

Crisafulli e Ferreira: Pela não criminalização do doping

No primeiro final de semana do passado mês de dezembro de 2022, Messi fez o seu milésimo jogo profissional. Quiseram os deuses (ou terá sido D10s?) [1] que o maior jogador de futebol do século XXI alcançasse tal marca pela seleção de seu país, nas oitavas de final do Mundial do Catar, contra a Austrália, por ele anotado na competição.



Mas, ao se falar em Argentina, Austrália, camisa 10

albiceleste, capitão, craque, Copa do Mundo... fica quase impossível não vir logo à memória outro *hermano*, cujas atitudes fora dos gramados ficaram quase tão famosas quanto seus magníficos feitos em campo.

Este texto, apesar de não ser sobre Diego Armando Maradona, partirá de determinado episódio envolvendo-o para desenvolver a presente temática.

O episódio em tela, aliás, há de ser dividido em duas etapas. A Copa de 1994 não é lembrada apenas pelo tetracampeonato da seleção brasileira. O teste positivo de Maradona para um coquetel de cinco drogas (efedrina, norefedrina, pseudoefedrina, norpseudoefedrina e metaefedrina) foi também um evento muito relevante.

Autor do famoso gol com *la mano de Dios*, marcado nas quartas de final do Mundial de 1986, no México, contra a Inglaterra, o craque argentino ficara alijado de sua seleção por todas as Eliminatórias, vindo a ser convocado pelo treinador, Alfio Basile, apenas para a repescagem, contra a Austrália, em outubro e novembro de 1993.

Embora Maradona, anos mais tarde, tenha insinuado que toda a seleção argentina jogou dopada aquelas duas partidas, por saber que não haveria controle antidopagem — fato, este, que viria a ser desmentido pela Associação de Futebol da Argentina (AFA) [2] —, a verdade é que somente meses depois do dito confronto, por ocasião da partida contra a Nigéria, válida pela segunda rodada do Mundial, viria o resultado analítico adverso de seu teste. A seleção argentina, por sua vez, teve o seu caminho no torneio interrompido logo adiante, pela Romênia, na fase de oitavas de final — exatamente a mesma em que Messi e companhia despacharam os *Socceroos* no Catar.

Tudo quanto acima narrado tem como gancho a seguinte pergunta, que estes autores já tiveram a oportunidade de analisar, de modo mais aprofundado, na obra *Direito Econômico Desportivo* (LTr, 2019) [3], mas ora retomam, de modo bastante reduzido, por ocasião da Copa do Mundo de 2022: há de ser o *doping* criminalizado?

Desde já, vale esclarecer-se que, para além de se estar diante de questão de cariz de política legislativa [4], não se trata de algo uníssono. Do ponto de vista internacional, há países que tipificam determinadas condutas relacionadas ao *doping*, *e.g.*, a França, a Itália, a Áustria e a Alemanha; outros já o fizeram no passado, mas reviram a sua legislação e extirparam a dopagem do rol de ilícitos criminais, *v.g.*, Portugal e Espanha. O Brasil, por seu turno, não reputa o *doping* como delito, apesar de o Projeto de Lei nº 728, de 2011, do Senado Federal, ter intentado criminalizar o *doping* "nocivo", por dolo ou culpa [5] — todavia, isto não foi adiante.

Nessa senda, a pergunta que fica é: numa compreensão dogmática e pragmática, faz sentido tipificar-se o delito de dopagem (*rectius*: tipificarem-se condutas atinentes à dopagem) ou a melhor solução é mesmo aquela hodiernamente adotada pelo legislador brasileiro, a saber, a sua não criminalização?

Sem se aprofundar demasiadamente a esse respeito no presente artigo, dado não ser a sede ideal para tanto — aqui, busca-se apenas trazerem-se breves nótulas a respeito, como forma até mesmo de se motivar o debate jurídico-acadêmico e, por que não, colaborar com eventuais discussões político-legislativas —, em que pese a se enxergar certo movimento internacional, capitaneado e/ou chancelado pelos entes desportivos, rumo à criminalização do *doping*, não se afigura a melhor solução aquela que tipifica o uso de substâncias ou mecanismos dopantes.

Argumentos a favor e contra a tipificação dessas condutas existem os mais variados. O primeiro deles se vincula à saúde, seja esta a pública (*Volksgesundheit*) [6], seja sob a perspectiva individual.

O maior problema de se dar prevalência a esse argumento, ou seja, de se enxergar que o bem jurídico tutelado com a criminalização da dopagem é a saúde — no caso, a saúde pública — reside no fato de que sequer se é possível de fato falar-se na existência de tal bem jurídico coletivo, sendo preferível ater-se, sempre, à "saúde de cada indivíduo concreto" [7], sob pena até mesmo de se fundamentar proibição penal na proteção de bem jurídico fictício — algo absolutamente inadmissível [8].

