

# VALORAÇÃO PENAL DOS COMPORTAMENTOS LESIVOS EM ESPORTES POR EQUIPES<sup>1</sup>

*Albin Eser*<sup>2</sup>

*Sumário: I. Introdução. II. O caráter vinculante do Direito Penal e o esporte. III. O consentimento, a adequação social, a culpabilidade e as lesões no esporte. IV. A análise das lesões esportivas no plano típico. V. As lesões resultantes de condutas esportivas regulares e a adequação social. VI. As lesões resultantes de leves violações das regras esportivas. VII. As lesões resultantes de graves violações das regras esportivas. VIII. As lesões intencionais, o consentimento individual e a cláusula dos bons costumes<sup>3</sup>.*

## I INTRODUÇÃO

Esporte e justiça, bola e balança, parecem ser instituições e símbolos que à primeira vista não se associam com facilidade. O estádio como lugar de jogos alegres, a Sala do Tribunal como lugar onde ocorre a séria função de administrar a justiça. Encontramo-nos aqui, perante dois mundos muito diferentes e, no entanto, embora ambos almejem fins diferentes, têm um elemento em comum: a luta pela vitória ou a derrota, no primeiro caso a vitória vista como uma representação do melhor, e no segundo como a vitória da justiça. Há outro fator que pode facilitar a união entre o esporte e a

<sup>1</sup> Tradução ao português da versão em espanhol por Leonardo Schmitt de Bem autorizada por Albin Eser. Essa tradução correspondente à primeira parte do texto em espanhol – “Deporte y Justicia Penal” – traduzido do original alemão por María Mar Díaz Pita e publicado na **Revista Penal**, n. 6, 2000. Trata-se de uma versão ampliada do artigo “Lesões Desportivas e Direito Penal” publicado na **Revista La Ley**, ano IX, n. 2499 (01.06.1990).

<sup>2</sup> Diretor emérito do Instituto Max Planck, Professor de Direito Penal, Processual Penal e Direito Penal Comparado na Faculdade de Direito da Universidade de Freiburg, Alemanha.

<sup>3</sup> [N.T.] O sumário é proposta do tradutor apenas para alcançar uniformidade com os demais textos do livro.

justiça: quando não são obedecidas as regras, a luta mais irrelevante transforma-se em briga e agressão. Neste aspecto, os torneios de futebol<sup>4</sup>, nos oferecerão – como é de se temer pelas experiências havidas até agora – rico material ilustrativo.

Entretanto, não só na luta pelo título ou pelos salários milionários, também no esporte como atividade lúdica fica claro que o esporte não pode ser um campo aberto, o ordenamento jurídico deve, ao menos, apontar os limites externos que não devem ser ultrapassados no jogo, sem chegar à perversão de que este tenha por finalidade a lesão ou inclusive a destruição do adversário.

Este trabalho tratará sobre a relevância jurídica e o tratamento penal das lesões produzidas no desenvolvimento do esporte com o amparo de algumas teses que, devido tanto ao significado prático quanto às especiais particularidades legais, ficarão restritas ao âmbito dos esportes por equipes, cujo máximo expoente, tanto na Espanha como na Alemanha, é o futebol<sup>5</sup>.

## II O CARÁTER VINCULANTE DO DIREITO PENAL E O ESPORTE

**Tese 1.** A regra geral do caráter vinculante do Direito Penal também se aplica, em princípio, às atividades esportivas.

As práticas esportivas não são somente excelentes oportunidades de treinamento corporal e relaxamento mental. Em nossa moderna civilização de pessoas “socializadas” constitui também um campo propício para o desenvolvimento de seu instinto de jogo que, por outro lado, acaba transformando-se, cada vez com mais frequência, em expressões injuriosas e violência corporal<sup>6</sup>. O dever estatal de defender os bens jurídicos básicos, como a integridade física e a vida, além da obrigação de combater qualquer atentado que se produza publicamente contra os bens jurídicos de um terceiro utilizando como *ultima ratio* o Direito Penal, fazem parecer inúteis as tentativas de se afastar completamente o esporte do âmbito do Direito Penal e deslocá-

<sup>4</sup> [N.T.] No original o autor se referiu a Eurocopa de 2000 com sede na Bélgica e nos Países Baixos.

<sup>5</sup> Sobre comportamentos penalmente relevantes em outras classes de esportes, porém também a respeito de aqueles orientados contra a vida e a integridade física em esportes por equipe, *vide*: ESER, Albin. Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Sportlers, insbesondere des Fußballspielers. In: JZ, 1978, p. 368 - 374.

<sup>6</sup> Sobre o significado social do esporte e sua relação antinômica frente à moderna civilização, *vide*: SCHILD, W. Das strafrechtliche Problem des Sportverletzung (vorwiegend im Fußballkampf). In: Jura, 1982, p. 464 e ss.

lo a um âmbito autônomo de autorresponsabilidade<sup>7</sup>. Contrariamente, Schild<sup>8</sup> tem tentado demonstrar que a sociedade e seu ordenamento jurídico situaram o esporte em um espaço livre – dentro das barreiras estabelecidas pelos participantes – fazendo que as lesões sequer sejam puníveis quando as regras estabelecidas pelas federações forem descumpridas. Sem entrar em detalhes sobre este ponto de vista, há que se dizer que a teoria do espaço “ajurídico” ou “avalorado” desde uma “*perspectiva jurídica*”<sup>9</sup> parte do fato de que há determinadas ações, geralmente relevantes juridicamente, que não podem ser valoradas mediante as expressões habituais “antijurídico” e “conforme a direito”; os defensores desta tese recorrem há muito tempo a casos extremos de absoluto estado de necessidade (como o suicídio, o aborto<sup>10</sup> ou a conhecida tábua de Carneades que só pode resistir ao peso de um dos tripulantes). Independentemente da posição mantida perante esta tese, uma translação dela ao caso do esporte, como Schild defende, nem justifica o caráter excepcional – amplamente rejeitado –<sup>11</sup> nem é necessário para proteger a função socialmente desejável do esporte da intervenção da justiça penal. O Estado não pode desconhecer o mandado constitucional (art. 2.2 da Lei Fundamental de Bonn) de defender os cidadãos de ataques antijurídicos recorrendo à sanção penal<sup>12</sup>.

Tentativas como as de Schild demonstram, no entanto, o esforço fundamentalmente correto de não limitar o esporte, cuja promoção é aceita socialmente, por meio de excessiva normalização e de não sobrecarregar de responsabilidades as federações com a configuração de regras específicas<sup>13</sup>. Ao mesmo tempo ficarão em evidência as insuficiências dogmáticas na resolução das tensões entre a proteção dos bens jurídicos e a promoção do esporte.

