade permitida ou tolerada. (Ibid. p.172-173)

Para exemplificarmos de maneira prática, apontamos para o judoca que não totalmente recuperado de uma lesão na cervical insiste em participar da final olímpica e ao sofrer uma queda normal inerente ao esporte vem a falecer. Nesse caso haverá exclusão da responsabilidade do autor do golpe, uma vez que estava atuando dentro do seu papel social de esportista e não criou nem incrementou nenhum risco proibido para o ofendido. Segundo Capez houve, portanto, a atuação da vítima sem as cautelas mínimas de autoproteção.(2003, p.174)

9 - TIPICIDADE CONGLOBANTE DE ZAFFARONI E SUAS INFLUÊNCIAS NAS CONDUtas DE VIOLENCIA DESPORTIVA

O objeto deste tópico é expor, de forma modesta, a tipicidade conglobante de Raul Zaffaroni e seu enquadramento dentro das lesões desportivas.

9.1 - Doutrina clássica e a tipicidade conglobante de Zaffaroni

A doutrina penal clássica cuidava basicamente da causação, ou seja, relação causa e efeito e do Princípio da Legalidade, esqueceu-se do aspecto da desvalorização da conduta ou mesmo da imputação do fato ao agente. Na órbita material, as questões da desvalorização da conduta e do resultado jurídico assim como a questão da imputação do fato ao seu agente, para que seja descoberto se o fato foi obra dele, são levadas em consideração. Todo delito, portanto, possui duas dimensões, porém nos crimes dolosos ainda se requer uma terceira, que é a subjetiva.

A tipicidade penal sob o enfoque material e constitucional compreende a tipicidade formal ou objetiva, a tipicidade material ou normativa e a tipicidade subjetiva, com isso aproximam-se muito do conceito de tipicidade conglobante (Zaffaroni, 1996. p.463), cujo pensamento mais elementar pode ser descrito da seguinte forma: o que está permitido ou fomentado ou determinado por uma norma não pode estar proibido por outra. O juízo de tipicidade deve ser baseado de acordo com o sistema normativo visto na sua globalidade.

Para Zaffaroni a tipicidade divide-se em objetiva e subjetiva. A tipicidade objetiva é composta de uma parte sistemática e outra conglobante. Da primeira fazem parte a conduta, o resultado naturalístico, o nexó de causalidade e a adequação típica do fato à letra da lei. A conglobante é integrada pela lesividade e pela imputação objetiva.

Essa teoria da tipicidade conglobante sublinha que o tipo penal, que é uma construção dogmática, tem a missão de criar limites ao exercício do poder punitivo. A tipicidade objetiva tem a função de retratar um conflito penal. Deste tipo objetivo, então, fazem parte o tipo sistemático que seria a conduta e o resultado, assim como o tipo conglobante.

O que Zaffaroni vai denominar de tipicidade conglobante é a soma da ofensividade e da imputação objetiva. O resultado jurídico será sem valia quando a ofensa for concreta ou real, transcendental, grave ou significativa (relevante) e intolerável. A tipicidade conglobante consiste na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim conglobada na ordem normativa. (Ibid. p. 468)

A distinção entre nossa construção (teoria constitucionalista do delito) e a de Zaffaroni (teoria da tipicidade conglobante) reside na agregação de alguns detalhes na tipicidade material. Da obra de Zaffaroni não resultam claros os três juízos distintos que compõem o lado material da tipicidade (desvalor da conduta, desvalor do resultado jurídico e imputação objetiva do resultado). (GOMES, 2006)

De qualquer maneira, para o autor em questão a lesividade faz parte do tipo penal, pois dessa maneira a doutrina de Zaffaroni constitui a base da nossa teoria constitucionalista do delito. Existindo uma norma que permita, fomenta ou determine a conduta, não se pode dizer que essa conduta tenha criado risco proibido. O que está permitido, fomentado ou determinado por uma norma gera risco permitido, logo, não há que se falar em desaprovação da conduta ou em tipicidade penal, em suma a tipicidade conglobante é relevante para o juízo de aprovação ou desaprovação da conduta, sendo que o que for permitido pela norma não pode constituir fato típico. (ZAFFARONI, 1996. p.473)

9.2 - Tipicidade material e a relação de causalidade

Na perspectiva ontológica do conhecimento adotada por Zaffaroni, a causalidade é categoria do ser, consistente numa cadeia de causas e efeitos. Causa, nesse contexto, é toda condição que não pode ser mentalmente suprimida sem que com isto desapareça o efeito. Tal definição advém da teoria da *conditio sine qua non*, adotada pelo Código Penal, que afirma “considera-se causa toda a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”. (Art. 13, CP)

Tal posição pode ser facilmente defendida pelos adeptos da teoria objetiva-subjetiva do tipo. Os causalistas, que negam a subjetividade do tipo, não logram manipular com tanta facilidade a teoria da *conditio sine qua non* Ausente o tipo

subjetivo, não há limitação à responsabilidade penal. Chegar-se-ia ao absurdo ponto de se punir um mineiro pelo fato do ferro por ele extraído ter sido matéria-prima de uma espada utilizada numa lesão corporal numa competição de esgrima, visto que a ação do mineiro também é causa.

Os finalistas podem afirmar simplesmente que não há tipo porque inexistente o dolo na conduta de extrair minério. E os causalistas, o que farão? Por se defrontarem com essa espécie de problema tentaram limitar a causalidade, mas nunca obtiveram êxito.

A causalidade pertence à categoria do “ser”. É real, pertence ao mundo físico. Por isso não pode ser criada pelo tipo ou pelo direito. Esses só podem dar-lhe ou retirar-lhe relevância. Na análise estratificada do delito deve-se questionar se a conduta causou o resultado para depois se perquirir acerca da tipicidade. Saberemos se o resultado foi gerado pela conduta a partir de nossa experiência humana e dos dados fornecidos pelas ciências naturais.

A constatação da causalidade é critério bastante rudimentar para se definir se resultado pode ser imputado a alguém. Sempre a teoria do crime buscou resolver problemas referentes à imputação objetiva do resultado a seu autor. Nesse ponto, a causalidade serve apenas como indicador geral.

Visando a solucionar tais dificuldades nasce a teoria da causalidade adequada, segundo a qual a ação só será tipicamente relevante quando corresponder a um dos núcleos do tipo(verbo típico utilizado). Assim, se houver um homicídio numa competição de boxe, não será autor aquele que fez as luvas ou que construiu o ringue. Evidente que essa adequação não diz respeito à causalidade. As condutas do fabricante do material esportivo ou do operário que constrói um ringue continuam sendo causa. O problema é de tipicidade, relacionado à relevância jurídica da causalidade. Essa relevância gera a imputação objetiva do resultado.

Como sabemos o tipo é o instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes por estarem penalmente proibidas. Constitui-se o tipo na fórmula abstrata que pertence à lei. Localiza-se, portanto, no mundo do “dever-ser”. Difere o tipo da tipicidade. Essa é a adequação da conduta a um tipo penal. Assim, a tipicidade só existirá se houver conduta, fenômeno próprio do mundo físico. Diante

disso pode-se afirmar que a tipicidade pertence ao mundo do “ser”, ou seja, a tipicidade é a qualidade que o fato possui de se encontrar descrito em lei como infração penal. (JESUS, 2008. p. 16)

Ao lado da culpabilidade e da antijuridicidade, a tipicidade constitui uma das bases da teoria do delito. Observando-se a relação entre tipicidade e antijuridicidade podemos citar algumas dentre as diversas teorias acerca do nexo que as envolve.

Para a negativista, o tipo não indica nada sobre a antijuridicidade, razão pela qual o tipo é considerado acromático ou sem valor.

De seu turno, os adeptos da teoria do tipo indiciário afirmam que a tipicidade é indício ou presunção da antijuridicidade, sua “ratio cognoscendi”. Criada por Mayer, essa corrente é defendida por Zaffaroni. (JESUS, 2008 p. 18)

A terceira posição acerca do tema é a de que o tipo constitui a “ratio essendi” da antijuridicidade. Essa teoria divide-se em duas vertentes. Para uma delas, denominada teoria dos elementos negativos do tipo, a tipicidade encerra o juízo de antijuridicidade, o que significa que constatada a tipicidade, haverá a antijuridicidade. Afirma-se ainda que todas as causas de justificação afastam a tipicidade. A outra corrente (teoria do tipo de injusto) também aduz que tipicidade implica antijuridicidade, mas essa poderá ser excluída por uma causa de justificação sem que a tipicidade seja atingida.

