

**IMPREVISIBILIDADE DO RESULTADO
DANOSO.** Justificativa supra-legal. Lesão
em atividade desportiva.

Arnaldo Carvalho de Oliveira
Promotor Público em Porto Alegre

1. O advogado Djalma Pimentel Maurenre, impetra a presente ordem de **Habeas-Corpus** em favor do seu colega Renato Rossell Sarmiento por ter este, no dia 27 de maio de 1973, naquela cidade de Bagé, quando participava de uma corrida de "kart", promovida pela Federação Gaúcha de Automobilismo, perdido o comando do seu veículo, ao se arrebentar um parafuso conhecido por "sapo", fixador do volante de direção, com isso vindo a atingir o menor Cezar Camilo Maglione que assistia o espetáculo, que sofreu as lesões corporais de natureza leve descritas no laudo de fls. Por isso, e por se achar incurso nas sanções do art. 129, § 6.º, do Código Penal, contra o Paciente foi instaurada ação penal, por Portaria policial, tendo o processo seu curso normal com interrogatório do réu, procedido pelo Dr. Juiz de Direito da 2.ª Vara Criminal que, recebendo a defesa prévia, onde o Impretrante alegava as mesmas razões aqui aduzidas, não as conhecia, relegando-as para apreciação na sentença. Junta o Impetrante cópia fototástica de todo o processo.

Neste Tribunal alega a inexistência de crime por não ter sido a conduta do Paciente, antijurídica.

2. A espécie apresenta-se ouriçada de indagações e exige uma prudente reflexão.

Por primeiro, temos que considerar se a competência estava ou não autorizada pela Autoridade policial. Não estava, segundo o ofício n. 1.165/75, de 5 de dezembro de 1975, do sr. Delegado de Polícia titular da CIRETRAN de Bagé (cf. fls.).

Em segundo lugar, cabe indagar-se se um julgamento favorável deste Tribunal ainda poderia ser útil e de interesse do Paciente, pois a audiência de debates e julgamento estava designada para 13 do corrente mês (fls.) o que, se efetivada, está consumada.

Considerando o último enfoque parece-nos que, mesmo que o Juízo a quo já tenha sentenciado ainda assim é pertinente este **Habeas Corpus**. E isso porque se sentença condenatória houver ainda não estaria esgotada a instância pois é certo que dessa decisão haverá recurso para este Tribunal, o que deixa a questão em aberto. Não se faz, assim, necessária a baixa deste processo em diligência, como nos pareceu aconselhável a princípio, para se saber se houve ou não uma decisão sentencial na audiência acima referida.

Em relação à primeira situação acima levantada cumpre dizer que, mesmo não havendo uma autorização prévia e expressa da Autoridade policial, autorizando a competência, ainda assim houve tácita autorização dado não ter a Autoridade policial impedido a disputa.

3. Essa colocação nos leva à apreciação do mérito do pedido pois influirá na responsabilidade penal do Paciente.

Cumprido, de logo, ressaltar-se que, no nosso sistema penal as justificativas legais, em condições de elidir o caráter criminoso do fato, encontram-se definidas no art. 19 do Código Penal. Elas excluem o caráter antijurídico do fato delitivo pois a própria Lei autoriza ou permite a ação.

Sabe-se que fato antijurídico é o contrário ao Direito. É, portanto, juízo de valor exercido pelo agente no momento em que pratica a conduta delituosa. O Prof. FREDERICO MARQUES assim entende: "A ilicitude penal tem de ser examinada em face do direito positivo." (Curso de direito penal, Ed. Saraiva, 1956, v.2, p.108). Há, assim, uma delimitação e uma vinculação na apreciação do antijurídico, não só em relação ao momento consumativo do comportamento do agente, mas também em relação às causas justificantes abrigadas na lei penal. Infere-se daí que não se pode considerar nenhuma outra causa como excludente criminal.

Não obstante, como acentua o Prof. PAULO JOSÉ DA COSTA JR., citando Maggiore, "há um sem número de situações que o legislador mais previdente não pode prever. Há o imponderável ju-

ridico, que nenhum decreto legislativo pode definir e catalogar, por não antevê-lo", pelo que, "formam-se, então, nos desvãos das malhas legislativas, lacunas e deficiências." (In Considerações em torno à supra-legalidade no direito penal. **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal**, do Instituto de Criminologia da Guanabara, v.6, p.19). Por isso mesmo, não pode o Julgador ater-se às limitações do Direito Penal escrito, cumprindo ir além na busca da compreensão dos princípios informativos da culpabilidade do agente.