Se não há dúvidas de que o Direito Penal estatal também exige sua obrigatoriedade no âmbito do esporte, isso não significa, no entanto, que as regras federativas internas não tenham nenhuma relevância normativa. Além disso, também não se pode renunciar ao sistema autônomo de justiça federativa<sup>14</sup>.

<sup>7</sup> ESER, Albin (como na nota 5), p. 368 e ss.

<sup>8</sup> SCHILD, W. (como na nota 6), p. 585 e ss.

<sup>9</sup> Sobre o conceito de “espaço avalorado” desde a perspectiva jurídica: KAUFMAN, Armin. *Rechtsphilosophie*. 2. ed., 1997. p. 226 e ss.

<sup>10</sup> A respeito: KAUFMAN, Armin. *Strafloser, Schwangerschaftsabbruch: rechtswidrig, rechtmäßig oder was sonst?*. In: *JZ*, 1992, p. 981 e ss.

<sup>11</sup> Criticamente: ROXIN, Claus. *Strafrecht*. 3. ed. 1997. v. 1, p. 511 e ss.

<sup>12</sup> MURSWIEK, D. *Grundgesetz*, em SACHS (ed.), 1996, art. 2º, p. 246; Ch, Stork, *Das Bonner Grundgesetz*, em v. MANGOLDT/KLEIN/STARCK (Ed.). 3. ed., 1985, art. 2.2, p. 161. v. 1.

<sup>13</sup> Atendendo às regras específicas do esporte é possível um “espaço sem direito” no sentido que fala Schild.

<sup>14</sup> ESER, Albin (como na nota 5), p. 368. ZLPF, H. *Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht*, 1970, p. 86.

### III O CONSENTIMENTO, A ADEQUAÇÃO SOCIAL, A CULPABILIDADE E AS LESÕES NO ESPORTE

**Tese 2.** A responsabilidade por lesões esportivas não pode ser qualificada sequer exclusivamente conforme os critérios do consentimento, nem exclusivamente conforme os critérios de adequação social ou de culpabilidade, pois requer um enfoque múltiplo.

Caso se busque na jurisprudência e doutrina alemã uma resposta à questão de onde deverá ser traçada a linha divisória entre a lesão esportiva impune e a já punível, estaremos diante de uma desconcertante variedade de opiniões. Serão tratadas aqui somente as propostas de solução mais relevantes. Para facilitar a compreensão das mesmas desde a perspectiva espanhola é conveniente que exponhamos aqui duas importantes diferenças entre o Direito Penal espanhol e o alemão.

Em primeiro lugar, não existe no Direito Penal alemão uma causa de justificação comparável à incluída no art. 20.4 do Código Penal espanhol do “exercício legítimo de um direito”: se fosse aplicada esta causa de justificação às lesões esportivas, certamente apenas poderiam ser justificadas aquelas lesões que aconteceram mesmo tendo-se desenvolvido dentro do marco regulamentar de um jogo<sup>15</sup>. Em segundo lugar, no Direito alemão não há um sistema de *numerus clausus* de causas de justificação como rege no Direito espanhol<sup>16</sup>. Justamente esta é a razão que permite à jurisprudência e doutrina alemãs maior liberdade no desenvolvimento das causas de justificação não codificadas.

1. Na prática jurídica alemã o problema tradicionalmente girava em torno ao consentimento. Quem aceita um jogo perigoso, age por conta e risco e consente, por isso, as lesões que dele possam advir: isto é assim quando se trata de lesões produzidas respeitando-se as regras do jogo<sup>17</sup>.

No entanto, esta solução do consentimento tem sofrido um importante revés, no que se refere à responsabilidade civil, em Sentença *Bundes-*

<sup>15</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. 2. ed. 1995. p. 491. RODRIGUEZ DEVESA, José; SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho penal español. Parte general*. 18. ed., 1995. p. 513 e ss.; em sentido contrário: PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *El riesgo permitido en Derecho penal*, 1995. p. 77, 85 e ss.

<sup>16</sup> CEREZO MIR, José. *Curso del Derecho penal español. Parte general*. 6. ed., 1998. p. 190.

<sup>17</sup> OLG Neustadt, MDR 1956, p. 548; BayObLG, NJW, 1961, p. 2072; *num obiter dictum* também sentenças penais do BGH, p. 88 e 92. v. 4; SCHONCKE/SCHRODER/ESER, *Sfratgesetzbuch Kommentar*, 25. ed., 1997, § 226, p. 16; HIRSCH, Hans Joachim. In: *LK*, 10. ed., 1989, § 226, p. 12; PAEFFGEN, H.U.. In: *NK*. 1. ed. 1997, § 226, p. 93. v. 2; TRÖNDLE, H. *SIGB Kommentar*. 49. ed., em TRÖNDLE/FISCHER, 1999, § 228, p. 7.

*gerischtshof* (BGH) conhecida como “*Beifahrer-Fall*”<sup>18</sup>. Neste caso o objetivo era apenas solucionar uma questão: aquele que confia em um motorista que perceptivelmente não está em condições de dirigir consente como causa de justificação em uma lesão. Mas a argumentação, mediante a qual o BGH denegou o consentimento, encontrou sua aplicação em todo tipo de ações de risco, nas que obviamente deve ser incluído o esporte. Porque se o BGH, na sua interpretação de uma “ação a risco próprio”, entendia que ao interpretar o consentimento como justificação em um caso de possíveis danos de bens jurídicos era adotada uma “posição artificial e alheia à vida real” e que, por sua vez, em razão de sua “incorporação negocial inadequada” (requisito de capacidade contratual, caráter receptício) não se possa considerar oportuno para a obtenção de soluções adequadas (BGHZ 34, 355/360 ss.), portanto seria necessário questionar também em outros supostos de ações de risco, a convivência da figura do consentimento.