O legislador tem interesse em tutelar os entes que considera valiosos. Tal valoração reflete-se em uma norma, que eleva o ente à categoria de bem jurídico. Desejando dar-lhe tutela penal, o legislador cria um tipo, com base naquela norma. Assim, o legislador vai do bem à norma e dessa ao tipo. Para o intérprete da lei penal o caminho é exatamente inverso. Parte-se da lei (tipo: “matar alguém... pena...”), à norma (não matarás) e por meio dela toma-se ciência do bem jurídico (a vida). O tipo pertence à lei, mas a norma e o bem jurídico não. Esses são conhecidos através daquele e limitam seu alcance, ou seja, estabelecem as balizas acerca do que é proibido pela lei.

Para que uma conduta seja penalmente relevante, além de típica, deve ser antinormativa, ou seja, deve ofender à norma que originou o tipo e que limita seu alcance. Faz-se o juízo de antinormatividade em etapa posterior ao de tipicidade. Segundo (ZAFFARONI, 1996. p.385) “o tipo é criado pelo legislador para tutelar o bem contra as condutas proibidas pela norma de modo que o juiz jamais pode considerar incluídas no tipo aquelas condutas que embora formalmente se adequem à descrição

típica realmente não podem ser consideradas contrárias à norma e nem lesivas ao bem jurídico tutelado”.

Para que o fato seja penalmente típico, deve enquadrar-se no tipo legal e ser antinormativo, ou seja, há de violar a norma e afetar o bem jurídico.

O tipo penal, para os finalistas, possui aspectos objetivos e subjetivos. Vale destacar que todos os tipos requerem congruência entre os aspectos objetivos e subjetivos. Quando o tipo subjetivo contém apenas o querer a realização do objetivo, a congruência é simétrica. Quando há algo mais, a congruência é assimétrica (o tipo é incongruente, para alguns). Segundo Zaffaroni, em tais casos haverá o elemento subjetivo distinto do dolo (dolo específico para causalistas ou elemento subjetivo do injusto para os finalistas). Focando o aspecto subjetivo, as classificações dos tipos são diferenciadas em dolosos e culposos. (1996, p.480-487)

Os tipos dolosos, no seu aspecto externo, consistem na causação do resultado pela conduta. Já o interno, na vontade de causá-lo (dolo direto) ou na assunção do risco de fazê-lo (dolo eventual). O dolo é a vontade realizadora do tipo objetivo gerada pelo conhecimento dos elementos típicos no caso concreto. Dolo sempre requer conhecimento efetivo dos elementos do tipo (normativos, objetivos e negativos). Pressupõe ainda a consciência da antijuridicidade, a previsão do curso causal e da produção do resultado típico. O desvio no curso causal poderá ser relevante ou não. Poderá ainda ocorrer desvio por erro, como se dá na *aberratio ictus*, na *aberratio criminis*, e no *dolus generalis*.

Nos tipos dolosos encontram-se ainda elementos subjetivos distintos do dolo. Para Zaffaroni, estarão presentes no seguintes casos: 1) tipo com tendência interna transcendente, que inclui os de resultado separado(art. 121, V, do CP) e o delito incompleto de dois atos, como a quadrilha(forma-se primeiro para depois cometer outro crime); 2) tipo com tendência interna peculiar, em que há um momento especial de ânimo (o agente se aproveita da situação desvalida da vítima).(1996, p.405)

Nos tipos culposos a conduta não é individualizada pela sua finalidade e sim porque na forma que obtém seu fim viola o dever de cuidado. Para haver o tipo em pauta é necessária previsão expressa (art. 18 do CP). Constitui tipo aberto, pois é essencial recorrer “à norma que indique qual o cuidado devido.” (Ibid. p. 427)

A cada conduta corresponde um dever de cuidado, por isso imprescindível saber de qual conduta se trata. Para tanto, deve-se descobrir qual o fim dela. Tipifica-se a conduta em razão do planejamento de causalidade para obtenção da finalidade proposta. Nos tipos dolosos, ao contrário, a tipificação origina-se em razão da própria finalidade.

Nos crimes culposos, o resultado integra o tipo. Para a tipificação também é indispensável a violação do dever de cuidado, o qual há de ser determinado de acordo com a situação jurídica e social de cada homem, em função do princípio da isonomia. Deve ser rejeitado qualquer falso padrão de comportamento, como o do homem-médio.

Determina-se se houve violação do citado dever através da análise do princípio da confiança. Segundo ele, “desenvolve-se de acordo com o dever de cuidado a conduta daquele que em qualquer atividade compartilhada mantém a confiança em que o outro se comportará conforme ao dever de cuidado, enquanto não tenha razão suficiente para acreditar no contrário”. (ZAFFARONI, 1996. p.473-474)

Para que o tipo se complete, necessário ainda que a violação do dever de cuidado seja determinante do resultado(art. 18, II, do CP).

O tipo subjetivo inclui aspectos volitivos (vontade de praticar a conduta) e o cognoscitivo (a possibilidade de conhecer o perigo que a conduta cria e de prever o resultado de acordo com esse conhecimento). O aspecto cognoscitivo é denominado de previsibilidade. Deve ser aferida conforme a capacidade de cada indivíduo. Ela condiciona o dever de cuidado. Quem não pode prever desconhece qualquer dever de cuidado e não pode violá-lo. Ausente a previsibilidade, inexistirá o delito.

Satisfaz-se a tipicidade culposa com o mero conhecimento potencial do perigo. Se o conhecimento for efetivo, haverá culpa consciente ou com representação. Se potencial, a culpa será inconsciente ou sem representação.

9.3 - Tipicidade conglobante e a abordagem nas lesões desportivas

A Teoria da Tipicidade Conglobante é uma teoria que visa explicar o fato típico para o direito penal, essa teoria basicamente acrescenta alguns elementos ao fato típico. O Fato Típico deixa de ser constituído apenas pela tipicidade formal, ou seja, incidência na conduta prevista pela norma penal incriminadora, ele prescinde da Tipicidade Conglobante. (ZAFFARONI, 1996. p. 385)

A Tipicidade Conglobante é entendida como a junção da Tipicidade Formal somada com a antinormatividade. Para esta teoria, o fato típico é igual ao somatório da tipicidade formal e da tipicidade conglobante. Esta por sua vez, é o somatório da tipicidade material e da antinormatividade. A materialização da tipicidade formal é o que podemos chamar de tipicidade material e por fim, a conduta não exigida ou fomentada pelo Estado, na cadeia do entendimento é o que chamamos de antinormatividade.

Entende-se por Tipicidade Material a materialização do tipo formal, compreendida como a concretização da conduta prevista na norma penal incriminadora que provoca uma lesão ou ameaça de lesão ao bem juridicamente tutelado. Para configurar a Tipicidade Material é necessário que a conduta seja juridicamente relevante, a fim de poder lesionar o bem jurídico, identificando dentro desse elemento do tipo a aplicação direta do princípio da lesividade.

Dessa forma, condutas consideradas irrelevantes ou insignificantes não são capazes de materializar o fato típico afastando a lesividade e, por conseguinte, tornam o fato atípico.

O segundo elemento da Tipicidade Conglobante é a Antinormatividade, conceito absolutamente distinto de antijuridicidade.

A Antijuridicidade ou Ilicitude deve ser entendida como a relação de contrariedade estabelecida entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico. A ilicitude constitui elemento integrante do conceito de crime: tipicidade, ilicitude (antijuridicidade) e culpabilidade (juízo de reprovação).

Em princípio todo fato típico também será ilícito, pois a tipicidade induz à ilicitude, salvo se houver uma causa que exclua essa relação de contrariedade. O Código Penal, no artigo 23, elenca as causas de exclusão da ilicitude, quais sejam, estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito.

Existem outras causas que excluem a ilicitude, que não são encontradas na lei, são as chamadas causas supralegais de exclusão de ilicitude como o consentimento do ofendido e para alguns a inexigibilidade de conduta diversa (grande parte da doutrina a inexigibilidade de conduta diversa como uma causa de exclusão da culpabilidade).

Assim, a tipicidade do fato induz a sua ilicitude, exceto se o sujeito ativo estiver amparado por uma causa que afaste a ilicitude.

