

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

THIAGO ALLISSON CARDOSO DE JESUS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

Thiago Allisson Cardoso De Jesus – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-085-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

A pandemia do novo coronavírus exigiu de todos nós, neste ano de 2020, adaptação. Com o CONPEDI, não foi diferente. Precisamos nos reinventar e transformar o contato físico em virtual. O Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito entrará para a história como o primeiro evento a reunir, em ambiente eletrônico, pesquisadores da pós-graduação jurídica de todo o Brasil em suas muitas salas virtuais, nas quais temas de altíssima relevância foram amplamente debatidos.

Nesse sentido, temos a honra de apresentar, aqui, aquelas pesquisas que foram apresentadas no âmbito do Grupo de Trabalho “Direito Penal, Processo Penal e Constituição II”, na tarde do dia 29 de junho de 2020.

O artigo de Marcello Doria Costa e Carlos Alberto Menezes, intitulado “A NECESSIDADE DE REFORMA CONSTITUCIONAL DOS PRECEITOS APLICÁVEIS AOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA” aborda os crimes contra a ordem tributária e as disposições específicas relacionadas ao Direito Tributário na Constituição do Brasil de 1988, atendo-se ao atual modelo neoconstitucionalista.

José Antonio Remedio, Davi Pereira Remedio e Wagner Rogério De Almeida Marchi abordam a efetivação do direito à saúde na esfera dos presídios brasileiros no artigo “O DIREITO À SAÚDE DOS DETENTOS NO ÂMBITO DOS PRESÍDIOS DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO”.

Por sua vez, o artigo “O MÉTODO APAC DIANTE DO PRINCÍPIO DA HUMANIDADE”, de autoria de Matheus de Araújo Alves e Jorge Heleno Costa, analisa o surgimento das APACs como uma alternativa ao sistema prisional convencional, focado na pessoa humana e pautado em direitos fundamentais.

O artigo de Airto Chaves Junior – “PROTEÇÃO PENAL DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL: DUAS CRÍTICAS” – salienta que a Saúde Pública é um bem aparentemente falso para figurar como objeto de tutela penal e que há desproporcionalidade na resposta do Estado para esses delitos, cominando-se penas diferentes para fatos semelhantes e penas mais rigorosas para fatos de menor (ou nenhuma) danosidade social.

Por seu turno, sob o título “VERDADES IMPROVÁVEIS: DISTORÇÕES DA IMPUTAÇÃO PENAL NOS HOMICÍDIO PELA POLÍCIA EM SERVIÇO”, Diogo José da Silva Flora destaca que os procedimentos judiciais inaugurados pela comunicação do crime de homicídio decorrente de intervenção policial, popularmente denominados autos de resistência, demonstram um tipo de imputação peculiar, particularmente frágil e sem mecanismos de controle de erros judiciais, a que se atribui uma distribuição de responsabilidades criminais incompatíveis com os fatos apuráveis.

No artigo “UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O PROJETO DE LEI “ANTICRIME”: É POSSÍVEL RESSIGNIFICAR UMA MUDANÇA NA FORMA DE CONCEBER O CRIME E AS RESPOSTAS A ELE?”, Cristian Kiefer Da Silva apresenta reflexões críticas sobre o projeto de lei “anticrime”, destacando, primordialmente, que diante do populismo penal, de uma lei “ultrapunitivista” e de um pacote de profilaxias, a proposta ostenta um endurecimento da legislação penal e a diminuição das garantias processuais dos réus.

Em suas “NOTAS ACERCA DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA”, Rodrigo Lima e Silva e Victor Américo Alves de Freitas empreendem uma análise crítica da colaboração premiada e dos institutos que gravitam em seu entorno, de forma a permitir uma melhor compreensão do tema, não só a partir do ordenamento jurídico brasileiro, mas também do contexto estadunidense e alemão.

Ana Lúcia Tavares Ferreira, no artigo “INDULTO PRESIDENCIAL E SUPERPOPULAÇÃO CARCERÁRIA: LIMITES E POSSIBILIDADES DA ATRIBUIÇÃO DE GRAÇA” aborda o uso da graça coletiva como instrumento governamental de política criminal para a redução da população carcerária em situações de superpopulação prisional.

No texto intitulado “PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA FRENTE A TEORIA DA RACIONALIDADE PENAL MODERNA, ANÁLISE DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 43”, Witan Silva Barros e Mellina Lopes Corrêa Gueiros abordam o princípio de presunção de inocência, a partir do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43 perante o Supremo Tribunal Federal, o qual assentou a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal.

Rafael Silva de Almeida, no artigo “PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E VERACIDADE NO PROCESSO PENAL: A SÚMULA 70 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO”, salienta que a Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro admite a condenação no processo penal quando a prova oral produzida seja exclusivamente composta pelo depoimento de agentes policiais, propondo uma abordagem

alternativa do valor da prova oral policial sem preconceções que permita avaliar sua credibilidade nos casos concretos.

Em “OLHOS QUE CONDENAM: PRECONCEITO RACIAL, SELETIVIDADE PUNITIVA E RELEVÂNCIA DO ESTADO DE INOCÊNCIA”, Eduardo Puhl e Matheus Felipe De Castro, a partir da repercussão da minissérie “Olhos que condenam”, analisam como o preconceito racial influencia a seletividade punitiva.

O artigo “O TRÂNSITO EM JULGADO DAS AÇÕES PENAIS: SOBRE PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, EXECUÇÃO (PROVISÓRIA) DA PENA E OS SEUS REFLEXOS NO ENCARCERAMENTO EM MASSA BRASILEIRO”, de Caroline Previato Souza e Gustavo Noronha de Avila, com base na Presunção de Inocência, avalia as consequências de sua inaplicabilidade e como seus reflexos contribuem para o número crescente de presos provisórios e para o aumento do encarceramento em massa no Brasil.

Por sua vez, o artigo de Cláudia da Rocha e Elve Miguel Cenci – “O PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM E A IMPOSSIBILIDADE DE SOBREPOSIÇÃO DE SANÇÕES PENAL E ADMINISTRATIVA EM CRIMES TRIBUTÁRIOS” - avalia as implicações da concepção de independência de instâncias no que se refere à possibilidade de cumulação de sanções administrativas e penais para o mesmo fato, sob a perspectiva do princípio do ne bis in idem, a fim de demonstrar que, no campo dos crimes tributários, há uma administrativização do Direito Penal, que deixa de ser aplicado como ultima ratio e passa a assumir a função de braço de apoio da Administração.

“O ARTIGO 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COMO MECANISMO DE CONSAGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA”, de autoria de Bruno Dadalto Bellini e Sergio De Oliveira Medici, discute o tema da Justiça Penal Consensual, a qual, no entender dos autores, propicia o restabelecimento da pacificação social, fomentando um maior índice de cumprimento da pena.