A Sentença BGHZ 63, 140 (“*Preßschlag-Fall*”) já propiciou isso no âmbito do futebol. Se partirmos do fato, deixando de lado a problemática da prova de que ambos os jogadores tenham chutado ao mesmo tempo a bola e um deles tenha errado o chute causando um dano ao outro jogador, não significa que estejamos perante uma infração das regras esportivas. Nestas condições, e seguindo a concepção anterior, não haveria problemas em negar responsabilidade e punibilidade conforme os princípios que regem o consentimento. Claro que ainda faltaria discutir se uma ação, em regra, requer algum consentimento – o que será negado mais adiante (tese 4). O BGH, por sua vez, entendeu que o consentimento não era apropriado para resolver tais casos, porquanto não seria possível dizer que o participante em um campeonato de futebol consentisse em suas próprias lesões. A aplicação do consentimento seria adequada se o paciente permitisse a intervenção médica que deve ser realizada, que neste caso o médico o lesionaria de maneira intencional (BGHZ 29, 33). Entretanto, no futebol, o jogador não deveria sofrer, em princípio, nenhum tipo de lesão. Conjeturar seu consentimento seria uma “presunção artificial que somente poderia ser levada em conta em casos de esportes claramente perigosos” (ralis automobilísticos perigosos, escaladas arriscadas, boxe, luta etc.): “No entanto, um jogador de futebol acredita que não acontecerá nenhum tipo de lesão, mesmo não sendo respeitadas as regras do jogo válidas para todos os participantes” (BGHZ 63, 140/144). O BGH, por outro lado, considerou necessário fundamentar a exclusão de responsabilidade em casos de ações regulamentares através do princípio anco-rado no § 242 BGH (Código Civil alemão) do *venire contra factum proprium*, pois já que o jogador de futebol é consciente de que uma situação da qual participe possa causar lesões involuntárias, deve ser considerado “irri-

<sup>18</sup> BGHZ, p. 355. v. 34, comentada por FLUME, W. NJW, 1961, p. 655.

tante” que o próprio lesionado tente carregar sobre outro um dano que ele (conscientemente) tenha aceitado. Assim, o BGH quer abrir caminho para a possibilidade já anunciada na Sentença do “*Beifahrer-Fall*” de uma distribuição de responsabilidade em casos de coexistência de culpas do lesionado conforme o § 254 BGH, ao invés da solução do “tudo ou nada”.

Que esta seja metodologicamente a guia adequada para alcançar uma meta legítima é uma questão que os civilistas deverão resolver<sup>19</sup>. Do ponto de vista penal não são convincentes as objeções que o BGH utiliza contra a solução do consentimento. Não somente não entende o consentimento como uma declaração negociada, e considera-se determinante a capacidade natural do entendimento, de forma que, como consequência, não se expõem aqui os problemas relativos à proteção jurídica civil do menor<sup>20</sup>, senão que também parece que BGH desconhece em sua Sentença do “*Preßschlag-Fall*” a diferença existente entre o consentimento em uma lesão e o consentimento no risco. E é possível dizer que estas duas figuras de consentimento estão tendo cada vez mais um maior reconhecimento no Direito Penal, com efeitos ao menos nos resultados<sup>21</sup>.

Porém, embora deva ser reconhecido o papel relevante que o consentimento desempenha nos casos de lesões esportivas, ainda existem muitas questões pendentes. Neste escrito constam, a seguir, apenas as mais importantes: qual é o âmbito de aplicação do consentimento: a ação ou o resultado? Até que ponto poderá justificar, inclusive, as consequências mortais? Qual importância deve ser atribuída ao fato de as regras do jogo serem ou não observadas? Até que ponto é possível consentir uma infração regulamentar? Até que ponto os limites ao consentimento podem ser deduzidos da cláusula dos bons costumes do § 228 STGB? Somente referentes ao resultado? Ou também levando em consideração a forma e o grau da infração? Deve-se entender que o consentimento é individualmente restringível ou revogável? Que repercussão isso teria na relação entre os jogadores? Porém, surge entre as outras indagações, uma questão primordial: até que ponto será realmente necessário o consentimento para que uma lesão fique impune? Não se poderia deduzir a impunibilidade de outros princípios, que inclusive sejam preferenciais?

<sup>19</sup> De forma diferenciada: MERTENS, H. J. *Münchener Kommentar zum BGH*. 3. ed., 1997, § 823, p. 322. v. 4, que renuncia à ilicitude nas condutas esportivas. Para outras perspectivas cíveis remeto às considerações posteriores. De forma completa as exigências que o BGH (NJW 1976, 957) estabelece para a determinação da imprudência.

<sup>20</sup> Conforme, entre outros: SCH/SCH-T. LENCKNER (como nota 17), comentário aos § 32 e ss.

<sup>21</sup> JESCHECK H.H. WEIGEND, T. *Lehrbuch des Strafrechts*. 5. ed., 1996. p. 591; ROXIN (como nota 11), p. 955, considera, ao contrário, que a aceitação do risco suprime a imputação objetiva. Mas isso é simplesmente uma frase retórica.

2. Destarte, aqui é apresentada principalmente uma questão sobre a “adequação social” nos comportamentos com risco. Pois sempre quando esta se impõe desaparece inclusive a tipicidade, sem que, além disso, seja requerido um consentimento<sup>22</sup>, embora também seja certo que esta figura é objeto de importantes críticas justamente pela imprecisão dos seus critérios<sup>23</sup>. Porém, mesmo quando se possa admitir, principalmente, uma adequação social, isso somente permitirá a exclusão das lesões que sejam consequência de condutas adequadas às regras esportivas. Por outro lado, nos supostos de infrações de regras esportivas deveriam ser procuradas outras razões para a impunidade.

3. Para tal, recorre-se à figura do “risco permitido”, como se constata – ao menos substancialmente – na Sentença do “*Basketball-Fall*”<sup>24</sup>. Aqui o BGH declara procedente o contato físico sob determinadas circunstâncias: como por exemplo, empurrões e outras condutas toleráveis quando o ataque se destina à bola e não ao jogador<sup>25</sup>. Assim, fica coberto o risco iminente das atividades esportivas que incluam contato físico. Razão pela qual, posteriormente, deverá ser feita uma análise detalhada deste fator de justificação, cuja importância fundamental ainda não foi completamente reconhecida.

4. Antes de continuar, é importante mencionar um aspecto da responsabilidade da qual a jurisprudência civil sói fazer uso: a *culpabilidade*. Para que não seja necessário decidir, nem sistemática nem materialmente, a discussão em torno à adequação social<sup>26</sup>, à ação a risco próprio ou ao consentimento, trata-se de levar a problemática ao âmbito da culpabilidade<sup>27</sup>.

Outra linha de defesa contra o excesso de uma responsabilidade crescente está constituída na “repartição da prova”, que recai sobre o jogador que causa a lesão, a quem lhe corresponde a prova de que a lesão do adversário não é contrária às regras; prova que na prática não estará isenta de dificuldades<sup>28</sup>.