Por sua vez, dentro da teoria de Zaffaroni, a Antinormatividade constitui elemento integrante da Tipicidade Conglobante, que por sua vez integra o próprio fato típico.

A antinormatividade traduz uma conduta não fomentada ou não exigida pelo Estado. Existem situações que o Estado exige ou fomenta determinadas condutas, e, quando o agente pratica essas condutas não há que se falar em antinormatividade do fato, ocasionando sua atipicidade, é o que acontece com as práticas desportivas, escudadas pela Lei maior no seu Art. 217.

No caso das lesões no desporto, o Estado fomenta a prática desportiva como direito de cada um, portanto, se o agente obedecer esse comando, cometerá um fato atípico, em razão da ausência da antinormatividade, ainda que sua conduta se enquadre perfeitamente dentro do tipo penal. Seria incoerente o Estado exigir a prática de determinado fato e em outro momento determinar a tipicidade desse fato. (ZAFFARONI, 1988. p. 386)

É o que acontece com um jogador de basquete que no decorrer de uma partida, onde estão observadas as regras inerentes àquela modalidade desportiva, acerta o cotovelo no rosto de seu adversário, vindo este a sofrer afundamento craniano e posteriormente entrando em óbito. Em tese este atleta comete crime de homicídio culposo, mas para a tipicidade conglobante o fato será considerado atípico, pois falta o elemento antinormatividade exigido para caracterizar a tipicidade. O mesmo fato, para a tipicidade formal, será considerado típico, uma vez que preencheu todos os requisitos do tipo penal, mas não será ilícito, pois para a tipicidade formal o estrito cumprimento do dever legal é uma causa de exclusão da antijuridicidade.

Dessa forma, observa-se que a antinormatividade serve como instrumento de integração do ordenamento jurídico, a fim de corrigir distorções provocadas pelos diferentes comandos emitidos pelas normas jurídicas, busca resolver conflitos aparentes da manifestação da vontade do Estado.

O ordenamento constitui um sistema, ou seja, uma totalidade ordenada, o conjunto de elementos entre os quais existe uma ordem. Essa só existirá “se os entes que a constituem não estão somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si”. A coerência que as normas guardam entre si impede que uma proíba o que outras ordenam ou fomentam. Assim sendo, não pode o tipo proibir o que o direito fomenta ou ordena, sob pena de se transformar o sistema

jurídico num caos. Diante dessas premissas, cabe a seguinte pergunta: o exercício regular de direito e o estrito cumprimento do dever legal (art. 23, III, do CP), constituem condutas típicas das quais se afasta a antijuridicidade? A resposta é não. Sequer há tipicidade em tais casos. Se houvesse, seria quebrada a coerência da ordem jurídica, pois tipicidade implica antinormatividade (ofensa à norma) e não se pode admitir que no sistema jurídico uma norma proíba o que outra ordene ou fomente. Assim, o exercício regular de direito e o estrito cumprimento do dever legal consistem, na verdade, em causas excludentes de tipicidade. (ZAFFARONI, 1988. P. 381)

Diante desse quadro, Zaffaroni conclui que “o juízo de tipicidade não é mero juízo de tipicidade legal, mas que exige um outro passo, que é a comprovação da tipicidade conglobante, consistente na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim conglobada na ordem normativa. A tipicidade conglobante é um corretivo da tipicidade legal, posto que pode excluir no âmbito do típico aquelas condutas que aparentemente estão proibidas.” (1996. p. 474)

Tipicidade penal haverá quando presentes a tipicidade legal e a tipicidade conglobante. Assim, a conduta do oficial de justiça que seqüestrar uma obra não pode ser considerada típica, mas coberta por excludente de antijuridicidade, como afirma grande parte dos doutrinadores. Nesse caso, considerando-se que há norma determinando o cumprimento de um dever, sequer haverá tipicidade.

9.4 - Lesão no desporto como caso de atipicidade conglobante

Como acima demonstrado, não há que se considerar típico o que o direito ordena ou fomenta. Zaffaroni trata da questão especial de atipicidade e dentre elas está as lesões no esporte. (1996. p. 388)

O acordo entre os adversários na prática desportiva é uma forma de aquiescência consistente no exercício da disponibilidade que o bem jurídico implica. Somente o titular do bem pode fazer o acordo, o qual não poderá envolver “bens jurídicos indisponíveis”. Na verdade, essa expressão é contraditória. Não existe bem indisponível. O que há são bens cuja disposição é cercada de certas garantias, que impedem o reconhecimento de algumas formas de acordo. Havendo acordo, inexistirá tipicidade, pois o tipo não pode proibir conduta com a qual o titular do bem jurídico concordou. Difere o acordo do

consentimento pelo fato deste consubstanciar causa de justificação que ampara conduta de um terceiro na medida em aja com o consentimento do titular do bem. Ademais, o consentimento pode ser revogado por qualquer forma, enquanto o acordo apenas admite revogação na forma admitida pela lei. (ZAFFARONI, 1996. p. 468)

Nas lesões esportivas a concordância dos participantes do esporte e o favorecimento da prática desportiva eliminam a tipicidade penal sempre que, sem violação dos regulamentos do esporte for causada uma lesão. São formalmente típicas, mas conglobalmente As afetações exigidas pela tipicidade penal precisam ter alguma gravidade. A insignificância da afetação exclui a tipicidade. Deve ser estabelecida através da consideração conglobada da norma. A lesão será examinada à luz da finalidade geral que dá sentido à ordem jurídica e à norma particular: a convivência entre todos. Tal exame indicará as hipóteses de insignificância, as quais são excluídas do âmbito da proteção da norma.

As lesões desportivas são legalmente típicas, mas conglobalmente atípicas, sempre que a conduta tenha ocorrido dentro da prática regulamentar do esporte. Assim sendo, a modalidade desportiva praticada dentro dos limites das regras de cada não o são.

Como já afirmado, o bem não faz parte do tipo, mas o delimita modalidade, mesmo havendo uma lesão ou até mesmo um homicídio, será atípica penalmente tal conduta. O acordo dos participantes e o favorecimento da prática desportiva (fomentada pelo Estado) elimina a tipicidade penal da conduta desportiva. (ZAFFARONI, 1996. P. 471)

As lesões nas práticas dos esportes são legalmente típicas, como as lesões dolosas no boxe ou as lesões culposas na maioria dos outros esportes, porém conglobalmente atípicas, sempre que a conduta esteja dentro da regulamentação de tal prática desportiva. Cabe uma ressalva no caso da prática desportiva do boxe, pois as lesões dolosas são consideradas atípicas, uma vez que o objetivo deste esporte é neutralizar seu oponente por dez segundos para que se obtenha o nocaute e se consagre o vencedor, conseqüentemente poderíamos até mesmo dizer que não existe dolo nas lesões leves, pois a meta do lutador é nocautear o seu oponente. Há que se falar também, que se o boxeador, de forma dolosa, agir em desacordo com o regulamento da competição, a atipicidade conglobante estará perdida e vigorará à partir deste instante a tipicidade penal, o mesmo valerá para as lesões culposas em

outras modalidades, onde não há como objetivo o nocaute do adversário. (Ibid, 1996. p. 472)

10 - ANTIJURIDICIDADE, TIPOS PERMISSIVOS E ELEMENTOS SUBJETIVOS

Antijuridicidade é a contradição entre a conduta e a ordem jurídica, consistente nos preceitos permissivos e na ordem normativa. A conduta que ofender essa última será considerada antinormativa, mas não necessariamente antijurídica, pois poderá estar amparada por uma permissão de qualquer ramo do ordenamento. Daí se conclui que a antijuridicidade não surge do direito penal, mas de todo o sistema jurídico.

No início do século XX, o positivismo sociológico concebeu um conceito material de antijuridicidade, segundo o qual só seria antijurídico o que fosse socialmente danoso. A antijuridicidade material foi criada em oposição à formal, correspondente à mera contrariedade à lei. Zaffaroni critica a concepção material afirmando que “essas pretensões de estruturar o antijurídico a partir de supostas valorações sociais desembocam invariavelmente, em um delito natural que costuma ser construído ao arbítrio do intérprete”. (1996. p.387)

Segundo ZAFFARONI (1996. p.388), a antijuridicidade não pode ter outro fundamento além da lei, “ainda que para sua determinação nos casos concretos, eventualmente, se deva recorrer a valorações sociais. Não cremos que, no plano dogmático, se possa falar de uma antijuridicidade material oposta à formal: a antijuridicidade é una, material porque invariavelmente implica a afirmação de que um bem jurídico foi afetado, forma porque seu fundamento não pode ser encontrado fora da ordem jurídica”.