No artigo intitulado “DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA NOS CASOS DE DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA: A SEGREGAÇÃO COMO MEIO DE COMBATE A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER”, Mell Mota Cardoso Conte e Murilo Justino Barcelos discutem a necessidade da segregação nos casos de descumprimento de Medidas Protetivas no âmbito da Violência Doméstica contra a mulher.

Roger Lopes da Silva avalia a viabilidade da aplicação do acordo de não persecução penal estabelecido no artigo 28-A do Código de Processo Penal nos crimes de organização criminosa no âmbito do artigo intitulado “O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A VIABILIDADE DE APLICAÇÃO NO CRIME DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA”.

Ythalo Frota Loureiro, por sua vez, aborda a adoção, pela legislação brasileira, do “Modelo de Protocolo Latino-Americano de Investigação das Mortes Violentas de Mulheres por Razões de Gênero (femicídio/feminicídio)” no artigo “FEMINICÍDIO E SEUS PROTOCOLOS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL”

O texto “LEI Nº 13.968/19: REFLEXÕES ACERCA DO CRIME DE INDUZIMENTO, INSTIGAÇÃO OU AUXÍLIO AO SUICÍDIO OU À AUTOMUTILAÇÃO”, de Thiago Gomes Viana, analisa as profundas alterações promovidas pela Lei nº 13.968/19 no art. 122, do Código Penal brasileiro, explorando os conceitos relativos ao suicídio e à automutilação, bem como os dados empíricos de sua ocorrência.

O texto “DO POSITIVISMO À SOCIOLOGIA DO BEM JURÍDICO PENAL: UMA ATUALIZAÇÃO CENTRADA NA CONSTRUÇÃO DA ORDEM PÚBLICA FUNDADA EM UMA DIMENSÃO CIDADÃ ATIVA”, de Claudio Alberto Gabriel Guimaraes e Davi Uruçu Rego, propõe uma melhor configuração teórica do que seja um bem jurídico penal que, em razão de tal qualidade, seja merecedor de proteção através do sistema formal de controle social e, por via de consequência, pelo Direito Penal.

Carlos Henrique Meneghel De Almeida e Daniel Ferreira De Melo Belchior, no artigo intitulado “QUESTÃO DE PROVA: O DIREITO PROBATÓRIO NAS AÇÕES DE HABEAS CORPUS E MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL NO PROCESSO PENAL”, analisam como se comporta o direito probatório nas ações autônomas de impugnação de habeas corpus e de mandado de segurança contra ato judicial no processo penal.

O artigo “ATIVISMO JUDICIAL E A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE DO CASO ADO 26 E MI 4733”, de Amanda Greff Escobar e Willde Pereira Sobral, debruça-se sobre a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e no Mandado de Injunção nº 4733, sobre a criminalização da homofobia no Brasil, avaliando a expansão da atuação judicial frente às disposições da Constituição Federal de 1988 e confrontando a decisão judicial e o princípio constitucional da legalidade estrita (reserva legal), de observância obrigatória na criminalização de condutas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

“AS TEORIAS DA PENA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA RESPOSTA SEGUNDO AS CONJECTURAS DO DIREITO PENALLIBERTÁRIO”, escrito por Marcos Paulo Andrade Bianchini e Felipe de Almeida Campos, analisa qual teoria das finalidades da pena é mais consentânea com o paradigma do Estado Democrático de Direito segundo a ótica do Direito Penal Libertário.

Carlos Eduardo Barreiros Rebelo e Luciana Silva Ramalho, em “CONSIDERAÇÕES SOBRE O INSTITUTO DA DETRAÇÃO E AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO”, discutem o cabimento ou não do instituto da detração penal nos casos de condenações finais a penas restritivas de direitos de réus que permaneceram todo o processo ou até mesmo parte dele em liberdade, porém cumprindo cautelares alternativas.

“A EXCLUSÃO DA ILICITUDE E OS LIMITES DA DISPOSIÇÃO DO DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA NA ATIVIDADE DE DESPORTO”, de autoria de Lya Maria de Loiola Melo, Lia Mara Silva Alves e Francisco Clayton Brito Junior, questiona os limites da renúncia à integridade física no contexto desportivo.

Dani Rudnicki e Ana Carolina da Luz Proença realizam uma reflexão sobre a sexualidade e a importância da visita íntima no sistema prisional, discorrendo sobre a relação entre as mulheres visitantes, seus companheiros e a instituição prisional, no artigo “A SEXUALIDADE NO SISTEMA PRISIONAL: VISITA ÍNTIMA NO PRESÍDIO CENTRAL DE PORTO ALEGRE”.

Por fim, no artigo “A POSSIBILIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA NO BRASIL” Marcello Doria Costa e Carlos Alberto Menezes refletem sobre como a Justiça Restaurativa pode ser aplicada no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente na persecução penal de crimes contra a ordem tributária, estabelecendo-se critérios e procedimentos específicos.

O(a) leitor(a), por certo, perceberá que os textos, além de ecléticos, são críticos quanto à realidade do sistema penal, o que reflete o compromisso dos(as) autores(as) na busca pelo aperfeiçoamento do direito material e processual penal em prol da melhor e maior adequação ao texto constitucional e às demandas da contemporaneidade, dentro de um modelo integrado de Ciências Criminais.

Tenham todos(as) ótima leitura, é o que desejam os organizadores!

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – ESDHC

Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – UNIJUÍ/UNISINOS

Prof. Dr. Thiago Allisson Cardoso De Jesus – CEUMA/UEMA

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição II apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A EXCLUSÃO DA ILICITUDE E OS LIMITES DA DISPOSIÇÃO DO DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA NA ATIVIDADE DE DESPORTO

THE EXCLUSION OF ILLICITUDE AND THE LIMITS OF THE PROVISION OF THE RIGHT TO PHYSICAL INTEGRITY IN SPORT ACTIVITY

Lya Maria de Loiola Melo ¹

Lia Mara Silva Alves ²

Francisco Clayton Brito Junior ³

Resumo

O instituto do consentimento da vítima não foi recepcionado no Código Penal Brasileiro como uma das causas de exclusão da ilicitude, mas tem sido objeto de várias decisões jurisprudenciais. O artigo tem objetivo de questionar os limites da renúncia à integridade física no contexto desportivo. Para entendermos melhor a aplicação deste, é importante o estudo da criminologia, mais especificamente da vitimologia, a fim de analisar minuciosamente a atuação do ofendido no contexto do crime particularmente nas relações de desporto. Nesse contexto realizamos uma pesquisa bibliográfica e pura em razão de ampliar os conhecimentos, proporcionando uma nova posição acerca do assunto.