5. Porém, também foram tentadas soluções processuais<sup>29</sup> e foi recomendado à Promotoria que negue o “interesse público” na perseguição

<sup>22</sup> Sobre a adequação social, conforme: JESCHECK/WEIGEND (como na nota 11), p. 251 e ss.

<sup>23</sup> ROXIN (como nota 11) p. 239. ESER, Albin. *Sozialadaquanz. Eine überflüssige oder unersetzliche RechtsAgur*, en Festschrift für ROXIN (em fase de publicação).

<sup>24</sup> A propósito: ESER, Albin (como nota 5), p. 372 e ss.

<sup>25</sup> BGH VersR, 1976, p. 775 e ss.

<sup>26</sup> A propósito: BGHZ 63, 140, 144 e ss.

<sup>27</sup> OLG Neustadt MOR, 1956, p. 550 e ss.; BGH NJW, 1976, p. 956 e ss.; de forma semelhante: DEUTSCH, E. *Die Mitspielerverletzung mi Sport*, VersS, 1974, p. 1045 e ss.; FRIEDERICH, P. M. *Die Haftung des Sportlers aus*, § 823.1; BGH, NJW, 1966, p. 755;

conforme: OLG Hamm MDR 1985, p. 847.

<sup>28</sup> BGH NJW, 1972; OLG Hamm NJW-RR, 1991, p. 149.

<sup>29</sup> GAWRON, *Die strafrechtliche Beurteilung der Körperverletzung mi Sport*, 1956, p. 194, recordado por Dölling, O. *Körperverletzung mi Sport*. In: ZStW, 96, 1984. p. 36, 54 e ss.

penal no sentido do § 374, 1, n. 4 e 376 da STPO, de lesões imprudentes que não tenham tido consequências graves. Esta forma de proceder não só reduziria o mandato da norma do delito de lesões<sup>30</sup> – com consequências imprevisíveis para a aceitação do Direito Penal *in toto* –; senão que a perseguição e o castigo dependeriam da produção, na maioria das vezes, casual de uma lesão grave. Por isso, não é possível manter uma posição pouco definida.

Uma das principais razões para afirmar a insuficiência de uma tentativa de solução ao mesmo tempo “monista” e dirigida a um determinado princípio único reside em que é parte de um caso isolado, ao invés de reconhecer as múltiplas formas de manifestação das lesões esportivas. Assim sendo, dependendo de que uma lesão possa ser reconduzida à infração de uma regra, e dependendo das repercussões que tal lesão tem e da situação em que age o lesionado, surgem as diversas constelações de casos com, provavelmente, diferentes consequências jurídicas. Nisso influem consideravelmente três fatores relevantes: o fator do resultado, o da regra e o da situação<sup>31</sup>. Amparado por esta sistemática é possível delimitar as barreiras de cada constelação de casos e, em função das mesmas, encontrar solução para cada fator.

#### IV A ANÁLISE DAS LESÕES ESPORTIVAS NO PLANO TÍPICO

**Tese 3.** No concernente ao plano típico é possível delimitar o maior número de condutas, que são cotidianas na prática dos esportes por equipe e o fato de que os juristas não conhecedores de esportes exigem a intervenção do Ministério Público.

O fator do resultado permite negar a tipicidade de um delito de lesões quando um jogador, durante o jogo é derrubado por um empurrão ou de outra forma é derrubado, sem sofrer lesão alguma. Se este comportamento fosse medido pelas mesmas regras que um comportamento similar na vida normal fora do campo, a solução não seria outra que a de considerar o empurrão ou a queda, tanto na rua como no campo, como um “*comportamento desproporcional e lamentável*”, que representa uma lesão<sup>32</sup>. Fica claro que esse resultado não tem correspondência com as diferenças marcadas pela situação específica e pela relevância da ação determinada pelo contexto so-

<sup>30</sup> DÖLLING, O. (como na nota 29), p. 55.

<sup>31</sup> No fundamental, de acordo SCHILD (como na nota 6), p. 591, quem, de todos os modos, acentua o fator regra de outro modo.

<sup>32</sup> ESER, Albin (como nota 5), p. 371; HORN. *In: SK.* 7. ed., 1998, § 223, p. 4. t. 2; OLG Zweibrcken NstE § 223, n. 7.



cial em questão<sup>33</sup>. Do ponto de vista de um observador imparcial<sup>34</sup>, que conhece os costumes de uma determinada prática esportiva, em caso de luta durante a qual um adversário for empurrado sem que isso acarrete uma lesão, não há maltrato físico, sem que se cogite se o jogador deixou de respeitar alguma regra. Em uma interpretação acorde à situação concreta dos elementos típicos de um delito de lesões, não se pode desconsiderar que nos esportes por equipes estas ações sejam consideradas normais, e não condutas lamentáveis ou desmedidas<sup>35</sup>. Em alguns tipos de esportes, como o hóquei sobre gelo, o futebol americano ou o rúgbi, não tão populares na Europa, estas formas de comportamento tão “robustas” fazem parte necessariamente do desenvolvimento do jogo. Estes comportamentos poderiam constituir elementos do tipo em uma interpretação socialmente adequada e referida à situação, mas não se pode afirmar que o tipo objetivo do injusto de lesões tenha sido cumprido. Por isso, neste grupo de casos não se trata mais de determinar se foi ou não materializado um risco não permitido ou, se através do consentimento, a antijuridicidade do fato desaparece.

O mesmo acontece com os empurrões que desrespeitam o regulamento. Enquanto o ataque antijurídico acontecer durante o desenvolvimento do jogo, e não tiver consequências lesivas, poderão ser negados os elementos do tipo objetivo de um delito de lesões através de uma interpretação baseada na adequação social e na situação concreta, como foi anteriormente exposto. Inclusive as regras da Federação Alemã de Futebol, que dessa forma – ou de forma parecida – regem o resto do mundo facilitam esta forma de agir; pois determinados comportamentos comuns no futebol, mas que não acarretam um aumento do risco de lesão, são proibidos e castigados com uma falta, mas não necessariamente com cartão ou expulsão. Atribui-se ao árbitro uma determinada capacidade de análise do jogo, conforme pressupõe o art. 12 do regulamento federativo alemão, que diz que em um ataque direto do jogador, o comportamento pode ser avaliado “conforme o critério do árbitro como um ataque corporal imprudente, descuidado ou desmedido”. Esta prerrogativa de valoração que permitem as regras do esporte impede um ordenamento estrito dos empurrões contrários ao regulamento dentro do tipo de lesões.