O antijurídico é antijurídico para cada qual e não depende exclusivamente de dados objetivos. O tipo permissivo seleciona dentre as condutas antinormativas aquelas que serão excluídas da antijuridicidade. Esse tipo, como todos os outros, tem estrutura complexa, com elementos objetivos e subjetivos. Ambos têm de estar presentes para que se configure a permissão. Destaque-se que é absolutamente desnecessário que o agente tenha conhecimento de que está agindo conforme o direito. Por outro lado, é imprescindível a congruência entre o tipo objetivo e o subjetivo. Há de se reconhecer a situação de justificação e o fim requerido no tipo permissivo correspondente. Faltando o tipo subjetivo exigido, inexistirá justificação. Faltando tipo objetivo, haverá erro de tipo.

Há fundamento comum aos tipos permissivos, consistente fim de coexistência entre os homens. Demanda que em certas situações conflitivas sejam concedidos direitos à realização de condutas antinormativas, os quais têm como limite o próprio fim de que emergem (a coexistência).

Existe previsão de tipos permissivos na parte geral do Código Penal (arts. 23 a 35), na parte especial e em todo o resto do ordenamento, como resultado da remissão do art. 23, III ao exercício regular de direito.

A atividade esportiva, ao contrário, é notoriamente estimulada pelo Estado, como forma de propiciar o desenvolvimento físico e emocional do indivíduo e de facilitar-lhe a integração social. (LEI PELÉ, 1998)

Todavia, há esportes de cuja prática podem advir prejuízo à integridade física da pessoa. Não é raro que os atletas tenham lesões graves, nem mesmo impossível que em modalidades esportivas mais violentas ou arriscadas como o boxe, a capoeira, as lutas marciais, a luta livre, a esgrima e o futebol, alguns acidentes cheguem a provocar a morte do aficionado.

A conduta do esportista que, mesmo observando as regras do esporte, lesiona outro competidor deve ser considerada atípica, pela existência de norma legal regulamentando a referida atividade em consonância com o interesse público. Mais do que pelo consentimento tácito de cada um dos competidores, resultante da decisão de participar do jogo com plena consciência de suas regras e riscos¹⁶. Entretanto, não se exclui a possibilidade de punição, em caso de abuso do direito.

Assim, se um pugilista morrer em meio a uma luta, o abuso estará caracterizado. Não concebemos a possibilidade de exercício regular do direito de matar, em conformidade com Bandeira de Mello e contrariando Délio Magalhães. (MAGALHÃES, 1995 e BANDEIRA DE MELLO, apud BRODT, 2005. p. 47)

Não há esporte cujas regras contemplem procedimentos, técnicas ou exercícios que visem a tirar a vida do adversário. Ao contrário, a Lei n. 9.615/98 (Lei Pelé) declara o princípio fundamental do desporto nacional (compreendido como conjunto de práticas esportivas formais e informais) a segurança do atleta (art. 2º, X). (BRODT, 2005. p. 47)

Dessa forma, ocorrendo morte, em regra, haverá que ser punido o autor do fato. A responsabilização criminal será feita a título de dolo ou culpa, conforme seja apurado

no caso concreto. A possibilidade de ficar impune o pugilista que provocou a morte do adversário restringe-se ao reconhecimento de caso fortuito.

Nelson Hungria considera que mesmo quando observada a técnica do esporte, se ocorrerem lesões graves ou mesmo evento letal o agente ficará isento de pena por ausência de culpabilidade (devendo identificar-se um caso fortuito), e não porque o fato deixe de ser objetivamente antijurídico. (BRODT, 2005. p. 47)

Porém, para quem objetiva delimitar os mencionados institutos, é imprescindível posicionar-se em situações que despertam especial polêmica quanto ao reconhecimento de atuação em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular do direito.

Assim, não nos eximiremos de fazê-lo, sempre esforçando-nos por focar a temática sob a perspectiva garantista que a Constituição de 1988 exige de nosso direito penal.

11 - A APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA E DA TIPICIDADE CONGLOBANTE NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

O primeiro precedente de aplicação da teoria da imputação objetiva, no tocante à Jurisprudência brasileira, mesmo que não constando expressamente essa terminologia e seus critérios, foi no Acórdão revolucionário do Ministro Marco Aurélio Mello, do Supremo Tribunal Federal, que considerou a idade da vítima no estupro não como fator decisivo para a caracterização do estupro mediante presunção de violência, mas sim, a idade somada a critérios objetivos de imputação (se o agente conhecia da idade, se a vítima tinha condições, apesar da idade, de consentir validamente com o ato sexual etc). (CAPEZ, 2003. p. 195)

Na época, o Ministro causou a maior polêmica, típica numa sociedade onde existem “homens a frente de sua época”. Muitos setores o criticaram duramente, por vezes, perdendo o bom senso, já que investido de jurisdição tem independência funcional nas suas convicções.

Hoje, após estudos avançados da teoria da imputação objetiva, veremos que o Ministro Marco Aurélio buscou em sua judicatura não a lei como mera interpretação formal, mas a lei no seu sentido material ou axiológico, buscando no caso concreto e não na abstração do legislador, a melhor solução ao litígio. Atitude corajosa e ao mesmo tempo polêmica, comum numa sociedade que tem resistência ao novo ou naquilo que busca o aperfeiçoamento de instituições obsoletas ou que privilegiam a classe dominante no poder e a classe dominada (a maioria da população, entre eles pobres, pretos e prostitutas) na serventia, num processo cíclico da “Pedagogia do Oprimido” de Paulo Freire.

Em termos jurisprudenciais, ainda é tímido o reconhecimento da tipicidade conglobante. Como se pode observar nos acórdãos citados, somente se reconhece a atipicidade conglobante nos casos de falta de tipicidade material, mais precisamente em face do Princípio da Insignificância.

RESP 457679 / RS; 2002/0091098-7 Relator: Min. Felix Fischer. Penal. Recurso Especial. Apropriação indébita de contribuição previdenciária. Princípio da insignificância. Prescrição retroativa

I - O princípio da insignificância como causa de atipicidade conglobante, afetando a tipicidade penal, diz com o ínfimo, o manifestamente irrelevante em sede de ofensa ao bem jurídico protegido. O referencial deve ser calcado em norma que não seja meramente administrativa, ou ainda, interna corporis – e provisória. II - Julgada procedente a ação penal, é de se reconhecer a extinção da punibilidade quando decorrido o prazo prescricional entre a data do julgamento do recurso e o recebimento da exordial, visto que, na instância comum, as decisões foram absolutórias. Recurso provido e julgada extinta a punibilidade pela ocorrência da prescrição retroativa.

RESP 470978 / MG; 2002/0127163-8 Relator: Min. Felix Fischer. Penal e processual penal. Recurso especial. Furto. Princípio da insignificância. Dissídio.

I - No caso de furto, para efeito da aplicação do princípio da insignificância, é imprescindível a distinção entre ínfimo(ninharia) e pequeno valor. Este, ex vi legis, implica eventualmente, em furto privilegiado; aquele, na atipicidade conglobante (dada a mínima gravidade). II - A interpretação deve considerar o bem jurídico tutelado e o tipo de injusto. III - O dissídio pretoriano tem que observar o disposto nos arts. 255 do RISTJ e 541 do CPC (c/c o art. 3º do CPP). Recurso não conhecido.

HC 11542 / DF; 1999/0116943-7 Relator: Min. Felix Fischer. Penal e Processual Penal. Habeas corpus. Homicídio qualificado. Desclassificação do latrocínio. Pronúncia. Roubo descaracterizado.

I - Se, em razão de recurso, é afastada a figura de latrocínio, determinando-se a pronúncia por homicídio qualificado, a residual figura da subtração patrimonial, já agora sem violência ou grave ameaça e sem vínculo causal com o primeiro delito, não pode ser admitida, dada a insignificância da res furtiva (R\$ 1,00). Princípio da bagatela que, pela atipicidade conglobante, afasta a tipicidade penal. II - A questão acerca do excesso de prazo está, agora, superada conforme o teor da Súmula nº 21-STJ. Habeas corpus parcialmente concedido.