Palavras-chave: Ilicitude, Consentimento, Ofendido, Crime, Vitimologia, Desporto

Abstract/Resumen/Résumé

The victim's consent institute was not accepted in the Brazilian Penal Code as one of the causes of exclusion of illegality, but it has been the subject of several jurisprudential decisions. The article aims to question the limits of renouncing physical integrity in the sports context. To better understand the application of this, it's important to study criminology, more specifically victimology, in order to thoroughly analyze the offender's performance in the context of crime, particularly in sport relations. In this context, we conducted a bibliographic and pure research in order to expand knowledge, providing a new position on the subject.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Illegality, Consent, Offended, Crime, Victimology, Sport

¹ Mestranda em Direito pelo Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS)

² Mestranda em Direito pelo Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS)

³ Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS)

INTRODUÇÃO

O presente estudo mostra como os esportes que envolvem luta corporal vem tomando uma proporção grande em nossa sociedade, mas até onde tais práticas trazem malefício e benefícios, tal questionamento nos faz pensar nas causas de exclusão da ilicitude que se apresentam em dois grupos. O primeiro grupo é das causas legais, e são assim chamadas porque estão na lei previstas. O segundo grupo refere-se às causas supralegais, e são assim denominadas por estarem acima das leis ordinárias e abaixo da Constituição. Existem mais de uma, mas será abordado, especificamente, o consentimento do ofendido, ou seja, da vítima, no contexto do desporto.

O Código Penal, em seu artigo 23, apresenta as causas legais de exclusão de ilicitude, ou seja, quando não há crime. São elas: estado de necessidade, legítima defesa e estrito cumprimento do dever legal ou o exercício regular de direito. Todavia, mostraremos uma causa de exclusão da ilicitude da conduta que não se encontra no texto legal, ou seja, é supralegal. Trata-se do consentimento do ofendido. Na relação de desporto, em atividades mais violentas, o ofendido renuncia à proteção de sua integridade física. Diante de tal situação, pergunta-se: qual o limite de tal renúncia? O indivíduo pode dispor de um direito fundamental consagrado na Constituição Federal?

O consentimento da vítima em sua forma isolada não é suficiente para que a ilicitude da conduta seja excluída. Nestes casos, alguns requisitos também devem ser preenchidos de forma cumulativa para que o consentimento seja válido, a saber: o consentimento deve ser manifestado antes ou no máximo durante a consumação do crime; o consentimento deve ser de forma lícita, ou seja, livre de vícios (sem violência, grave ameaça ou constrangimento); o ofendido deve ter capacidade para consentir (via de regra, aqui se enquadram os penalmente putáveis, ou seja, os maiores de 18 anos); o consentimento deve referir-se a bem próprio; e o bem tutelado deve ser disponível (são indisponíveis os bens ligados ao Estado e à vida humana). A doutrina diverge no que tange a possibilidade de o consentimento ser expresso ou tácito.

No que concerne os limites do consentimento, analisaremos no presente estudo a violência desportiva, a exemplo do MMA, pugilismo, karatê, judô, sumô etc, onde os praticantes de certa forma renunciam a proteção à sua integridade corporal, e tem como objetivo violentar diretamente seu oponente, estando suscetíveis a lesões em partes sensíveis do corpo como cabeça, rins, estômago etc. Capez (2014, p. 276) assim afirma:

Com efeito, é impossível lutar com os punhos sem provocar ofensa à integridade de outrem. Se o estado permite e regulamenta o boxe, não pode, ao mesmo tempo, considerar a sua prática um fato típico, isto é, definido em lei como crime. Seria contraditório. O risco de lesões e até mesmo a morte é um risco permitido e tolerado, após o Poder Público sopesar todos os prós e os contras de autorizar a luta.

Alguns autores consideram essa conduta dos lutadores profissionais como exercício regular de direito. Na Teoria da Tipicidade Conglobante, que tem como um dos principais defensores Zaffaroni (2011). Em outras palavras, se um fato é incentivado ou permitido pela lei, este não pode ser considerado um fato típico. Apesar de tal teoria não ser adotada pela maioria da doutrina brasileira, os tribunais superiores sofrem indícios da adoção desta.

Inegavelmente, matar alguém é crime, todavia, se tal crime acontece durante a prática de um esporte e o opositor que causou a morte tiver agido respeitando as regras do esporte, a ilicitude do ato será excluída, ou seja, não haverá crime. Isto ocorre porque o autor do fato estava agindo conforme o exercício regular do direito, bem como respeitando as regras do esporte.

Greco (2012) classifica a disponibilidade do bem de acordo com o grau da lesão, sendo a integridade física disponível apenas se a lesão for leve. Se for grave ou gravíssima, é indisponível, e será o ofensor punido pelo excesso.

A vida, bem como a integridade física são bens jurídicos tutelados pela Constituição Federal, pelo Código Civil e pelo Código Penal, nos quais estão previstas sanções para os comportamentos que violem tais bens do ofendido. A integridade física é um direito intransmissível e irrenunciável. Logo, indisponível.

O estudo do consentimento parte da análise da Teoria do Delito, ou Teoria do Crime, tem em seu bojo elementos e pressupostos para que seja analisado se foi ou não praticado o crime. O crime é um fato típico, antijurídico e culpável. Tais requisitos são essenciais para consolidar o crime no Direito Brasileiro.

É importante frisar que a responsabilidade penal do agente pode ser diminuída ou excluída, dependendo do comportamento do ofendido. Nesta seara, faz-se necessário o estudo da Criminologia e conseqüentemente da Vitimologia, a partir da ideia de que a vítima, podendo ser pessoa física ou jurídica, devia sair da obscuridade e assumir papel de maior relevância no ato delituoso.

Analisaremos como o instituto do consentimento da vítima atua nas relações de desporto rotineiramente. É comum que os praticantes de esportes sofram lesões físicas que variam de leves à graves, variando de arranhões, fraturas e até invalidez ou

mutilações. Estudaremos a atuação e a relevância do Direito Penal nessas condutas que merecem atenção, principalmente nas práticas de desportos violentos.

1 O DIREITO DE PUNIR DO ESTADO

Poder: uma entidade que sempre esteve presente na história da humanidade. Onde há vida humana e pessoas se relacionando em um mesmo espaço, há poder. Em meio a várias definições possíveis para poder, destaca-se o sistema de leis através do qual regem-se as relações entre as pessoas. Entretanto, Foucault (2004, p. 193) entende que o poder é uma relação de forças presente em todas as partes, e explica:

É preciso não tomar o poder como um fenômeno de dominação maciço e homogêneo de um indivíduo sobre os outros, de um grupo sobre os outros, de uma classe sobre as outras; mas ter bem presente que o poder não é algo que se possa dividir entre aqueles que o possuem e o detém exclusivamente e aqueles que não o possuem. O poder deve ser analisado como algo que circula, ou melhor, como algo que só funciona em cadeia. Nunca está localizado aqui ou ali, nunca está nas mãos de alguns, nunca é apropriado como uma riqueza ou um bem. O poder funciona e se exerce em rede. Nas suas malhas os indivíduos não só circulam, mas estão sempre em posição de exercer este poder e de sofrer sua ação; nunca são o alvo inerte ou consentido do poder, são sempre centros de transmissão. Em outros termos, o poder não se aplica aos indivíduos, passa por eles.