A situação é contrária quando a conduta antirregulamentar acontece fora do desenvolvimento do jogo, enquanto não se der em um contexto determinado pela situação referida ao mesmo e forem fatos que apresentem uma configuração especial. Nestes casos, pode-se afirmar o tipo objetivo de um delito de lesões a partir de uma perspectiva objetiva e uma interpretação em função da adequação social e da relação com a situação; somente faltaria

<sup>33</sup> Assim: ESER, Albin (como na nota 5), p. 371.

<sup>34</sup> Respeito à relevância desta perspectiva: SCH/SCH/ESER (como na nota 17) § 223.

<sup>35</sup> Quando isso acontece durante a disputa pela bola e o adversário não é tocado, conforme a Regra 12 do Regulamento de Futebol da Federação Alemã.

determinar se compete no caso concreto, do ponto de vista da antijuridicidade, o consentimento ou o estado de necessidade.

## V AS LESÕES RESULTANTES DE CONDUTAS ESPORTIVAS REGULARES E A ADEQUAÇÃO SOCIAL

**Tese 4.** Nos casos das lesões produto de um comportamento regulamentar sempre se estará perante supostos de adequação social, ou seja, não serão contrários aos deveres normativos do jogador, e por isso não se requer um consentimento individual adicional.

1. O teor literal dos parágrafos 223 e 229 do STGB se pode cumprir inclusive com um arranhão ou um galo na cabeça<sup>36</sup>. Enquanto forem lesões leves normalmente produzidas em esportes com contato físico – poderão ser excluídas do âmbito típico como consequência de uma conduta socialmente adequada. Quanto ao “maltrato corporal” devemos considerar aqui a exclusão do “comportamento desmedido”. Para a afirmação de um dano à saúde no sentido do parágrafo 223 do STGB é necessário que haja a provocação ou o aumento de um estado patológico, o que seria perceptível em um arranhão ou em uma contusão<sup>37</sup>. O que pode ser questionado é – inclusive considerando a forte proteção do bem jurídico da integridade física (*vide art. 2.2 da Lei Fundamental de Bonn*) – em qual proporção é possível interpretar o tipo de forma restritiva? Para isso, poderia ser aplicado o requisito de uma piora “insignificante” do estado corporal<sup>38</sup> e em casos de meros arranhões e pequenas feridas, poder-se-ia falar de um ataque insignificante à saúde em função da situação e do contexto<sup>39</sup>.

2. É duvidosa a questão de determinar, da mesma forma, se as lesões graves devem permanecer impunes, levando em conta as construções jurídicas, mas, de fato, afirma-se que sim. No que é considerado básico encontramos unanimidade: de fato, há regras de cuidado comparáveis dentro da regulamentação geral dos esportes, que devem ser respeitadas pelos jogadores no referente ao seu comportamento, sem que seja necessário o consentimento do lesionado<sup>40</sup>. Neste caso o “fator regra” é a questão relevante para a decisão.

a) Em casos de comportamentos imprudentes, é possível negar um comportamento contrário ao dever de cuidado quando o jogador tiver res-

<sup>36</sup> HIRSCH. *In: LH*; (como na nota 17), § 223, n. 12.

<sup>37</sup> SCH/SCH/ESER (como na nota 17), § 223, n. 5.

<sup>38</sup> HORN. *In: SK* (como na nota 32), § 223, n. 18.

<sup>39</sup> Sobre as exigências cíveis, *vide: LANGE. Schadenersatz*. 2. ed., 1990, § 10 XIV 1, 2; contrariamente: HAGER, L. *In: Staudinger*. 13. ed., 1999, § 823, n. B 11.

<sup>40</sup> Infelizmente, OLG München NJW 1970, p. 2297, se o consentimento for recusado nas lesões cometidas segundo o regulamento.

peitado as regras, e estas regras, por sua vez, tentarem reduzir ao mínimo o risco de lesão iminente na prática do esporte; não por serem contrárias ao ordenamento básico constitucional pode-se obviar que o tribunal exija “o dever de cuidado necessário no trânsito” aplicado à prática esportiva<sup>41</sup>. Aqui falta o dever de cuidado, constitutivo de uma lesão imprudente. Isto rege consequentemente em casos de resultado mortal, pois se trata do respeito à regra de cuidado da ação e não do resultado produzido<sup>42</sup>.

b) Em casos de ações em conformidade às regras, independentemente de que as lesões tenham sido realizadas com dolo eventual – no esporte não se deve apressar a afirmação do dolo eventual –, não se pode contar com esta possibilidade, mas a realização dolosa e antijurídica do resultado representa a lesão do dever de cuidado característica do delito doloso<sup>43</sup>. Para evitar as consequências penais de lesões cometidas com dolo eventual dentro das regras do jogo (por exemplo, um arranhão) é possível recorrer à negação da realização de um perigo não aproveitado no âmbito da imputação objetiva<sup>44</sup>. Este não é o lugar para discutir a posição sistemática e a significação fundamental do risco permitido<sup>45</sup>; no entanto, deve-se reconhecer que há grupos de casos nos quais é alcançado um risco juridicamente relevante, mas aceito pela comunidade, pois resulta mais importante a ponderação sobre as vantagens sociais dessa atividade perigosa que os possíveis danos que se possam produzir. Um exemplo didático seria o tráfego viário cuja colocação em prática do ponto de vista estatístico produz inumeráveis vítimas mortais inclusive quando acontece dentro das regras. Porém, como a mobilidade de pessoas e bens é muito importante para a economia de um país, inclusive é a expressão da liberdade dos indivíduos, o tráfego viário constitui um risco permitido. O mesmo acontece com o esporte: o esporte também tem uma grande relevância para o convívio social dos indivíduos e, evidentemente, para a economia<sup>46</sup>. O Estado tolera o esporte não só no âmbito das regras internas, mas também o promove com subvenções ou, por exemplo, através da limitação da utilização dos elementos de publicidade nacional, para os quais a própria lei se remete à “responsabilidade político social” da

<sup>41</sup> ESER, Albin (como na nota 5), p. 372.

<sup>42</sup> Nesse sentido, corretamente: BGHZ 53, 104, 106.

<sup>43</sup> Respeito a lesões conforme as regras, mas cometidas com dolo eventual: SCHILD, Jura, 1982, p. 520 e 526.

<sup>44</sup> ROXIN, Claus (como na nota 21), p. 314 e ss.