Houvesse tal limitação, ter-se-ia de, neste processo, liminarmente negar a ordem requerida, porque a conduta do Paciente não se enquadra em nenhum dos casos apontados no art. 19 do Código Penal.

Mas, como indaga o Prof. PAULO JOSÉ DA COSTA JR., no estudo acima mencionado, "que fazer? Respeitar a legalidade plena, assecuratória do princípio da certeza? Estaria, assim, preservada a liberdade individual. Que não seria atingida a não ser nos moldes preestabelecidos pela norma legal" ou, "seria acaso preferível, respeitando o esquema legislativo naquilo que tange às definições dos crimes e das penas, abrir um respiradouro à equidade?", onde, "através desta válvula de escape estar-se-ia adequando o direito à justiça."

Lecionam magistrais penalistas (ASUA, Tratado de derecho penal, t.3, p.1.010 e segs.; BETTIOL, Direito penal, v.1, p.316 e segs.; BATTAGLINI, Direito penal, p.217 e segs.; FREDERICO MARQUES, Curso de direito penal, v.2, p.102 e segs., dentre outros) que o exame da injuricidade da ação não pode jungir-se às justificativas legais adotadas na lei. Existem as chamadas supra-legais que, embora juridicamente existentes não foram consideradas pelo legislador a ponto de inseri-las na lei penal. Autores há, como SOLER, que se opõem a esse entendimento assinalando do perigo que representa para o ordem jurídica tal imprecisão. Mas, como assinala MEZGER, a lei não exaure o direito em sua totalidade, pelo que se impõe a criação de um direito paralelo, *praeter legem*. Por isso mesmo, os contornos metajurídicos das justificativas super-legais são contestadas, levando o Prof. ASUA a afirmar: "Sin la menor vacilación proclamamos el concepto supralegal de lo injusto, en el que se apoyará, además, la noción supralegal de las causas justificantes", referindo, ainda, que, "la noción supralegal de lo injusto no es, en modo alguno metajuridica puesto que parte del bien jurídico, como fin del precepto de la ley, en cada caso concreto." (Ob. cit., p.1.070).

Há realmente, situações paradoxais, no comportamento do individuo. Vezes sem conta pratica ele ações plenamente autorizadas com reflexos causantes de criminalidade.

Nesses casos deve ele submeter-se às injunções processuais-penais ou pode o Juiz — e, antes que o Juiz, o Ministério Público — reconhecer essa situação admitindo a inexistência de crime, por faltar a antijuricidade do ato?

Sabemos que a “antijuricidade consiste precisamente numa valoração que realiza o juiz acerca do caráter lesivo de uma conduta humana” (cf. BETTIOL, ob. cit., p.318). Essa valoração, quando o fato aparentemente delituoso se encontrar claramente definido, pode ser realizada *a priori*. O processo penal tem a finalidade de investigar da culpabilidade do réu pelo fato nele abordado. Se, sem ele, o Juiz tem condições de valorar do caráter delitivo do fato nada impede que de logo defina os limites da responsabilidade penal em questão.

É o caso, na espécie.

As lesões esportivas, como as cirúrgicas, a matança em guerra, etc., são atípicas porque “socialmente adequadas”, segundo conceito dogmático-penal alemão, plenamente aceito; ou porque não se adequam ao tipo, ou não constituem crime porque justificadas pela respectiva excludente objetiva. A. BOHEMERO afirmava, há dois séculos passados, a inexistência de crime quando as ações puníveis fossem, de forma excepcional, permitidas (*apud*, HELENO FRAGOSO, “Antijuricidade”, in *Revista Forense*, v.208, p.19).

4. Assim, numa síntese: o Paciente disputava uma corrida de “kart”, em rua central da cidade de Bagé. Embora não expressamente autorizada pela Polícia de trânsito, a corrida se realizou por promoção da Federação Gaúcha de Automobilismo e com o consentimento tácito da Autoridade policial. Houve um imprevisto acidente mecânico com o veículo, fazendo com que o Paciente perdesse seu controle e viesse a atingir expectadores, causando lesões corporais leves em um deles. Inexiste, nessas circunstâncias, responsabilidade penal de sua parte por não ter sido antijurídica essa conduta. Essa justificativa temos que buscá-la no plano das super-legais, por não se encontrarem objetivamente inseridas na lei penal e por necessidade de, o Tribunal, estabelecer os limites da responsabilidade penal trazida à sua consideração e decisão.

Opino, pois, pela concessão da ordem para que a ação penal instaurada e em processamento na 2.^a Vara Criminal da comarca de Bagé seja trancada por falta de justa causa.

É o parecer, à consideração da douta Câmara.

Porto Alegre, 17 de maio de 1976.