É de competência dos entes estatais exercer o direito de punir as transgressões ao ordenamento jurídico (*jus puniendi*). Não se trata apenas de um direito, mas também de um dever, sendo sua realização possível após o devido processo legal. Em alguns casos, esse direito-dever pode confrontar o princípio constitucional à dignidade da pessoa humana.

O respeito e a preservação da dignidade da pessoa humana devem ser mantidos face do direito-dever de punir do Estado, haja vista que este não deve violar a ordem constitucional, pois o autor do fato delituoso é sujeito de direito, e não um mero objeto da execução penal.

O Estado possui exclusividade no que tange a disciplina das condutas proibidas, bem como suas respectivas sanções. Todavia, muitas vezes o Estado se mostra ineficiente no que diz respeito à proteção dos bens jurídicos. Os bens jurídicos são protegidos por meio de incriminações decorrentes de determinadas condutas. Não obstante, a mera proibição é insuficiente para que os comportamentos das pessoas sejam pautados na norma penal, mas é de suma importância que o descumprimento de uma norma receba uma sanção como consequência. Baseada na Teoria do Contrato Social, Hobbes (2003, p. 263) possui uma visão interessante sobre o direito de punir do Estado:

Ao fundar uma república, cada um renuncia ao direito de defender os outros, mas não de se defender a si mesmo. Além disso, cada um obriga-se a ajudar o soberano na punição de outrem, mas não da sua própria. No entanto, pactuar assistir ao soberano a causar dano a outrem, salvo se aquele que assim pactua tiver ele próprio esse mesmo direito, não é dar-lhe o direito de punir. Fica assim manifesto que o direito de punir que pertence é república (isto é, àquele ou àqueles que a representam) não tem o seu fundamento em nenhuma concessão ou dádiva dos súditos. Mas também já mostrei que, antes da instituição da república, cada um tinha direito a todas as coisas, e a fazer o que considerasse necessário para a sua própria preservação, podendo com esse fim subjugar, ferir ou matar qualquer um. E é este o fundamento daquele direito de punir que é exercido em todas as repúblicas. Porque não foram os súditos que deram ao soberano esse direito; simplesmente, ao renunciarem ao seu, reforçaram o uso que ele pode fazer do seu próprio, da maneira que achar melhor, para a preservação de todos eles. De modo que o direito de punir não foi dado ao soberano, foi-lhe deixado, e apenas a ele; e tão pelo (com exceção dos limites estabelecidos pela lei natural) como na condição de simples natureza, ou de guerra de cada um contra o seu próximo.

A finalidade primordial do Direito Penal é a proteção dos valores mais importantes dos indivíduos e da sociedade como um todo. Esses valores são conhecidos como bens jurídicos penais, entre os quais se destacam: vida, liberdade, propriedade, integridade física, honra, patrimônio público etc.

Diante do exposto, analisaremos porque comportamentos criminalmente relevantes nas relações de desporto na maioria das vezes não se torna objeto de ações penais judiciais. É bem verdade que uma agressão na prática esportiva pode ser mais grave que uma agressão fora dela, “pois traduz um aproveitamento, por parte de alguns, espero que de poucos, de uma prática desportiva para exercitar os seus mais baixos instintos.”⁴

Conforme será apresentado no decorrer do presente artigo, o instituto do consentimento do ofendido (ou da vítima) não foi citado expressamente no Código Penal Brasileiro, sendo considerada, portanto, uma causa supralegal. Será analisado o limite do poder de punir do Estado, levando em consideração a aquiescência da própria vítima no contexto do esporte.

1.1 A vítima sob enfoque criminológico

A partir da Segunda Guerra Mundial, a figura da vítima passou a ser analisada sob o enfoque da Criminologia. No que tange a sua importância tanto no âmbito processual e criminológico, doutrinariamente, a vítima evoluiu em três fases. A saber: a idade de ouro da vítima ou protagonismo; neutralização da vítima; e redescobrimto ou revalorização da vítima.

⁴ Acórdão do C. J. da Federação Portuguesa de Futebol, Processo n.º 30/2006/07, p. 15, in www.fpf.pt

A revalorização da vítima é a terceira fase da evolução e é a fase atual. Teve como marco inicial o fim da Segunda Guerra Mundial. Em um cenário de atrocidades contra seis milhões de judeus nos campos de concentração nazistas, fez-se necessária uma resposta social e ética diante da criminalidade. O estudo da vítima passa a ser feito sob uma nova abordagem criminológica chamada vitimologia.

A partir da vitimologia, a vítima passou a ser analisada como sujeito de direitos, prerrogativa esta que até então pertencia apenas ao acusado. Nesta seara, se fez latente a necessidade de análise do comportamento vitimológico, e o estudo dos atos que levaram à consumação do crime, de modo consciente ou inconsciente. Tal instituto visa dar mais importância ao papel do ofendido na ocorrência do fato, bem como prestar assistência moral, psicológica, judicial e até terapêutica necessária às vítimas.

Sendo considerado pai da vitimologia, Mendes(1959) defende que a vítima deve ser observada sob o enfoque psicológico e social, como sujeito passivo do crime e em sua relação com o criminoso. Farias Júnior (2010, p. 340) assim dispõe:

A vitimologia se destina a estudar a complexa órbita de manifestações e comportamentos das vítimas em relação aos delinquentes e dos delinquentes em relação às suas vítimas, visando à análise, do ponto de vista, biopsicossocial, na gênese do delito. Tal análise poderá ajudar a justiça, não só em relação ao julgamento da responsabilidade e culpabilidade, diante da sistemática atual, como também em relação ao julgamento do estado perigoso a sistemática recuperacional que preconizamos.

A vitimologia é parte da ciência da Criminologia que estuda o comportamento dos delinquentes em relação às suas vítimas; o comportamento de suas vítimas em relação aos criminosos; até que ponto a vítima concorreu para a produção do crime; e a desdita do homem criminoso.

Tradicionalmente, tem-se a imagem da vítima como ocupante de um papel passivo, indefeso e inocente, sendo o agressor o único responsável pelo delito. Em um passado não muito distante, a ideia era de que o ofensor era o único culpado do delito, desconsiderando o papel da vítima e se ela teve participação no crime, e até que ponto. Entretanto, é possível perceber que a vítima não pode mais ser considerada uma parte inerte do crime, pois interage com o agressor, podendo até mesmo criar situações de risco para si, dessa forma influenciando ativamente na ação criminosa.