<sup>45</sup> De um lado: ROXIN (como na nota 21), p. 319; de outro lado: JESCHECK/WEIGEND (como na nota 21) p. 400; “o mesmo princípio estrutural para distintas causas de justificação”; de forma contrária: SCH/SCH/LENCKNER (como na nota 17), anotação 93 ao § 13 e ss., quem distingue entre risco permitido como causa de justificação e risco permitido, irrelevante para a imputação objetiva, por ser socialmente adequado; claramente, também: SCH/SCH/LENCKNER (como na nota 17), § 15, n. 145 e ss.

<sup>46</sup> Conforme SCHILD (como na nota 6).

Federação (§ 31 da Lei contra a limitação da publicidade). Partindo destas premissas é difícil considerar um comportamento lesivo, cometido dentro do âmbito de umas regras aprovadas pelo legislador, mas ao mesmo tempo, contrárias ao jogo, como “um caso normal” de injusto típico, e menos no âmbito das causas de justificação para negar a punibilidade através do consentimento, como normalmente se faz<sup>47</sup>. Além disso, a opinião que sustenta o consentimento como causa de justificação, somente pode atender à posição subjetiva do jogador, mas não à relevância objetiva do esporte para a sociedade, o que faz que, inclusive nos casos duvidosos, seja aceito um consentimento conclusivo<sup>48</sup> se não houver a intenção, através da negação da causa de justificação, de penalizar de fato o esporte como um todo.

3. Para esse grupo de casos é possível afirmar que em lesões leves realizadas em conformidade às regras do jogo, não acontece a tipicidade, pois em casos de imprudência falta a lesão do dever de cuidado e em casos de dolo eventual falta a criação de um perigo não permitido no âmbito da imputação objetiva. Evidentemente, isto não rege no caso de um jogador que atue com a intenção de lesionar (dolo direto de primeiro grau), pois isto representa não somente uma ação contrária ao jogo, mas ainda uma ação anti-jurídica, com a qual se realiza um risco não permitido<sup>49</sup>.

## VI AS LESÕES RESULTANTES DE LEVES VIOLAÇÕES DAS REGRAS ESPORTIVAS

**Tese 5.** Lesões cometidas através de contravenções leves de uma regra são impunes sempre que mantidas dentro do risco permitido, independentemente de que sejam contrárias ao dever do cuidado.

1. A opinião majoritária<sup>50</sup> tenta resolver estes casos mediante o consentimento, como foi dito anteriormente. Assim, diz-se que a infração levemente culposa das regras esportivas é justificável pelo consentimento, mas o mesmo não acontece com as manifestações dolosas. Mas, da mesma maneira convincente em que foi exposto por Zipf, este enfoque não consegue satisfazer nem à figura jurídica do consentimento como renúncia pessoal a um bem jurídico nem à função social do esporte. Deveremos contentar-nos

<sup>47</sup> HIRSCH. In: LK (como na nota 17) § 226a, n. 12.

<sup>48</sup> A respeito, criticamente: SCHILD (como na nota 6), p. 521 e ss.

<sup>49</sup> Conforme ZIPF *Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten mi Strafrecht*, ZStW 82, 1970, p. 633 e 634.

<sup>50</sup> OLG Neistadt MdR, 1956, p. 550; BGH NJW, 1976, p. 956 e ss; de forma similar: DUETSCH (como na nota 27), VerS 1974, p. 1045 e ss; FRIEDERICH (como na nota 27) NJW, 1966, p. 775. Também OLG Ha. MDR, 1985, p. 847.

com um consentimento geral padronizado e fictício, desaparecendo assim o caráter individual deste; caso contrário teria que ser exigido um consentimento individual de cada jogador para cada caso concreto. Isto daria lugar não apenas a problemas no concernente à capacidade e revogação do consentimento, senão que tampouco corresponderia ao significado supraindividual que o esporte tem para a coletividade.

2. Entretanto, podemos trazer à tona uma diferenciação – que se produz particularmente na jurisprudência civil – entre proporção e gravidade do dano, como, por exemplo, o fez a Audiência Provincial de Neustadt<sup>51</sup>: *“Não há nenhuma base para afirmar que (o jogador) quisesse, através da atividade esportiva, expressar seu desejo de recorrer a uma lesão produzida como uma forma de substituir essa lesão. Esse tipo de consentimento poderia ser aceito no caso de lesão insignificante”*<sup>52</sup>. No entanto, as decisões civis nas quais se denuncia primordialmente para se obter uma indenização, por exemplo, no caso de incapacidade para o trabalho, não estão livres de ponderação de equidade embora não seja mencionado explicitamente. Isso poderia ser uma explicação para o fato dos tribunais civis não aceitarem a queixa de indenização em caso de aceitação de risco, quando as consequências da lesão forem absolutamente desmedidas. Em um processo penal, a segurança jurídica ficaria seriamente ameaçada se a efetividade do consentimento dependesse da gravidade da lesão. E isso se deve ao fato de que normalmente nos esportes por equipes, como é o caso do futebol, depende do acaso para que a bola acerte um destino desejado, ou, por um desvio da bola, atinja o adversário. E em segundo lugar, não será levado em conta, na hora de se estabelecer uma diferenciação no resultado lesivo, se o consentimento se refere aos riscos inerentes a um determinado esporte e não ao resultado lesivo<sup>53</sup>. É que um consentimento ativo tem uma determinada transcendência; mas esta deveria ficar clara para todas as classes de esportes, sendo que sempre são produzidos os mesmos riscos. A assunção de que um atleta poderia prestar seu consentimento para um determinado âmbito de lesão do bem jurídico<sup>54</sup> falha quando o atleta não tiver esclarecido expressamente o que normalmente não se produz nesse esporte. Permitir operar as reservas mentais com efeitos sobre a penalidade, quando a aparência externa do comportamento social tem outra significação objetiva, seria contrário ao

<sup>51</sup> MDR 1956, 548, 549.

<sup>52</sup> Também: ROXIN (como na nota 21), p. 474 e ss., que parte da inadequação do consentimento nas lesões perigosas para a vida; um ponto de vista, que se pode subscrever quando o consentimento não está referido à periculosidade da ação com respeito à vida.

<sup>53</sup> ESER, Albin (como na nota 5), p. 373; igualmente: HIRSCH. In: LK (como na nota 17) § 226a, n. 83: BayObLG NJW 1961, p. 2072 e 2073.