A autocolocação sob perigo existe nas circunstâncias em que alguém age de modo a estabelecer uma situação de perigo para si próprio ou se expõe a um perigo já ocorrente.

Deveras, conforme ensina o jurista W. FRISCH em sua obra, "haverá autocolocação sob perigo sempre que a vítima, consciente ou inconsciente, participe, com sua própria conduta, na realização do resultado juridicamente protegido". (W. FRISH, Tipo Penal e Imputación objetiva, Colex, Madrid, 1995).

Essa autocolocação da vítima em perigo pode existir posteriormente a uma conduta do partícipe ou simultaneamente a esta.

Convém ilustrar ainda, que a aludida teoria é bem trabalhada dentro da teoria da imputação objetiva e do princípio da confiança.

A sua importância se mostrou num caso concreto em que o Superior Tribunal de Justiça abordou expressamente a teoria da autocolocação em risco, retirando a responsabilidade atribuída a outrem - no caso, a Comissão de Formatura, já que a própria vítima teria contribuído diretamente no resultado de sua morte. Vejamos o aresto proferido pela aludida Corte de Justiça:

Processual penal. Habeas corpus. Homicídio culposo. Morte por afogamento na piscina.

Comissão de formatura. Inépcia da denúncia. Acusação genérica. Ausência de previsibilidade, de nexos de causalidade e da criação de um risco não permitido. Princípio da confiança. Trancamento da ação penal. Atipicidade da conduta. Ordem concedida.

- I . Afirmar na denúncia que "a vítima foi jogada dentro da piscina por seus colegas, assim como tantos outros que estavam presentes, ocasionando seu óbito" não atende satisfatoriamente aos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, uma vez que, segundo o referido dispositivo legal, "A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas".
- II . Mesmo que se admita certo abrandamento no tocante ao rigor da individualização das condutas, quando se trata de delito de autoria coletiva, não existe respaldo jurisprudencial para uma acusação genérica, que impeça o exercício da ampla defesa, por não demonstrar qual a conduta tida por delituosa, considerando que nenhum dos

membros da referida comissão foi apontado na peça acusatória como sendo pessoa que jogou a vítima na piscina.

- III . Por outro lado, narrando a denúncia que a vítima afogou-se em virtude da ingestão de substâncias psicotrópicas, o que caracteriza uma autocolocação em risco, excludente da responsabilidade criminal, ausente o nexo causal.
- IV. Ainda que se admita a existência de relação de causalidade entre a conduta dos acusados e a morte da vítima, à luz da teoria da imputação objetiva, necessária é a demonstração da criação pelos agentes de uma situação de risco não permitido, não-ocorrente, na hipótese, porquanto é inviável exigir de uma Comissão de Formatura um rigor na fiscalização das substâncias ingeridas por todos os participantes de uma festa.
- V. Associada à teoria da imputação objetiva, sustenta a doutrina que vigora o princípio da confiança, as pessoas se comportarão em conformidade com o direito, o que não ocorreu in casu, pois a vítima veio a afogar-se, segundo a denúncia, em virtude de ter ingerido substâncias psicotrópicas, comportando-se, portanto, de forma contrária aos padrões esperados, afastando, assim, a responsabilidade dos pacientes, diante da inexistência de previsibilidade do resultado, acarretando a atipicidade da conduta.
- VI . Ordem concedida para trancar a ação penal, por atipicidade da conduta, em razão da ausência de previsibilidade, de nexo de causalidade e de criação de um risco não permitido, em relação a todos os denunciados, por força do disposto no art. 580 do Código de Processo Penal. (Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. Habeas Corpus nº 46.525 - MT (2005/0127885-1).

Conclui-se, finalmente, que a autocolocação em risco, se observados os seus requisitos, opera como excludente do nexo causal, e por consequência, da responsabilidade criminal.

No Brasil, como vimos, o precedente marco da aplicação tímida da teoria da imputação objetiva se deu no Acórdão 73.662-9 – Minas Gerais. Ainda não encontramos neste sentido de ressaltar a necessidade da interpretação evolutiva das normas, julgados no âmbito das lesões desportivas aplicando-se o entendimento da imputação objetiva ou da tipicidade conglobante, o nosso ordenamento jurídico-penal trata as condutas danosas como exercício regular de um direito.

12 - POSICIONAMENTO DA DOCTRINA BRASILEIRA NAS LESÕES NO DESPORTO.

A doutrina brasileira posiciona-se na idéia do exercício regular de direito, com fundamento, basicamente, no fato de que as práticas desportivas são atividades fomentadas pelo Estado e, pois, sua prática é direito individual, que só responderá por eventuais excessos, a título de dolo ou culpa. (JESUS, 2008. p. 162)

Seria absurdo que a ordem jurídica, ao tempo em que autorizasse a prática desses esportes, viesse a considerar criminosas as suas conseqüências lesivas, previsíveis. Realmente, se o Estado permite, regulamenta e até estimula a prática de esportes, seria um contrasenso que incriminasse as naturais decorrências dos embates esportivos. "Se o direito, em qualquer dos seus ramos, aprova a prática de determinado ato, é claro que a legislação penal não poderia contrariar a norma permissiva e considerar punível o acontecimento", já que o ordenamento jurídico é uno. (ZAFFARONI, 1996. p. 386)

Exemplificando, Jair Leonardo Lopes preleciona que "justificável pelo exercício regular de direito é a lesão causada por um atleta ao outro na disputa da bola, por isso, por mais grave que possa ser a ofensa por um jogador ao outro, desde que ocorra em jogada regular, durante uma partida de futebol, será justificável pelo exercício regular de direito". O mesmo se diga em relação a outros esportes, sejam aqueles em que a violência é eventual, como o basquete, ou os que têm a violência como atividade necessária, como o boxe, a luta - livre, o judô, etc. (LOPES apud SOUZA, 2001)

Ressalte-se: o direito cujo exercício é permitido não é o de lesar o adversário – salvo nos casos em que o esporte tem como base a violência, caso das lutas corporais em suas várias modalidades – mas o de praticar todas as ações que, dentro dos limites das regras daquele esporte, sejam legítimas e adequadas. Haverá crime quando o agente intencionalmente desobedecer às regras esportivas, causando resultados lesivos. (MIRABETE apud SOUZA, 2001 p.192)

Não há risco proibido (risco desaprovado) em todas as situações inseridas por Zaffaroni na sua teoria da tipicidade conglobante: para esse autor, não há tipicidade quando a conduta é "fomentada" ou "autorizada" ou "determinada" (criação de um dever jurídico de agir) pelo ordenamento jurídico. Se existe uma norma que fomenta

ou determina, ou autoriza uma conduta, o que está fomentado ou determinado ou autorizado por certa norma não pode estar proibido por outra.

Quanto às condutas "fomentadas", como é o caso do desporto, havendo lesões corporais ou homicídio, o fundamento para excluir a tipicidade, portanto, é duplo: podemos nos valer para isso da teoria da tipicidade conglobante de Zaffaroni ou da teoria da desaprovação da conduta. É que as condutas fomentadas criam riscos permitidos e, nesse caso, fica excluída a desaprovação da conduta. Há, entretanto, na teoria de Zaffaroni uma peculiar situação de atipicidade: é o caso do estrito cumprimento de dever legal. A lógica é a seguinte: se existe uma norma que impõe (determina) uma conduta, o que está imposto por uma norma não pode estar proibido por outra.

Para a doutrina tradicional brasileira exclui-se a antijuridicidade e não a tipicidade, isto é, havendo observância irrestrita às regras do esporte, seus autores não respondem por crime, por estarem escudados pela excludente do exercício regular de direito, sendo assim seu exercício não pode caracterizar fato ilícito. O dano, portanto, como consequência da prática desportiva, não foi autorizado pelo Estado, pois não autoriza, matar ou ferir um adversário numa competição. Entretanto, o dano que vier a socorrer normalmente (obedecendo-se as regras) em virtude das práticas desportivas serão condutas absolutamente lícitas ficando seus resultados danosos acobertados pela ausência da antijuridicidade. (JESUS, 2008. p. 159).