A lei não visa pôr a vítima na condição de partícipe ou co-autora, mas visa entender a real influência que a mesma exerce no fato delituoso. Schmitt (2013, p. 140) explica:

Na valoração desta circunstância judicial é preciso perquirir em que medida a vítima, com a sua atuação, contribuiu para a ação delituosa. Muito embora o crime não possa de modo algum ser justificado, não há dúvida de que em alguns casos a vítima, com o seu comportamento, contribui ou facilita o agir criminoso.

É possível perceber que a vítima tem ganhado maior ênfase na análise no que concerne a imputação do resultado, sendo objeto de várias decisões jurisprudenciais.

2 O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO NO PROCESSO PENAL

A importância da vítima passou a ser reconhecida não só na esfera material, como também na esfera processual penal, também visando proporcionar para o ofendido a garantia do acesso à justiça com celeridade e eficácia, bem como um acompanhamento psicológico necessário e o reestabelecimento do *status quo ante* no que tange a indenização por danos materiais e/ou morais cabíveis.

A depender da espécie de ação penal proposta (ação penal pública condicionada, ação penal pública incondicionada ou ação penal privada), o papel da vítima e o seu consentimento pode possuir maior ou menor importância. No caso da ação pública incondicionada por exemplo, o ofendido figura como um “assistente da acusação”, intervindo no processo de forma supletiva à atuação do titular da ação penal pública designado pelo Estado, com objetivo de garantir a aplicabilidade da lei penal.

2.1 Ação penal pública incondicionada, condicionada e privada

Na ação penal pública incondicionada é imprescindível a representação do ofendido ou a requisição do Ministro da Justiça para a interposição da ação. Nos dizeres de Greco (2014, p. 701):

Diz-se incondicionada a ação penal de iniciativa pública quando, para que o Ministério Público possa iniciá-la ou, mesmo, requisitar a instauração de inquérito policial, não se exige qualquer condição. É a regra geral das infrações penais, uma vez que o art. 100 do Código Penal assevera que *a ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido*.

Uma vez que o promotor de justiça toma conhecimento dos fatos, ele não possui a faculdade, e sim o dever de propor a ação independente da manifestação de vontade da vítima, pois há a prevalência do interesse coletivo sobre o interesse individual. Isso ocorre porque aquele ato ilícito ofendeu a sociedade como um todo, logo, é interesse do Estado e função institucional deste órgão.

No entanto, na ação penal pública condicionada, o exercício da ação depende da manifestação de vontade do ofendido para que este seja representado ou da requisição do Ministro da Justiça. Nos dizeres de Mahmeri (1996, p. 22): “São crimes em que o

interesse público fica em segundo plano, dado que a lesão atinge primacialmente o interesse privado”.

Neste caso, a lei dá ao indivíduo a faculdade de autorizar ou não o exercício da ação penal pelo Estado através da manifestação de vontade do ofendido ou de seu representante legal, e assim, instaurar o inquérito policial e desencadear a persecução penal. Essa autorização é chamada de representação, e a partir dela, o Ministério Público passa a ser o titular da ação. A referida representação é irretroatável.

A lesão corporal leve, lesão corporal culposa, perigo de contágio venéreo e ameaça são exemplos de crimes de ação penal pública que estão condicionados à representação, por se tratar de crimes que afetam mais o interesse privado que o interesse público.

A ação penal de iniciativa privada ocorre quando o interesse do ofendido se sobrepõe ao interesse público. Nesses casos, o *jus accusationis*, ou seja, o direito de acusar, é transferido para a vítima. Assim dispõe o art. 100, §2º do Código Penal:

Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido. (...)

§ 2º - A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo.

A ação penal privada é instaurada mediante a queixa crime feita pela vítima ou procurador legalmente habilitado, na qual deverá conter a qualificação do acusado e informações pertinentes para que o mesmo seja encontrado, descrição completa do crime, suas circunstâncias e classificação e rol de testemunhas. A legitimidade ativa da ação penal privada pertence somente à vítima ou seu representante legal.

3 O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO NO DIREITO PENAL

Os primeiros registros da violência no desporto são na Grécia Antiga. Com o evoluir da sociedade, se fez latente a necessidade de regular tais atividades para manter a ordem e estabelecer limites. Para chegar ao desporto de hoje, um longo caminho foi percorrido. Todavia, hodiernamente o desporto possui uma enorme relevância social e econômica que traz como consequência uma competitividade exacerbada, rivalidade e agressividade. O resultado disso, já sabemos: a disponibilidade da integridade em proporções questionáveis.

Os primeiros registros do consentimento do ofendido partem do Direito Romano. Tal instituto estava presente no princípio “*nulla injuria est quae in violentem fiat*”. Por força deste princípio, mesmo que o bem jurídico a ser tutelado fosse a vida ou

a integridade física, caso houvesse o consentimento da vítima, não haveria crime. Este instituto se aplicava apenas aos crimes de natureza privada.

O Consentimento da Vítima não esteve contemplado no Código Criminal do Império, embora os crimes justificáveis tenham semelhança com os justificantes presentes no atual Código Penal Brasileiro. O Código Penal Republicano – Decreto 847, em seu art. 26, “c”, contemplou pela primeira vez o consentimento do ofendido. Sendo tratado na parte processual, a ideia era diferente da que temos atualmente, pois referia-se à renúncia ao direito de queixa, e não como a exclusão do crime.

A confusão quanto ao consentimento da vítima no âmbito material se manteve, até o Projeto Alcântara Machado, de 1938, que tratou do consentimento do ofendido dessa vez na parte do direito material, no qual em seu art. 14, I, determinava: “Não será também punível aquele que praticar a ação ou omissão com o consentimento de quem possa validamente dispor do direito ameaçado ou violado.” Infelizmente, a Comissão Revisora entendeu que esta seria um dispositivo supérfluo, motivo pelo qual o atual Código Penal Brasileiro não trata da matéria em questão.

O Código Penal Brasileiro em seu art. 23 determina as causas de exclusão de ilicitude, ou seja, contrariedade entre o fato e a lei. São elas: legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito.

Ao se enquadrar em alguma dessas causas, a conduta será ilícita, embora típica. Desta forma, o agente não será responsabilizado, pois estará amparado pela exclusão da ilicitude.

Masson (2015, p. 474) defende que há três teorias que fundamentam o consentimento do ofendido como causa supralegal de ilicitude, quais sejam: teoria da ausência de interesse; teoria da renúncia à proteção do Direito Penal; e teoria da ponderação de valores. E assim dispõe:

a) Ausência de interesse: não há interesse do Estado quando o próprio titular do bem jurídico, de cunho disponível, não tem vontade na aplicação do Direito Penal. Essa teoria é criticada por não se poder outorgar o poder de decisão a uma pessoa que pode se equivocar acerca do seu real interesse; b) Renúncia à proteção do Direito Penal: em algumas situações, excepcionais, o sujeito passivo de uma infração penal pode renunciar, em favor do sujeito ativo, a proteção do Direito Penal. Essa teoria entra em manifesto conflito com o caráter público desse ramo do ordenamento jurídico; c) Ponderação de valores: trata-se da teoria mais aceita no direito comparado. O consentimento funciona como causa de justificação quando o Direito concede prioridade ao valor da liberdade de atuação da vontade frente ao desvalor da conduta e do resultado causado pelo delito que atinge bem jurídico disponível.