<sup>54</sup> Assim: SCHROEDER. In: SCHROEDER/KAUFMANN, *Sport und Recht*, 1972. p. 30.

sentido do consentimento e se aproximaria ao *venire contra factum proprium*; independentemente disto, nos depararíamos com as infranqueáveis dificuldades de prova, se as duas equipes polemizassem sobre o âmbito do consentimento. As objeções relativas à confiança em um consentimento ilimitado também são válidas nos casos de erro de proibição, quando o sujeito tiver interpretado equivocadamente o consentimento, pois então seria preciso provar se o sujeito foi além das fronteiras do consentimento, lesionando o dever de cuidado.

3. Contra a relevância do aspecto subjetivo da infração das regras, no sentido de que as infrações dolosas não estão contempladas pelo consentimento e os comportamentos imprudentes somente o estão em casos de lesão do dever de cuidado devido a um estado de superexcitação, irreflexão ou atordoamento<sup>55</sup>, é possível alegar a faculdade de valoração do árbitro na interpretação das regras e das sanções, a qual, segundo a experiência, nos indica que inclusive as infrações dolosas são suscetíveis de estratificação do injusto precisamente pela periculosidade objetiva. Assim o demonstra, por exemplo, a regra 12 do regulamento de futebol da Federação alemã, determinando que a gravidade da sanção dependa do aspecto objetivo e não do subjetivo. Por conseguinte, deve-se considerar que as infrações dolosas das regras vão ser produzidas em muitas situações durante o jogo, mas nem por isso as consequências da ação serão mais graves ao ponto de que seja necessário impor-lhes a sanção mais grave. Estaríamos perante uma contradição entre as regras do esporte e o Direito Penal se o mesmo comportamento fosse sancionado moderadamente em função das regras do jogo, mas considerado uma lesão do ponto de vista penal. A impunidade de determinadas infrações dolosas às regras não significa que o Direito permita que os costumes se tornem “selvagens” no esporte<sup>56</sup>, significa reconhecer quais soluções rígidas não se ajustam a este problema tão complexo, e isso nos levaria senão à proibição de todos os esportes, ao menos a considerar as condutas realizadas com dolo eventual e as imprudentes como a imagem das classes de esportes que levam implícito um risco. Se conforme a posição pessoal do jogador e os resultados lesivos nos levarem a uma perspectiva diferente do consentimento com resultados contraditórios e servirem também para a segurança jurídica, então deveremos procurar outros critérios de justiça.

<sup>55</sup> Segundo o exposto o BoyObLG (Tribunal Superior de Baviera) distingue JR 1961, p. 72-73; NJW 1961, p. 2072 e 2073: “o consentimento [...] não pode abarcar as ações dos adversários cometidas mediante uma infração dolosa das regras que produzem uma lesão”. A respeito da responsabilidade civil, também: MERTENS em MK (como na nota 19) § 823, n. 333 e ss., que distingue entre infrações das regras dolosas e imprudentes e não considera o consentimento sobre o risco. Ainda: HAGER, Staudinger (como na nota 39), comentário 50 ao § 823 e ss.

<sup>56</sup> Assim, todavia, HAGER (como na nota 39), comentário 50 aos § 823 e ss.

4. É duvidoso, por outro lado, que aqui se possa aplicar a teoria da “adequação social” como foi proposto por Zipf<sup>57</sup>. Se as regras reguladoras do desenvolvimento do esporte têm por finalidade a concretização do dever de cuidado de vinculação geral, então não se pode considerar que uma infração de regras esportivas seja “adequada às regras em termos gerais”, sem entrar na contradição interna que se produz ao qualificar ações como adequadas, às que anteriormente tinham sido “indeferidas” a aprovação geral exigida para o julgamento sobre a adequação social, considerando contrário às regras Zipf de contrabalançar esta argumentação aduzindo que seria em função dos interesses do esporte que teriam que ser toleradas certas irregularidades regulamentares. Porém, em minha opinião, não suporia uma adequação social excludente da tipicidade, senão que estaríamos perante um suposto de “risco permitido” relevante para a justificação<sup>58</sup> ou – conforme nova opinião – no marco de imputação objetiva.

5. Porém, este não é o marco adequado para que sejam discutidos os prós e os contras da justificação existencial, a localização e a delimitação da “adequação social” e o “risco permitido”<sup>59</sup>. Não deve ser tanto uma questão terminológica, senão uma determinação do que é fundamental. Ganha aqui uma relevância especial os seguintes aspectos.

Por um lado, a constatação de que o esporte é objeto do interesse geral e que determinadas atividades esportivas praticamente desapareceriam se fosse perseguida penalmente qualquer infração regulamentar. Para evitar que estas atividades se desvirtuem por sua desnaturalização, deverão ser aceitas certas infrações das regras esportivas, além do risco de lesões que acarretam, visto que aqui se trata de uma ponderação entre a proteção individual, por um lado, e pelo outro o interesse geral existente em torno a estas atividades esportivas competitivas. Uma ponderação, que embora não tenha sido qualificada sempre como tal, sempre foi levada em conta pela jurisprudência: é o caso “Grätschsprung-Fall”, no qual se declara que em determinadas atividades esportivas há um grau de irregularidades regulamentares perigosas que por inevitáveis devem ser aceitas.

Para que esta ponderação possa agir como causa de justificação, outro aspecto deve ser adicionado, a saber: a aceitação plenamente consciente desse risco, já que esta ponderação de interesses não bastaria para dar lugar a uma justificação baseada exclusivamente nos princípios do estado de

<sup>57</sup> ZIPF (como na nota 14), p. 94 e ss.

<sup>58</sup> ESER, Albin (como na nota 5), p. 372, onde os argumentos introduzidos não dependem da localização típica do problema.

<sup>59</sup> Em geral, a respeito: HIRSCH H. J. Sozialadäquanz und Unrechtslehre. In: ZStW 74, 1962, p. 78 e ss.; PREUSS, U. Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht, 1974; SCH/SCH/LENCKNER (como na nota 17) § 15 n. 144 e ss., assim como o comentário 107a, 107b, e ao § 32.

necessidade (§ 34 STGB), pois não se pode qualificar o interesse pelo esporte como um bem geralmente superior ao risco de lesões. Pelo contrário, estamos diante de um exemplo diferente do caso de uma causa de justificacão por estado de necessidade, no qual um bem jurídico também pode ser sacrificado contra a vontade do titular deste, porque aqui o jogador não se expõe ao risco contra a sua vontade. Neste sentido, na possível justificacão de lesões contrárias às regras esportivas encerra, de fato, um aspecto consensual. Mas diferentemente do consentimento de caráter individual e concreto em determinadas lesões trata-se aqui, porém, nos casos questionados tão somente de uma aceitaçã de uma situaçã geral de risco, que é aceita pelo ordenamento jurídico em funçã do interesse geral.