No que tange à vertente individual da concepção de saúde, a incriminação do *autodoping* é igualmente questionável: a uma, porque a autolesão não é punível [9]; a duas, porque se estaria diante, nesse caso, de paternalismo injustificado, na medida em que, não havendo carência de autonomia da pessoa afetada, descabido falar-se em intervenção do Direito Criminal na autodeterminação do indivíduo. Igualmente, a falta de ofensividade [10] e alteridade na conduta também demonstram não se sustentar o bem jurídico saúde individual como argumento bastante à tipificação do delito de dopagem.

Já no *heterodoping*, ou seja, quando terceiro(s) determina(m) a utilização de substância ou método dopante pelo atleta, sendo ele consentido, novamente se estaria diante de paternalismo – aqui, do tipo indireto [11] —, dado que "o destinatário da cominação legal de pena é um terceiro coparticipante da decisão, e não o próprio sujeito que toma a decisão" [12]. Se, contudo, se tratar de *heterodopagem* não consentida, designadamente em casos de erro ou coação, o vício no consentimento do praticante esportivo será argumento bastante a afastar a sua responsabilidade jurídico-penal.

Outros argumentos que muitas vezes se levantam têm cunho mais econômico, sendo eles, por exemplo, a lealdade e a liberdade concorrencial, na medida em que, quando dopado, o atleta estaria a atuar de modo desleal perante seus adversários e, pois, a desvirtuar a livre competição.

Ocorre que também aqui o melhor entendimento se afigura aquele contrário à criminalização do *doping*, e por um simples — mas importantíssimo, quiçá o mais relevante — motivo: ausência de dignidade penal, isto é, "de um *juízo qualificado de intolerabilidade social*, assente na valoração ético-social de uma conduta, na perspectiva da sua criminalização e punibilidade" [13].

Tal conceito vai na esteira do princípio da *subsidiariedade* e de *ultima ratio* do Direito Penal, segundo o qual a sua intervenção deste somente tem lugar quando a tutela dos bens jurídicos não for alcançável por meio diverso e menos gravoso à liberdade individual, sob pena de se gerarem, no caso concreto, efeitos secundários, de lesividade desproporcional [14].

Com efeito, ao se sustentar a tutela penal do *doping* através do bem jurídico (lealdade na ou livre) concorrência, acaba-se constringindo o esporte a meros valores econômico-patrimoniais. Para além de o desporto, definitivamente, não ser apenas isso, essa tal redução sequer justifica, *per se*, a intervenção penal para fins de criminalizar (condutas concernentes) a dopagem, haja vista que os fins e objetivos perscrutados pelo Direito Concorrencial dizem respeito à eficiência econômica, em prol do consumidor, com a tutela de um bem jurídico da coletividade; porém, a eficiência, independentemente do critério adotado (Princípio de Pareto ou Efeito Kaldor-Hicks), "*não possui qualquer idoneidade para o aspecto punitivo do doping no esporte, tanto na seara administrativa quanto na seara penal. Em outras palavras, o parâmetro não possui ligação material*" [15].

Em suma, portanto, não se vislumbram bens jurídicos a tutelar a intervenção penal na seara do *doping*, ou seja, a justificar a tipificação do delito de dopagem em si. Na realidade, a proibição desta no âmbito do esporte decorre de aspectos ético-morais, e, como cediço, "*meras concepções morais ou idéias de ordem, ainda que partilhadas por toda a sociedade, não merecem uma valoração penal*" [16].

Logo, ante a ausência de bem jurídico a ser protegido pelo Direito Penal, isto é, diante do fato de que, entre todos os bens jurídicos existentes, nenhum deles é passível de ser objeto de escolha do legislador, enquanto valor digno de tutela penal [17], no que concerne à presente temática, a conclusão, em apertada síntese, à qual se chega neste artigo é a de que não se há lugar à tipificação do delito de *doping*, pelo que anda bem a legislação pátria quando não criminaliza as condutas associadas à dopagem, devendo ficar restritas eventuais medidas jurídicas de combate ao *doping* a ações de cunho administrativo, preventivas (conscientização) ou repressivas (sanções disciplinares), ou mesmo de âmbito contratual (resoluções dos contratos de trabalho, de patrocínio, etc.).

[1] Entre os diversos apelidos que Maradona ganhou ao longo de sua carreira, estão *D10s*, *Dieguito*, *El Pibe de Oro*, *El Diez*, *Don Diego*, entre outros.