É importante salientar que para ter relevância jurídica, o consentimento do ofendido deve preencher de forma cumulativa os requisitos: que o objeto jurídico seja disponível e que o ofendido seja capaz de consentir. Assim explica De Jesus (2005, p.15):

Nos crimes contra a pessoa, a relevância jurídica do consentimento do ofendido depende, em primeiro lugar, da disponibilidade ou indisponibilidade do objeto jurídico. Quando o interesse é disponível, o consentimento exclui o delito. Quando indisponível, o consentimento pode atenuar a pena, mas nunca excluir o crime. Quando disponível o interesse, a simples presença do consentimento da vítima ainda não exclui o caráter ilícito do fato. É necessário que o sujeito que consente tenha capacidade para agir. É preciso que a vontade seja expressa por quem já atingiu a maioridade penal, aos 18 anos de idade, não eivada de qualquer causa que lhe retire o caráter de validade (inimputabilidade por doença mental, erro, dolo ou violência).

Partindo do ponto de que o ofendido consentiu com a conduta lesiva ao bem jurídico tutelado e esse consentimento foi válido, se os requisitos necessários forem observados, quanto ao momento do consentimento e a forma de expressão deste, bem como a natureza jurídica do bem jurídico em questão, estará excluída, portanto, a ilicitude da conduta.

Cotidianamente nos deparamos com casos amparados pelo consentimento do ofendido, que por não serem uma causa legal de excludente da ilicitude, podem vez ou outra serem objetos de responsabilização de forma abusiva, mesmo que seja uma conduta banal, conforme exemplifica Galvão (2007, p. 322):

Como exemplos de situações em que o ofendido pode consentir a lesão de seu bem, tem-se o caso do cientista que se deixa aprisionar para a realização de um experimento; o ator que se deixa insultar por outro em uma peça teatral; o paciente que permite ao médico a revelação de um segredo relacionado com seu tratamento; o tio que permite ao sobrinho desmontar peças de seu automóvel para treinar reparos que eventualmente possam ser necessários no curso de uma viagem; a pessoa que permite que lhe façam uma tatuagem definitiva na pele.

3.1 A teoria do delito

A teoria do delito trata-se da parte da ciência do Direito Penal que explica o que é o delito em geral, indicando as características que todo delito deve apresentar. Representa um conteúdo prático para averiguação acerca da ausência ou presença do delito. Pierangeli (2001, p. 48) esclarece: “Podemos afirmar ser a teoria do delito uma construção dogmática que nos proporciona o caminho lógico para uma averiguação acerca da existência ou não de um delito em cada caso concreto”. Nos dizeres do mesmo:

O direito não cria a conduta; apenas a valora. Os tipos, portanto, constituem meras descrições abstratas da conduta. Esta existe concretamente e cumpre a tipicidade torná-la um delito. Consequentemente, a conduta é um conceito básico, sobre a qual se estruturará o conceito de crime, fazendo sobre ela recair as categorias ou caracteres da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade.

A conduta é um conceito básico, sobre a qual se estruturará o conceito de crime, fazendo sobre ela recair as categorias da tipicidade, da culpabilidade e da antijuridicidade. Portanto, o delito só pode ocorrer dentro da conduta.

Toledo (1994); Pierangeli (2001); Greco (2014) compreendem que o crime como sendo a composição de um fato típico, ilícito e culpável. Trata-se da teoria finalista trinária. Greco (2014, p. 143) explica:

O delito não pode ser fragmentado, pois é um todo unitário. Contudo, para efeitos de estudo, deve-se proceder a uma análise de cada um de seus elementos fundamentais, quais sejam: o fato típico, a antijuridicidade e a culpabilidade. Cada um deles, nessa ordem, é antecedente lógico e necessário à apreciação do seguinte.

A voluntariedade é imprescindível para que exista a conduta, ou seja, deve existir a decisão de agir por parte do agente. A conduta é realizada através da manifestação da vontade dirigida a um fim. A mesma pode ser dividida em vontade e atividade. Neste sentido, Pierangeli (2001, p. 25) explica que a vontade contempla, “a) o objetivo pretendido pelo agente; b) os meios utilizados para a execução; e c) as consequências secundárias da atividade praticada. A atividade caracteriza-se pelo movimento ou abstenção de movimento corpóreo.”

O resultado e a causalidade acompanham o resultado da conduta. Diante disso, o nexo de causalidade e o resultado constituem elementos contingentes dos tipos penais. A lei penal confere importância ao resultado e à causalidade quando ligados à conduta. Como anteriormente mencionado, crime é definido como fato típico, culpável e antijurídico (ou ilícito). Assim explica Welzel (1989, p. 57):

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

A tipicidade penal tem a função de individualizar as condutas humanas de relevância penal. Trata-se da adequação entre o fato e a descrição contida na norma penal. O tipo é construído na lei, sendo esta que dá a característica de um delito, de forma que o legislador vem a proibir as condutas através de um sistema de tipos penais. A tipicidade é, portanto, necessária para a existência do delito. Logo, se não há tipicidade não há crime, conforme explica Pierangeli (2001, p. 29): “somente com o tipo poderá chegar a um conceito sistemático do delito”.

A antijuridicidade trata-se da contrariedade entre o ordenamento jurídico e a conduta do agente. Deste modo, a conduta assume característica de ilícito penal. Na primeira metade do século XXI existia a distinção entre antijuridicidade formal e material. Contudo, tal distinção foi perdendo força e, atualmente, entende-se a antijuridicidade como sendo uma só, conforme conclui Zafaroni (1997, p. 134):

A antijuridicidade sempre é material, no sentido de que implica uma efetiva ofensa do bem jurídico, para cuja determinação, às vezes, não tem o legislador outro caminho senão o de remeter às normas sociais de conduta. A antijuridicidade é sempre formal porque o seu fundamento não pode partir senão do texto legal.

Chamadas de causas justificativas ou justificantes, as causas excludentes da antijuridicidade afastam um dos elementos do crime: a contrariedade da conduta ao direito. Estão previstas na Parte Geral do Código Penal, mais precisamente no art. 23, conforme anteriormente mencionado:

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. Excesso punível. Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos.

O conceito de “estado de necessidade” encontra-se presente no art. 24 do Código Penal, seguido do conceito de “legítima defesa”, previsto no art. 25 do referido código. O conceito de “estrito cumprimento do dever legal” e “exercício regular de direito” não está presente na lei, sendo um conceito doutrinário. Tais causas são legais, ou seja, decorrem da lei, e embora tais condutas estejam amparadas pela legislação, é importante lembrar que o seu excesso é punível, conforme frisa o parágrafo único do dispositivo.