Se a esta combinaçã de aspectos de ponderaçã e de aceitaçã de riscos quisermos denominar "risco permitido", isso teria uma importãncia meramente secundária. Somente será relevante que as irregularidades regulamentares causadoras de lesões podem estar justificadas, pois são imprescindíveis para o bom funcionamento do jogo, de maneira similar a comportamentos com risco realizados com uma finalidade legítima.

## VII AS LESÕES RESULTANTES DE GRAVES VIOLAÇÕES DAS REGRAS ESPORTIVAS

**Tese 6.** As infrações regulamentares graves (como aquelas que supunham um aumento do risco) já não podem ser contempladas pelo risco permitido, e por isso é necessário um consentimento individual do afetado para a sua justificacão.

Obviamente, não é qualquer infraçã das regras que deve ficar impune, mas somente aquelas que se mantiverem dentro do âmbito do risco e da ponderaçã. Isso, no entanto, só é aceitável em infrações leves das regras – ponto sobre o qual, naturalmente, estou ciente da falta de concreçã do conceito de leveza e deverá ser substituído por uma opçã melhor, se com isso for abrangida a escassa relevãncia objetiva da infraçã, além dos fatores subjetivos atenuantes.

Esta tolerãncia, no entanto, deve encontrar seus limites onde a infraçã atinge um grau de envergadura de risco, que não pode ser tolerado nem sequer levando em conta o caráter da luta do esporte em questã; e, por conseguinte, tampouco no caso em que pelo mesmo esporte se exponha a risco que não seja aceitável de forma alguma. A esta categoria pertencem principalmente todos aqueles comportamentos que elevam muito o risco que se pode deduzir tanto de um alto grau de probabilidade de produçã de uma lesã como da gravidade potencial da mesma. A esta categoria, por exemplo,



pertencem os chutes dados ao goleiro que está no chão<sup>60</sup>, os chutes nos joelhos do adversário, infrações deste tipo que sofrem penalidade de expulsão de campo.

Isso não significa que qualquer infração similar das regras acarrete necessariamente uma sanção. Pois, por último, deve ser comprovado no campo da culpabilidade, até que ponto era de fato previsível a produção da lesão do ponto de vista subjetivo (o qual é mais fácil de ser detectado em jogadores profissionais do que em aficionados) e se o jogador, apesar da tensão do jogo, poderia ou não ter agido de outra maneira<sup>61</sup>.

De qualquer maneira, não é totalmente descartável a apreciação de uma causa de justificação prévia à prova da culpabilidade – em todas estas infrações geradoras de um risco. E isso não baseado no “risco permitido”, senão no consentimento individual durante o desenvolvimento concreto da lesão<sup>62</sup>. De fato, a simples aceitação do jogo como tal – contrariamente ao que acontece para a assunção em geral do risco permitido – não basta; o lesionado deve consentir no desenvolvimento da ação geradora do risco, e pode acontecer evidentemente, que o goleiro responda ao atacante perigoso de forma igualmente violenta. Dependendo de que o afetado esteja consciente não somente do risco, senão também – o que pouco acontece – da inevitável lesão que se produzirá, estaremos diante de um “consentimento na lesão” ou de um “consentimento no risco”, cuja diferença terminológica é irrelevante para a penalidade como a Audiência territorial de Bayer estabelece: “*Quem está de acordo com o perigo inerente à ação, deve aceitar todas as consequências que dele sejam oriundas*”<sup>63</sup>.

Mas também o consentimento encontra suas limitações ali onde terminam as necessidades de disposição do afetado: como nos casos destas lesões ou perigos, cuja aceitação por parte do sujeito é contrária às disposições contidas no § 228 STGB. Isso vale para aqueles riscos mortais ou para mutilações de órgãos fundamentais<sup>64</sup> como também para lesões que produzem uma incapacidade permanente<sup>65</sup> o que, afortunadamente, raramente acontece na prática de esportes por equipes.

<sup>60</sup> De forma instrutiva, a respeito: OLG Neustadt MDR, 1956, p. 548 e 549; e BoyObLG NJW, 1961, p. 2072 - 2073.

<sup>61</sup> A respeito: BoyObLG NJW, 1961, p. 2072 e 2073; conforme, DEUTSCH (como na nota 27) VersR.

<sup>62</sup> Sobre a sucessão “escalonada” do “risco permitido” (ou adequação social) e consentimento – sem considerar as diferenças sistemáticas – corretamente: ZIPF (como na nota 14), p. 97 e ss.

<sup>63</sup> NJW 1961, p. 2072 e 2073; nesse sentido: HIRSCH. In: LK (como na nota 17) comentário 106 ao § 32.

<sup>64</sup> Conforme BGHZ 34, 355, 361.

<sup>65</sup> TRÖNDUE (como na nota 17), § 228, n. 7 e ss.; SCH/SCH/STREE (como na nota 17), § 226, n. 6 e ss.

## VIII AS LESÕES INTENCIONAIS, O CONSENTIMENTO INDIVIDUAL E A CLÁUSULA DOS BONS COSTUMES

**Tese 7.** As lesões intencionais serão antijurídicas e podem ser justificadas mediante um consentimento individual dentro do limite do costume reconhecido no § 228 do StGB.

Estes princípios expostos para as lesões perigosas também valem – e desta forma chegamos ao último grupo de casos – para lesões intencionais, e isso independentemente de serem antirregulamentares ou conforme as regras<sup>66</sup>. Pois as regras pretendem excluir as lesões, (isto pode circunscrever-se às regras gerais) uma regra não será respeitada quando o seu conteúdo, sob circunstâncias concretas, conduzir à lesão<sup>67</sup> – procurada pelo sujeito – Quando alguém se aproveita desta situação e produz uma lesão amparando-se no jogo regulamentar, age em fraude da lei e não se pode proteger no tipo de “risco permitido” como acontece nos supostos de dolo eventual, porque estes casos deixam impunes somente os riscos, e não as lesões intencionais.

Apesar disso, nem todas as lesões intencionais ficam de fora da aplicação de uma causa de justificação, quando se pode admitir de forma excepcional o consentimento individual para o caso concreto que levaria à impunidade<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> ZIPF. *In*: MAURACH/ZIPF, *Strafrecht AT*. 7. ed., 1987. p. 215. v. 1.

<sup>67</sup> Conforme: SCHROEDER (como na nota 54), p. 26.

<sup>68</sup> Conforme ZIPF *Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten mi Strafrecht*. ZStW 82, 1970, p. 633 e 634.