

**UNIVERSIDADE DE COIMBRA**

**FACULDADE DE DIREITO**



**O CRIME DE *DOPING*  
REFLEXÃO CRÍTICA À LUZ DO PRINCÍPIO DO BEM JURÍDICO**

**ARTHUR LEVY BRANDÃO KULLOK**

**COIMBRA  
2013**

**UNIVERSIDADE DE COIMBRA**

**FACULDADE DE DIREITO**

**2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO**

**O CRIME DE *DOPING*  
REFLEXÃO CRÍTICA À LUZ DO PRINCÍPIO DO BEM JURÍDICO**

**ARTHUR LEVY BRANDÃO KULLOK**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídico-criminais.

Orientador: Professor Doutor Manuel da Costa Andrade.

**COIMBRA  
2013**

À Deus, à minha mãe, à minha esposa e filhas. Por vocês tenho tudo e vos dedico tudo.

# ÍNDICE

ÍNDICE.....	2
ABREVIATURAS.....	4
INTRODUÇÃO .....	6
§1. DEFINIÇÃO DE DOPING.....	6
§2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE ANTIDOPING.....	11
PARTE PRIMEIRA .....	16
CAPÍTULO I.....	16
DO PRINCÍPIO DE PROTEÇÃO DO BEM JURÍDICO COMO FUNDAMENTO DE LEGITIMAÇÃO DO DIREITO PENAL .....	16
§3. CONCEITO MATERIAL DE CRIME .....	16
§5. BEM JURÍDICO E REFERÊNCIA CONSTITUCIONAL.....	19
§6. CONCEITO DOGMÁTICO E POLÍTICO CRIMINAL.....	20
§7. FUNÇÕES DO BEM JURÍDICO .....	21
§8. POSIÇÕES CRÍTICAS AO PRINCÍPIO DE BEM JURÍDICO .....	22
1. Stratenwerth .....	23
2. Amelung .....	24
3. Jakobs .....	27
§9. BENS JURÍDICO INDIVIDUAIS E SUPRAINDIVIDUAIS.....	31
§10. BEM JURÍDICO PENAL E ILÍCITO DE MERA ORDENAÇÃO SOCIAL .....	33
CAPÍTULO II.....	36
DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE PENAL E DA CARÊNCIA DE TUTELA PENAL.....	36
§11. A DIGNIDADE PENAL E A CARÊNCIA DE TUTELA PENAL COMO MACROPRINCÍPIOS DE LEGITIMAÇÃO MATERIAL DO DIREITO PENAL.....	36
§12. POSIÇÃO NA ESTRUTURA DO DELITO.....	37
§13. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE PENAL .....	38
1. Plano transistemático.....	39
2. Plano axiológico-teleológico.....	40
3. Plano jurídico-sistemático .....	43
§14. O PRINCÍPIO DA NECESSIDADE DE PENA.....	43
1. Princípio da necessidade .....	44
2. Princípio da adequação .....	45

PARTE SEGUNDA .....	48
CAPÍTULO III.....	48
DOS BENS JURÍDICOS PERTINENTES AO HALO DE PROTEÇÃO DO DOPING.....	48
§15. DO BEM JURÍDICO DA INTEGRIDADE FÍSICA .....	48
§16. DO BEM JURÍDICO DA SAÚDE PÚBLICA.....	52
1. Definição.....	52
2. Ordem jurídico-constitucional.....	52
3. Ordem jurídico-ordinária.....	53
4. Ordem jurídica-desportiva .....	53
5. Autêntico bem jurídico supraindividual? .....	55
6. Consentimento do atleta.....	61
7. Conclusão parcial.....	63
§17. DOS BENS JURÍDICOS PATRIMONIAIS .....	69
PARTE TERCEIRA.....	71
CAPÍTULO IV .....	71
DO BEM JURÍDICO TÍPICO DO CRIME DE <i>DOPING</i> .....	71
§17. DO BEM JURÍDICO DA ÉTICA DESPORTIVA.....	71
1. Evolução e contextualização histórico-doutrinal .....	71
2. Existe um bem jurídico ética desportiva? .....	77
3. Princípio da necessidade de pena. A ética desportiva deve ser sancionada através de uma intervenção jurídico-criminal? .....	93
CAPÍTULO V .....	95
DO CRIME DE <i>DOPING</i> TIPIFICADO NA LEI PORTUGUESA.....	95
§16. O REGIME JURÍDICO-CRIMINAL DA LEI N. 38/2012, DE 28 DE AGOSTO .....	95
1. Notas introdutórias .....	95
2. O crime de tráfico de substâncias e métodos proibidos.....	96
3. O crime de administração de substâncias e métodos proibidos .....	96
4. O crime de Associação criminosa.....	97
5. A contraordenação de autodoping .....	97
CONCLUSÃO .....	98
BIBLIOGRAFIA .....	100