A culpabilidade é entendida como um juízo de censura e reprovação que recai sobre o agente que pratica fato ilícito e típico, ou seja, é a partir dela que se pode considerar alguém culpado ou não pela prática de uma infração penal. Assim, além de típica e ilícita, a ação do agente deve também ser culpável. É utilizada como requisito para a imposição da pena. No Brasil é adotada a teoria limitada da culpabilidade, na qual são observados os seguintes requisitos: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

O princípio da culpabilidade deve respeitar a dignidade da pessoa humana, de modo que não haja imposição de pena sem culpabilidade, ou seja, desproporcional a esta, ofendendo assim a dignidade do agente.

Zaffaroni (1997) explica que a culpabilidade possui uma concepção normativa pura, e alguns conceitos fundamentais devem ser observados para estabelecer um juízo

de culpabilidade, quais sejam: reprovabilidade, disposição interna contrária à norma, possibilidade de realizar outra conduta, possibilidade de motivação na norma, exigibilidade e âmbito de determinação.

3.2. Os limites da renúncia ao direito da integridade física

Ao falar em bem jurídico, comumente nos vem a ideia de algo material, formadores de patrimônio. Isso acontece porque o bem material possui tutela na esfera jurídica, e muitas vezes é objeto de discussão em processos. Todavia, existem outros bens que também recebem proteção jurídica e que podem ser objeto de uma relação de direito ainda que sejam imateriais. Esses bens não podem ser convertidos em valor pecuniário, ou seja, são inestimáveis.

Encontram-se fora da esfera civil os bens insuscetíveis de valoração econômica. Desta forma, tais bens são tutelados pela norma penal através da ameaça de uma pena anteriormente estabelecida, visando coibir possíveis agressões. Neste sentido, Pierangeli (2001, p. 108) aduz:

Liga-se, na esfera penal, o conceito de bem jurídico a uma situação social, para qual a norma estabelece sua tutela ou sua proteção. Esta tutela pode ser instituída com vista a uma relação humana (parentesco, matrimônio), nas relações entre pessoas e coisas (patrimônio, posse, detenção), em face de condição particular do agente ou da parte lesada (funcionário público), em face de uma situação psíquica ou física do indivíduo (integridade física, capacidade psíquica), em relação a um bem abstrato (bons costumes, moralidade pública), e, ainda, em outras situações sociais, concretas ou abstratas, que a norma vem a tutelar.

O bem jurídico deve ser examinado separado do objeto da conduta, pois quando se renuncia à tutela jurídica, esta refere-se unicamente ao bem jurídico tutelado pela norma e não está ligado ao objeto da conduta. Pierangeli (2001, p. 112) exemplifica:

Por exemplo, no delito de falsificação de documento público, o objeto da ação é o documento sobre o qual atua o agente, mas, o bem juridicamente tutelado é a fé pública. Consequentemente, resta evidente que uma pessoa pode consentir na danificação do referido documento, mas a renúncia à integridade do documento não significa renúncia à titularidade do bem (posse, propriedade). Disto resulta que, ainda que pudesse ser inteiramente destruído esse escrito, restaria o delito de furto, em caso de sua subtração, não assumindo maior relevância o fato que, em ambas as situações, o efeito seria o mesmo, ou seja, haveria a perda da coisa pelo possuidor ou proprietário. Isto porque no delito de dano, objeto da ação é a coisa danificada, enquanto o bem jurídico é a sua integridade.

Todo crime lesa ou expõe a perigo um bem jurídico. É importante frisar que há a necessidade de se estabelecer a distinção entre bem juridicamente tutelado e o objetivo perseguido pela norma, pois o fim que a norma penal procura alcançar não se confunde

com o objeto do consentimento do interessado que venha a influir na antijuridicidade. Neste sentido, Pierangeli (2001, p. 113) aduz:

O fim buscado pela lei penal não se exaure na tutela do bem jurídico, posto que persegue ela outros e mais amplos objetivos, como a prevenção de novos delitos, de punição do delinquente e de sua repersonalização ou ressocialização, o que conduz à afirmação de não se poder identificar e nem confundir o bem jurídico com a sua tutela. Ademais, a proteção do bem jurídico sequer constitui a finalidade principal da norma penal.

A tutela do bem jurídico pode ser renunciada, todavia, é importante entender que há um limite para a eficácia da renúncia. A renúncia à tutela jurídica nem sempre significa a renúncia ao objeto material da tutela. Há bens que seu titular pode dispor e há bens que sua disponibilidade é impossível.

Há doutrinadores que defendem que existe um critério objetivo a partir do qual é possível estabelecer a diferença entre bens disponíveis e bens indisponíveis, a saber: quando o bem não reveste de uma imediata utilidade social e o Estado reconhece ao particular a exclusividade do uso e gozo, este é disponível, e, contrariamente, quando a utilidade social se manifesta de imediato, o bem é indisponível. Todavia, não há um critério seguro que se possa concluir com exatidão acerca da disponibilidade do bem jurídico. Pierangeli (2001, p. 121) assegura que para delimitar os limites do consentimento, deve-se observar:

1º) há que se percorrer não só um ramo do Direito, mas todos os princípios gerais que formam a base do ordenamento jurídico estatal; 2º) na realização desse trabalho, o intérprete deve portar-se a todas as fontes (imediatas e mediatas), e, a partir daí, examinar os decretos, atos administrativos, regulamentos, portarias e pesquisar o direito consuetudinário; 3º) o critério adotado pelo legislador para a fixação da natureza da ação penal é arbitrário, e, por consequência, inseguro, mas sempre servirá ao intérprete, desde que não seja usado com exclusividade.

Se não criar o dano social ou qualquer perigo, o consentimento será válido. Sofo Borghese (1953, p. 84) assim explica: “Um ato de renúncia à tutela jurídica pode transformar-se em ilícito quando assume características de um acordo negocial, que, em contraste com os bons costumes, vincula e obriga ao consciente a suportar determinados fatos imorais”.

Presenciamos uma certa banalização da violência no contexto do desporto, gerando uma sensação de desamparo e impunidade. Diante disso, pergunta-se: os limites impostos nas regras do desporto estão em consonância com o direito da integridade física da pessoa humana? As regras do desporto são suficientes para coibir completamente ações ilícitas? As federações ou ligas profissionais possuem mais autonomia que o

ordenamento jurídico para solucionar as situações decorrentes de violência no jogo? Porque um ínfimo número de casos chega ao judiciário?