Diferente se faz na imputação objetiva, onde as afetações jurídicas no esporte, quando obedecidas as regras, são atípicas. Pois trata-se de risco permitido, aplicando-se o princípio da confiança, esperando cada contendor que os adversários obedeçam as regras do esporte. Em apertada síntese, então, observamos que a doutrina tradicional exclui a antijuridicidade do fato, enquanto que a teoria da imputação objetiva exclui a tipicidade da conduta. (JESUS, 2008. p. 160)

A teoria da imputação objetiva, embora tenha os méritos de ter trazido, para o seio do direito penal, a discussão sobre a relevância da criação dos riscos ao bem jurídico tutelado pelo tipo, não é suficiente pela substituição do conceito da causalidade, também não engloba toda a problemática inerente à parte objetiva da tipicidade. Primeiramente, porque também se vale do nexu causal, da seara objetiva entre conduta e resultado, haja vista, que se assim não fosse, estaria empregando a autêntica responsabilização criminal pela conduta de vida ou a substituição da dogmática jurídica,

uma vez que a relação de causalidade constitui exigência típica, por amparo legal, que não pode assim, ser desconsiderada pelo jurista, por uma teoria sem base na lei, que não está escudada pelos preceitos normativos, o que não parece ser o foco de seus adeptos. (FILHO, 2007. p. 105)

O nexos causal pertence à realidade e é o que serve de base ou substrato para a concretização das propostas jurídicas desta teoria, isto é, sem o juízo de causalidade, a imputação objetiva não tem no que se apoiar. Tanto é assim que seus seguidores mais recentes a tem tomado não como critério para a imputação do resultado, mas como uma teoria para limitar a incidência da proibição ou determinação típica sobre o agente, com base, portanto, na causalidade, com isso nota-se uma contradição, uma vez que a teoria da imputação transforma-se em uma teoria da não imputação.

Segundo (ZAFFARONI, 1999. p. 281), a circunstância de que uma conduta descrita em um tipo e adequada ao mesmo seja ou não efetivamente proibida, é um problema de alcance da norma interpretada integralmente no contexto da ordem normativa (conglobada), e que não se adéqua à tipicidade legal objetiva.

O Direito Penal, dentro de um Estado Social e Democrático de Direito, exerce uma função subsidiária, atuando somente como “ultima ratio”. A própria norma jurídica só é legítima pela configuração social, tendo em vista que sua justificativa ocorre por sua aceitação.

Entretanto, tais considerações são ainda distantes do Direito Penal Brasileiro. Pode-se considerar que este está inserido em um sistema fechado, que tem por base a norma, nos estritos termos da lei, que se traduz como sua única fonte.

Isso se revela claramente por meio de uma jurisprudência de conceitos e não de valores, como a sugerida pelo funcionalismo que tem como ápice as decisões dos tribunais, que servem de soluções prévias, as quais acabam por se distanciar, e mesmo ignorar, os fatos da realidade social.

Não considerar a realidade faz com que o sistema não atinja suas finalidades, tornando-se inútil. Pela impossibilidade de satisfazer as necessidades sociais, não sendo verificadas proveitosas as formas de prevenção do crime, procura-se outro caminho para que se possa responder à crescente e preocupante criminalidade.

Desta forma, oferece-se uma perspectiva intervencionista, agravando-se as sanções penais, bem como reduzindo-se as possibilidades de progressão de pena. Este é

o reflexo da excessiva legislação dos anos 90 do século passado, que muitas vezes colidiu com a sistemática do Código e com preceitos constitucionais, trazendo, porém, como conseqüência, além de tais transgressões, apenas o simbolismo, o que é inadmissível pela evidente e inegável incompatibilidade com os princípios que regem um Estado Democrático de Direito. (CAMARGO, 2001 apud SOUZA, 2006 p. 117)

Para que possa ser inserida uma teoria do porte da imputação objetiva ou da tipicidade conglobante como solução dogmática da responsabilidade penal, é imprescindível que haja uma mudança sistemática, buscando uma atividade valorativa que permita a interação com a realidade social, visando somente aquilo que tem relevância para o direito. Ao analisarmos o Art. 13 do Código Penal Brasileiro, este ganharia nova roupagem, já que a causalidade material não pode culminar no preenchimento do tipo objetivo, sendo exigido um critério normativo para tanto, com a realização do risco criado pelo autor. Somente sob este prisma é que poderá ser discutida a imputação objetiva, para que alcance sua finalidade e produza seus efeitos.

Partindo-se de um sistema jurídico estruturado teleologicamente, estará o mesmo aberto aos novos fatos da vida, tendo em vista que terá como base princípios valorativos, que lhe fornecem soluções adequadas para qualquer caso, inclusive para aqueles desconhecidos ou ignorados anteriormente. Ao longo desta breve exposição, percebemos que a Teoria da Imputação Objetiva é didaticamente inversa aos moldes do posicionamento pátrio, pois, ao invés de se utilizar de um conjunto de enunciados, como normalmente se faz, trabalha de maneira dispersa, difusa, fazendo referência a vários grupos de casos, o que nos causa grande estranheza. (GRECCO, 2005 apud SOUZA, 2006. p.118)

Quando formula-se o tipo lesão corporal dolosa no desporto, não pretende o legislador incriminar todas as condutas humanas que causem danos à integridade corporal do adversário, mas apenas aquelas em que a causa do resultado pelo atleta seja fruto de uma opção de valor negativa, de menosprezo ao bem jurídico tutelado pela norma penal. Nos tipos culposos, como é o caso da grande maioria dos desportos, principalmente os coletivos de contato, como o futebol e o basquete, o que se faz valer não é só a imputação do resultado, mas também ao caráter negativo do tipo de injusto ficará ausente, implicando na atipicidade da conduta. . (FILHO, 2007. p. 107)

Uma conduta ajustada nos limites do risco permitido, pode ser causa determinante e relevante de um resultado, sem que isso, entretanto, acarrete a sua

tipicidade, ou aumento indevido da responsabilidade criminal. A tipicidade não se esgota na questão da imputação objetiva, e esta não pode ser confundida com a imputação da antinormatividade, impedindo o direito penal brasileiro de aderir a esta teoria, embora sejam seus critérios muitas vezes úteis, especialmente para as lesões culposas onde não foram obedecidas as regras da modalidade desportiva, na fixação da culpa. A teoria da imputação objetiva, portanto, não está compatível como o nosso ordenamento jurídico-penal em sua totalidade, por contrariar, normas de direito posto. (FILHO, 2007. p. 108)

Não podemos dizer que a Imputação Objetiva superou o Finalismo, afinal não se trata de uma teoria concluída já que, como vimos, são vários os caminhos buscados por seus seguidores. A Imputação Objetiva, apesar de ainda carecer de maior aperfeiçoamento já nos trouxe uma nova visão do tipo penal.

O Funcionalismo trouxe ao tipo novos elementos para que se possa afirmar, com maior precisão, a imputação de um resultado ao autor de determinada conduta. Graças a algumas idéias desenvolvidas por seus adeptos já não somos tão dependentes das teorias do nexos de causalidade, que não nos traziam soluções plausíveis para os problemas de imputação. Pelo contrário, vislumbrou-se inclusive a possibilidade de aplicação dessa moderna teoria em nosso ordenamento jurídico sem alteração no texto do controverso art. 13 de nosso Código Penal. Como? Ora, na visão dos dois juristas alemães que foram apresentadas, percebeu-se claramente que o nexos causal não passa de um pressuposto da imputação objetiva.

Com efeito, analisando as lesões no esporte como exercício regular de direito, estas devem excluir a tipicidade da conduta e não a ilicitude. Esse entendimento é alicerçado nas teorias de Zaffaroni e Roxin conforme já visto neste trabalho.

A chamada teoria da tipicidade conglobante, preconiza que o exercício regular de direito exclui a tipicidade e não a antijuridicidade. Para os defensores dessa teoria, quando uma conduta for permitida por qualquer ramo do direito, globalmente considerado, ela é atípica. Um comportamento autorizado (como lutar boxe, por exemplo) não pode ser, ao mesmo tempo, legal e típico (previsto em norma penal incriminadora, descrito como criminoso). A contradição é manifesta. E a conclusão não pode ser outra: são atípicos (indiferentes penais) os fatos praticados em exercício regular de direito. (ZAFFARONI, 1996. p. 389)

Não devem ensejar sequer a instauração de inquérito policial. Aliás, deve ser ressaltado que as conseqüências desta necessária mudança de concepção não são meramente acadêmicas. Um fato típico pode e deve ser investigado em inquérito policial, bem como a denúncia deve ser oferecida, se houver elementos suficientes para tanto, ou seja, o fato típico em princípio é também antijurídico (gera presunção relativa) salvo se presente alguma das justificantes constantes do art. 23 (caráter indiciário da antijuridicidade).