[2] GE. *Argentina e Austrália já decidiram vaga para a Copa com Maradona em campo e polêmica sobre doping*: Ídolo retornou à seleção para jogos da repescagem em 1993 e, anos depois, disse que jogadores tomaram "café turbinado". Disponível em: <https://ge.globo.com/futebol/selecoes/argentina/noticia/2022/12/03/argentina-e-australia-ja-decidiram-vaga-para-a-copa-com-maradona-em-campo-e-polemica-sobre-doping.ghtml>. Acesso em: 04 dez. 2022.

[3] CRISAFULLI, Felipe Augusto Loschi; FERREIRA, Renata Rodrigues de Abreu. A criminalização do doping: mais do que uma questão econômica, um problema de dignidade jurídico-penal. In: CRISAFULLI, Felipe Augusto Loschi; ANJOS, Leonardo Fernandes dos. *Direito Econômico Desportivo*. São Paulo: LTr, 2019. p. 72-85.

[4] Afinal, por mais reducionista que se possa ser, aqui vale a máxima de que *crime é o que a lei diz que é*, sendo, pois, *a criminalização verdadeiro ato de poder*.

[5] A criminalização do doping dar-se-ia nos seguintes moldes: *'Dopping [sic] nocivo – Art. 10. Ministrar substância ou droga proibida pela organização dos eventos, com vistas a prejudicar o desempenho de atleta ou a sua recuperação física: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa. § 1º Na mesma pena incorre quem vende a substância ou droga proibida pela organização dos eventos, sabendo da destinação prevista no caput deste artigo. § 2º. Se a dopagem é culposa: Pena: detenção, de 1 (um) a 6 (seis meses). § 3º. Se a dopagem é culposa, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se a conduta resultar de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente omite socorro imediato à vítima, não busca reduzir os efeitos do seu ato ou se evade'*.

[6] A saúde pública, enquanto bem jurídico, subdivide-se em duas vertentes, a saúde pública coletiva, que corresponde à soma das saúdes de todos os indivíduos, e a supraindividual, que enxerga a saúde de maneira global e superior, "como um conjunto de condições positivas e negativas que possibilitam o bem-estar das pessoas". ATIENZA MACÍAS, Elena. *¿Dopaje y Salud Pública? La difícil y discutida identificación del bien jurídico protegido en el delito de dopaje. DS: Derecho y Salud. Valencia, v. 26, n. extra 1 (XXV Congreso 2016: El avance de las Ciencias de la Salud y las incertidumbres del Derecho)*, p. 187, 2006. Tradução livre.

[7] GRECO, Luís. Sobre a legitimidade da punição do autodoping nos esportes profissionais In: ROXIN, Claus; GRECO, Luís; LEITE, Alaor. *Doping e Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 53.

[8] ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 50-51.

[9] Nesse sentido, a justificativa para a legislação alemã, por exemplo, punir o esportista quando este tem em sua posse substâncias dopantes decorreria de indício de comercialização (presunção de venda), cfr.: Id. Doping e Direito Penal. In: ROXIN, Claus; GRECO, Luís; LEITE, Alaor. *Doping e Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 33.

[10] Nesse sentido, "a ofensividade consiste em uma barreira ao poder do legislador, vinculando-o ao crime como lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico". SANTOS, Daniel Leonhardt dos. Ofensividade e Bem Jurídico-Penal: conceitos e fundamentos do modelo de crime como ofensa ao bem jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 121, p. 14, jul./ago. 2016.

[11] Fala-se em paternalismo indireto no Direito Penal quando este é utilizado "para proibir comportamentos que auxiliam um outro a, intencionalmente, lesionar-se". HIRSCH, Andrew von. Paternalismo Direto: Autolesões devem ser punidas penalmente? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 67, p. 11, jul./ago. 2007.

[12] GRECO, Luís. Op. cit. p. 61.

[13] ANDRADE, Manuel da Costa. A "Dignidade Penal" e a "Carência de Tutela Penal" como referências de uma doutrina teleológica-racional do crime. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Lisboa, ano 2, v. 2, p. 184, abr./jun. 1992. Grifos no original.

[14] Ibid. p. 186.

[15] DAVID, Décio Franco. Doping em Direito Penal: existe um bem jurídico a ser tutelado? *Revista Liberdades*. São Paulo, n. 10, p. 57, mai./ago. 2012, nota de rodapé n. 82.

[16] HASSEMER, Winfried. *Direito Penal: Fundamentos, Estrutura, Política*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 36.

[17] "Os bens jurídico-penais não são – ou, ao menos, não devem ser – criados pelo direito. A difícil tarefa do direito penal não está, definitivamente, na sua produção, mas no seu adequado 'reconhecimento'". D'AVILA, Fábio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 17, n. 80, p. 21, set./out. 2009.

Date Created

14/01/2023