3.3 Natureza jurídica do consentimento do ofendido

Conforme abordado no decorrer do presente estudo, a natureza jurídica do instituto do consentimento do ofendido é, em regra, de causa supralegal, ou seja, criada à margem da lei, que exclui o segundo elemento do conceito analítico do crime: a ilicitude. Há doutrinadores que defendem que a nomenclatura “supralegais” seria equívoca, haja vista que, partindo do ponto que as mesmas não se encontram positivadas na lei, devem ser chamadas de “extralegais”.

Tendo em vista que o consentimento do ofendido se aplica apenas a bens jurídicos disponíveis, há uma certa dificuldade de se estabelecer quais bens são disponíveis. Assim pontua Tavares (2009, p. 259):

A justificativa do consentimento só funciona onde o bem ameaçado se inclua entre os denominados bens disponíveis. Aqui se fixa um dos mais árduos problemas da matéria, que mesmo na atualidade não recebeu solução satisfatória, qual seja, a de estabelecer quais bens seriam considerados disponíveis e em que base se determinaria essa característica. [...] Em primeiro lugar, se faz necessário distinguir-se entre crimes contra bens do indivíduo e contra bens da coletividade. Nestes últimos torna-se impossível o consentimento, porquanto a proteção se exerce sobre valores estatais ou supra-estatais, imprescindíveis à estabilidade social e insuscetíveis de renúncia, tal como ocorre nos ataques à administração pública, em detrimento à integridade do Estado, à incolumidade de um número indeterminado de pessoas ou nos delitos monetários.

Quase unanimemente, o instituto possui maior aplicabilidade no que concerne os danos relativos a lesões patrimoniais, desde que sem o emprego de violência ou grave ameaça, lesões à honra, à integridade física e até mesmo à liberdade. Quanto à vida, irrenunciável em qualquer circunstância, Tavares (2009, p. 403) assim analisa:

O consentimento quanto ao homicídio poderá atenuar a culpabilidade, mas jamais refletir-se na caracterização do injusto. (...) A vida humana é bem jurídico pessoal por excelência, o que ninguém duvida, mas o exercício da titularidade desse bem tanto é cometido ao indivíduo quanto ao Estado, que tem interesse que seja desfrutado por todos.

O instituto do consentimento do ofendido pode apresentar-se como causa de exclusão da tipicidade ou causa supralegal de exclusão da ilicitude, conforme explica Machado (2008):

a) causa de exclusão da tipicidade: se o tipo penal exige o dissenso da vítima enquanto um dos requisitos objetivos formais necessários à completude da figura incriminadora, é claro que o válido consentimento do ofendido exclui a tipicidade. Exemplo: crimes de violação de domicílio — artigo 150 do Código Penal (se alguém permite ou tolera que terceiro ingresse em sua casa, ausente estará a tipicidade da conduta) e estupro — artigo 213 do Código Penal (se a mulher consente na relação sexual, inexistente tipicidade); b) causa supra-legal de

exclusão da ilicitude: o consentimento do ofendido, fora essas hipóteses em que o dissenso da vítima constitui requisito da figura típica, pode excluir a ilicitude, se praticado em situação justificante. Exemplo: aquele que realiza tatuagens no corpo de terceiros pratica conduta típica de lesões corporais (art. 129 do CP), muito embora lícita, se verificado o consentimento do ofendido; aquele que inutiliza coisa de terceiro, ainda que a pedido deste, pratica conduta típica de dano (art. 163 do CP), muito embora lícita, se presente o consentimento da vítima.

É oportuno ressaltar que o consentimento da vítima também pode funcionar como um atenuante, ou seja, causa especial de diminuição da pena.

CONCLUSÃO

Nosso objetivo não é trazer para a esfera penal todo e qualquer conduta que resulte em um dano à pessoa, sob pena de tornar inviável a prática do esporte. Mas sim analisar a linha da tolerabilidade da ofensa ao direito à integridade física e fazer prevalecer as leis penais perante os ordenamentos internos das organizações do esporte.

Observados os requisitos de forma cumulativa para que o consentimento seja válido e respeitados os limites de sua validade, este se faz presente em várias condutas do nosso cotidiano, mesmo que não possua previsão legal.

Podemos perceber que o desporto adquiriu prestígio e notável relevância social, resultando em uma aceitação e tolerabilidade no que tange à violação da integridade física, tornando-se erroneamente juridicamente irrelevante. Por fim, questionamos: há insuficiência de leis penais ou há carência em sua aplicabilidade devido a aceitação da comunidade?

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2000.

BORGHESE, Sofo. **II Codice Penale Italiano**. Milão, Francesco Vallardi, 1953.

BRANDÃO, Delano Câncio. Justiça Restaurativa no Brasil: Conceito, críticas e vantagens de um modelo alternativo de resolução de conflitos. In: **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, XIII, n. 77, jun 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7946>. Acesso em: 02 set.2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 set.2017.

_____. STF. **Habeas Corpus nº 119.091**. Relatora: Ministra Carmem Lúcia. Brasília/DF, 10.dez.2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%3A+119091+SP%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yd2wet67>>. Acesso em: 15 out.2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação nº 24.377**. Relator: Ronnie Herbert Barros Soares. São Paulo/SP, 09.fev.08. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2370937/apelacao-apl-24377-sp?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 02 nov.2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Habeas Corpus Nº119994135000000**. Relator: Amado de Faria. São Paulo/SP, 17. mar.09. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=3314089&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_fe714d2401214ae9a86c9a9905a2962c&vlCaptcha=EDS&novoVICaptcha=>>. Acesso em: 30 out.2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação nº 70052872884**. Relator: Gaspar Marques Batista. Porto Alegre/RS, 13.mar.2014. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Apela%C3%A7%C3%A3o+Crime+N%C2%BA+70052872884&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 10 out.2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120). 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FARIAS JÚNIOR, João. **Manual de Criminologia**. 4 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. 23. ed. São Paulo: Graal, 2004.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Geral**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal: parte geral**. 2ª ed. Belo Horizonte: DelRey, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**, v. 1. 16 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou Matéria, Forma e Poder de uma República Eclesiástica e Civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**, v. 2 – parte especial. 27 Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MACHADO, Leonardo Marcondes. Consentimento do Ofendido pode ser causa de diminuição de pena. In: **Revista Consultor Jurídico**. 2008. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-jul-13/consentimento_ofendido_causar_diminuicao_pena>. Acesso em: 10 out. 2017.

MAHMERI, Adilson, **Manual Universitário de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1996.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado**: parte geral, vol.1. 9.^a ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

MENDES, Nelson Pizzotti. O assistente na ação penal. In: **Justitia**. São Paulo, v. 66, 1969.

PIERANGELI, José Henrique. O Consentimento do Ofendido na Teoria do Delito. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2001.

SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória - Teoria e Prática. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. – 5 Ed. – São Paulo: Saraiva, 1994.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Tradução de Juan Bustos Ramirez e Sergio Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1987.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. São Paulo: RT, 19