Com a propositura da ação penal, a verificação da presença ou não da excludente da ilicitude pode ser postergada para a sentença, pois nem sempre o procedimento inquisitivo fornece elementos seguros para a promoção de arquivamento. No entanto, sendo o fato inequivocamente atípico, a autoridade policial dificilmente instaurará inquérito policial, e ainda que o faça e o Ministério Público ofereça denúncia ou o ofendido ingresse com a queixa-crime, ambas seriam rejeitadas com fundamento no art. 43, inciso I, do Código de Processo Penal (fato atípico). Reside aí a importância de ser suprimido o inciso III do art. 23 do Código Penal.

A prática forense revela que muitos inquéritos policiais são instaurados para a apuração de fatos praticados em exercício regular de direito e que posteriormente ganham o mesmo destino: o arquivo. Adotada a teoria da tipicidade conglobante, qualquer conduta ou diligência realizada nos estritos termos da lei passariam a ser indiferentes penais, exatamente como um homem que utiliza gravatas roxas (comportamento irrelevante para o Código Penal). Em suma, não haveria sequer possibilidade de subsumir a conduta a uma norma jurídica.

Se fosse adotado pelo nosso ordenamento jurídico o benefício gerado pela exclusão da tipicidade e não da ilicitude, deveríamos apresentar duas situações distintas: A primeira delas seria a caracterização do exercício regular de direito como forma inequívoca, ou seja, a atipicidade é nítida, resultante de condutas absolutamente legais e que não causam o menor resquício de dúvida a respeito da legalidade do comportamento ou do ato praticado, o inquérito policial não deve ser instaurado, pois o fato é irrelevante para o Direito. Nesta primeira hipótese evitar-se-ia o uso desnecessário da máquina judiciária.

Por outro lado, a outra situação será da conduta praticada, se esta geraria dúvida quanto à legalidade ou quanto aos seus limites (abuso ou excesso). Nesse caso, não terá outra opção a autoridade policial a não ser instaurar inquérito policial e remetê-lo ao

Ministério Público. Enfim, mesmo que a cautela prevaleça, a exclusão da tipicidade possibilita um preliminar e acurado exame acerca da existência do crime, homenageando os ditames constitucionais da legalidade. Não é crível aceitar a premissa de que um fato é típico sem antes confrontá-lo com os princípios constitucionais e com o próprio Código Penal. Por isso, antes de uma precipitada conclusão de considerá-lo típico para posteriormente aceitá-lo como sendo lícito, é mister que se verifique se o fato possui conteúdo de crime, não bastando a mera subsunção formal. Não podemos aceitar a errônea premissa de que fatos autorizados pelo ordenamento sejam típicos. Também devemos ter em mente que o operador do Direito não é um cego adaptador de comportamentos a tipos penais, sem antes analisar se a conduta é autorizada, aceita ou protegida. E essa análise preliminar realiza-se na tipicidade do comportamento e não na antijuridicidade.

A imputação objetiva, em apertada síntese, elenca como postulado preponderante que se um risco é permitido pelo Estado, ou seja, socialmente aceito e padronizado, não poderá ser típico. A partir do momento em que a sociedade tolera os riscos e os vê como justos e necessários, a conduta praticada sob as duas justificantes que estamos tratando não constitui crime ou contravenção penal.

Se o Estado aceita os riscos que envolvem a prática desportiva, como a do boxe, por exemplo, não deve o comportamento do pugilista que age dentro das regras do esporte ter a ilicitude afastada, bem como não deve também subsumir-se ao art. 129 ou ao art. 121, § 3º (homicídio culposo), conforme o caso. Motivo: essas condutas são atípicas (não são criminosas ou contravençionais). Volta-se novamente ao ponto inicial da discussão do nosso trabalho: Afinal, como poderia o Estado aceitar os riscos de determinadas ações e ao mesmo tempo descrevê-las como criminosas?

Desta forma, seja por meio da teoria da tipicidade conglobante, seja por meio da teoria da imputação objetiva, o Direito Penal tende a caminhar no sentido da supressão do exercício regular de direito e do estrito cumprimento de dever legal do rol do art. 23 do Código Penal. O moderno Direito Penal tende a enriquecer a análise da tipicidade e a empobrecer a antijuridicidade. Se a mera subsunção formal é insuficiente por si só para caracterizar uma conduta como criminosa, exigindo-se também que tenha conteúdo material de crime, todo o exame dessas exigências, ditadas não apenas pelo Direito Penal, mas pelo Direito Penal Constitucional devem passar pela tipicidade antes de adentrar na antijuridicidade. Se os fatos forem irrelevantes para o Direito Penal, como o

são as condutas respaldadas por lei (tipicidade conglobante) ou socialmente padronizadas (imputação objetiva) aqueles serão atípicos diante da circunstância.

13 - CONCLUSÃO

A conduta criadora de risco proibido no desporto é aquela que afronta os princípios constitucionais do direito penal, isto é, a tipicidade pressupõe um conteúdo material, sem o qual ofensa à dignidade da pessoa humana. (CAPEZ, 2003. P. 170)

As lesões desportivas somente são irrelevantes penais quando praticadas em esportes padronizados, ou seja, aceitos pela sociedade como práticas ditas normais e adequadas. Além disso, necessário se faz que o participante da modalidade em questão consinta validamente em praticá-la, consentimento este que abarcará a situação de risco normal da modalidade.

Como vimos na tipicidade conglobante, o Estado não poderia descrever como ofensivo uma conduta que Ele próprio, estado, estimula o cidadão a praticar e cujos riscos são admitidos como normais e necessários dentro do processo de desenvolvimento e interação social. Percebe-se de modo geral que as atividades desportivas fazem parte da bagagem cultural dos povos modernos e são reconhecidas pelo Estado, de forma que as lesões e danos delas decorrentes não violam as normas de cultura, mesmo porque uma conduta adequada não pode ser simultaneamente descrita em lei como lesiva.

Nas lesões no esporte analisando os critérios determinantes da tipicidade conglobante de Zaffaroni, em suma, são relevantes para o juízo de aprovação ou desaprovação da conduta. O que está fomentado ou determinado por uma norma não pode ser proibido por outra, portanto, não constitui fato típico.

A Criação ou incremento de riscos proibidos no estudo da imputação objetiva da conduta nos conduz a verificar (em cada caso concreto) se ela criou, ou incrementou um risco proibido relevante. Se a conduta, apesar de típica formalmente, era permitida, não iremos, portanto, falar em criação de risco proibido.

Dentre as condutas permitidas enquadram-se as lesões esportivas, pois não geram risco proibido. Logo, é atípica porque agora, só será típica a conduta que, além de ser adequada à letra da lei, cria ou incrementa um risco proibido.

Uma série de questões que antes de Roxin eram examinadas no âmbito da antijuridicidade, como é o caso das lesões no esporte, passaram a compor o âmbito da tipicidade penal. Em termos práticos isso é muito positivo porque o juiz deve, no momento de receber uma denúncia, fazer a análise da questão da tipicidade. Mesmo depois do recebimento da denúncia, essa matéria pode ser discutida em habeas corpus. Note-se o enriquecimento do fato típico em Direito penal é algo muito positivo. Apesar da crítica do exato enquadramento da teoria da criação ou incremento de riscos proibidos, ou seja, se esta pertence à imputação objetiva ou se seria um juízo autônomo de desaprovação, mas já não se pode negar o seu valor para o moderno Direito penal.

Assim, pode-se perceber que para a teoria da tipicidade conglobante o estrito cumprimento do dever legal passa a integrar a tipicidade, constituindo uma causa de exclusão de antinormatividade. Enquanto na tipicidade formal o estrito cumprimento do dever legal constitui uma causa de exclusão da ilicitude (antijuridicidade).

Ademais, o fato de ser até pouco tempo desconhecida para nós, faz com que as dificuldades aumentem. Exatamente por isso, o uso de tal teoria merece muita cautela. Os critérios em que se baseia não são infalíveis que solucionarão qualquer caso. É imprescindível que haja uma fundamentação adequada que motive as decisões que dela se valerem, e não simplesmente invocá-la de modo irracional. (GRECO, 2002 apud SOUZA, 2006).

A prática desportiva está de acordo com o nosso ordenamento jurídico e tem o reconhecimento do Estado, pela aprovação de Leis, portarias e decretos expedidos pelo Poder Público. Temos que analisar obviamente que o Estado não defenderá a violência desportiva, todavia na medida em que o Estado entende que o desporto é imprescindível para aperfeiçoamento social e cultural da sociedade, os riscos maiores, menores, eventuais ou claros de lesões são plenamente justificáveis.

Não se poderia falar em praticar boxe sem dar socos, em se jogar futebol sem ter contato corporal com o adversário, pois tais condutas são consideradas nocivas e que suas possíveis conseqüências estão elencadas em tipos penais como crimes. (CAPEZ, 2003 p. 191).

O tipo subjetivo mantém a estrutura criada pelo pensamento Finalista ainda que não lhe seja dada tamanha importância. As críticas à Imputação Objetiva por

vezes são válidas, outras não tem fundamento algum. De qualquer forma, a discussão acerca do tema em âmbito nacional pode levar renomados doutrinadores, estudantes de direito e juristas à construção de um sistema que se adapte perfeitamente em nosso ordenamento jurídico ao invés de apenas repetirmos a dogmática penal alemã.

O exercício regular do direito não pode permanecer como causa de exclusão da ilicitude nas lesões no desporto, uma vez que haveria uma grande contradição, pois o Estado reconhece o esporte como patrimônio cultural, estimula e permite a sua prática e recepciona seus riscos como normais, sendo assim, não se pode falar em que os resultados da prática dos esportes, constituem eventos capazes de colocar em perigo a sociedade e, por isso, considerados como infrações penais.

Finalizamos referindo-se à presença ou não da imputação objetiva, onde teremos ou não a tipicidade do fato, não havendo tipicidade, diríamos que a análise justificadora do exercício regular do direito não se fará relevante, também é importante o último esclarecimento na violência desportiva no tocante à causa de exclusão da ilicitude, isto é, sendo o esporte praticado dentro das regras que o regem, a conduta danosa será atípica, não podendo, portanto, ser causa de exclusão de ilicitude, pois antes disso este fato já se tornou atípico.

O modesto raciocínio desenvolvido para que se possa enquadrar uma situação em um grupo de casos é muito complexa, assim, o exercício regular de um direito, nas práticas desportivas, torna a conduta socialmente padronizada, excluindo o risco proibido e repelindo a tipicidade. Exige-se que o caso concreto seja conhecido a fundo, em seus mínimos detalhes, a fim de que não se cometam equívocos.

Com a devida venia, me arrisco discordar do tratamento dado às lesões desportivas por Zaffaroni. Não acho, ao contrário do que ele afirma, que a ordem jurídica ordene ou fomenta esportes como o boxe, por exemplo. Entendo que tais esportes são tolerados pela ordem jurídica e devem, assim, ser tratados como usualmente o fazem a doutrina e jurisprudência.

Em suma, as atividades em que a ordem jurídica ordena ou fomenta são resolvidas no âmbito da atipicidade conglobante. Já as condutas permitidas ou simplesmente toleradas são causas de exclusão da ilicitude. Nos casos de atividades perigosas, por exemplo, devem ser distinguidas as atividades fomentadas e as permitidas. A prática do desporto, que é fomentada pela ordem normativa e

regulamentada, não pode ser considerada da mesma forma que outras atividades, como, por exemplo, a instalação de uma fábrica de explosivos, que o direito apenas permite.

Pelo exposto e em pequena conclusão, o que deve ser afastado, quer dentro das quatro linhas, quer dentro das cordas, é a criação ou incremento de um risco fora das regras desportivas e da confiança dos atletas, isto é, somente deve ser responsabilizado por eventuais lesões ou mortes àqueles que não se portam dentro do papel social que deles se espera.

É inadmissível a existência do delito sem a presença de um resultado jurídico, isto é, se faz necessária a correspondência com o risco proibido criado pelo agente. Esta visão garantista é mais voltada para um direito penal com compromisso ético com a coletividade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, M.C. **As Lesões Corporais e a Morte no Desporto**, in: Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003.

ARAÚJO, L. A. D; NUNES JUNIOR, V.S. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRODT, L. A. S. **Entre o dever e o direito**. Juris, Rio Grande, 11: 299-313, 2005, p.44-55.

CAMARGO. A. L. C. **Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Cultura Paulista, 2001.

CAPEZ, F. **Consentimento do ofendido e violência desportiva**. São Paulo: Saraiva, 2003.

CERQUEIRA, T. T. **Imputação Objetiva, in: Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Ed. Síntese, Ano n.º 5, n.º 29, dez-jan, 2005.

CIRINO DOS SANTOS, J. **A Moderna Teoria do Fato Punível**. Curitiba-Rio: ICPC/Lumen Juris, 2005, p. 12.

DE BEM, L. S. **As Relações Conexas entre o Direito Penal e o Desporto**, 2006. Disponível em <<http://iidd.com.br>>. Acesso em 6 abr. 2008.

FILHO, A. M. **Direito Desportivo Atual**. Ed. Forense, 1986, p. 02

FILHO, A. M.. **Desporto na Nova Constituição**. Porto Alegre, 1990, p. 31-32.

FILHO, F. C. T. **Manual de Processo Penal**. Ed. Saraiva, 2005.

Franco, A. S. **Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FRAGOSO, H. C. **Lições de direito penal. A nova parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

GOMES, L. F. **Teoria Constitucionalista do Delito**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Tipicidade material e criação de riscos proibidos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1069, 5 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8471>>. Acesso em 15 Ago. 2008.

_____. **Tipicidade material e conglobante de Zaffaroni**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1048, 15 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8450>>. Acesso em 18 jun. 2008.

_____. **Normas Justificantes e Permissivas**. Disponível em: <http://www.lfg.blog.br>. 22 jan. 2007. Acesso em 13 jun. 2008.

GRECO, L. **Introdução à dogmática funcionalista do delito**. Revista Jurídica, Porto Alegre, Jul. 2.000, p. 39.

_____. **Introdução à dogmática funcionalista do delito**. Rio de Janeiro: Revista Jurídica n.º 272, Jan/ jun, 2000.

_____. **Um panorama da Teoria da Imputação Objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

HONIG, apud SOUZA, V. P. **Imputação Objetiva na obra de Claus Roxin e sua aplicação no direito penal brasileiro**. 2006. 114 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

JESUS, D. **Violência esportiva e imputação objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Direito Penal (Parte Geral)**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999.

MOTA, I. M. **Estrito Cumprimento do Dever Legal e Exercício Regular de Direito - Dupla Natureza Jurídica e Repercussões Processuais Penais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000

NORONHA, E. M. **Direito Penal**, São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003

_____. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1983, 4.v. p. 40.

QUEDAS, T. V. M. **O exercício regular de direito e o estrito cumprimento de dever legal sob a ótica das teorias da tipicidade conglobante e imputação objetiva**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1557, 6 out. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10504>>. Acesso em 15 nov. 2008.

ROXIN, C. **Derecho Penal. Parte General**. Madrid: Ed. Civitas, 2003.

_____. **A culpabilidade e sua exclusão no Direito Penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revistas dos Tribunais, nº 46, 2004.

_____. **Funcionalismo e Imputação Objetiva do Direito Penal**. Trad. e Introdução Luís Greco. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Teoria del Tipo Penal**. Buenos Aires: Dipalma, 1979.

ROCHA, F. A. N. G. **Imputação Objetiva**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

SCHIMITT, P. **Curso de Justiça Desportiva**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SOUZA, V. P. **Imputação Objetiva na obra de Claus Roxin e sua aplicação no direito penal brasileiro**. 2006. 114 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

SOUZA, G. S. A. **O tratamento das intervenções médico-cirúrgicas e das lesões esportivas na doutrina penal brasileira**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2261>>. Acesso em: 24 mai. 2008.

TAVARES, J. **Teorias do Delito (Variações e Tendências)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

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

TOLEDO, F. A. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Ilicitude penal e causas de sua exclusão**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

ZAFFARONI, E. R. **Manual de Derecho Penal**. Parte General, Ed. Ediar. Buenos Aires, 1996.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de Direito Penal Brasileiro (Parte Geral)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.