## ABREVIATURAS

**AA.VV.** – Autores vários

**Ac.** – Acórdão

**AMA** – Agência Mundial Antidopagem

**Art.** – Artigo

**BFDUC** – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

**Cf.** – Conforme

**CMA** – Código Mundial Antidopagem

**COI** – Comitê Olímpico Internacional

**Comentário conimbricense do Código Penal** - FIGUEIREDO DIAS, Jorge de (Dir.).  
Comentário conimbricense do Código Penal: parte especial

**CP** – Código Penal

**CRP** – Constituição da República Portuguesa

**DP I** – FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito penal: parte geral, Tomo 1: Questões fundamentais: a doutrina geral do crime, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

**JA** - Juristische Arbeitsblätter

**JDC** - Jornadas de Direito Criminal

**LB** – Lei n.º 30/2004, de 21 de Julho: Lei de Bases do Desporto

**LBAFD** – Lei n.º 5/2007, de 16 de Janeiro: Lei de Bases da Actividade Física e do Desporto

**LBSD** – Lei n.º 1/90, de 13 de Janeiro: Lei de Bases do Sistema Desportivo

**n.** – Número

**Ob. Cit.** – Obra citada

**RBCC** – Revista Brasileira de Ciências Criminais

**RDE** – Revista de Direito e Economia

**RECPC** - Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología

**RLJ** – Revista de Legislação e Jurisprudência

**RPCC** – Revista Portuguesa de Ciência Criminal

**SpuRt** – Zeitschrift für Sport und Recht

**ss.** – Subsequentes

**STA** – Supremo Tribunal Administrativo

**Strafrecht, AT I** – ROXIN, Claus. Strafrecht Allgemeiner Teil: Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4 Auflage, München, C.H. Beck, 2006

**UNESCO** – Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura

**ZIS** – Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik

**ZtSW** - Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

# INTRODUÇÃO

## §1. DEFINIÇÃO DE DOPING

O problema a que se irá tratar jurídico-criminalmente há de ser abordado, ao menos de forma perfunctória, sob uma perspectiva de direito desportivo, haja vista a primariedade do assunto neste outro ramo do direito. Antes de realizar uma breve evolução histórica do *doping* faz-se necessário começar pela definição do *doping* segundo os termos do direito desportivo, não adentrando na problemática quanto a utilização do termo *doping* tanto em termos desportivos quanto em termos jurídico-criminais, a qual por razões de espaço não poderá ser analisada<sup>1</sup>.

A própria explicação etimológica apresenta incertezas<sup>2</sup>, portanto, utilizar-se-á neste estudo a definição da AMA<sup>3</sup>, a qual se encontra no artigo 1 do CMA. «A dopagem é definida como a verificação de uma ou mais violações das normas antidopagem enunciadas no artigo 2.1 ao 2.8 do presente código». Portanto, deve-se, antes de mais, analisar as condutas que representam uma violação às normas antidopagem segundo o CMA. As

---

<sup>1</sup> A doutrina tem identificado três diferentes classificações do conceito de *doping*: um formal, um material e um teleológico. Para uma análise da discussão ver: VICENTE MARTÍNEZ. *Derecho penal del Deporte*, Barcelona, Bosch, 2010, p. 366-373; Especialmente sobre a problemática jurídico-criminal, com indicações bibliográficas da doutrina alemã, v. LEITE. O doping como suposto problema jurídico-penal: um estudo introdutório in: ROXIN/ GRECO/ LEITE (Orgs.) *Doping e Direito Penal*, São Paulo, Editora Atlas, 2011, p. 19-23; VIEWEG. The Definition of Doping and the Proof of a Doping Offense (An Anti-Doping Rule Violation) Under Special Consideration of the German Legal Position in: *Marquette Sports Law Review*, vol. 15, 2004, p. 37-41; VIEWEG/ SIEKMANN. *Legal Comparison and the Harmonisation of Doping Rules: pilot study for the European Commission*, Duncker & Humblot, Berlin, 2007, p. 160-218; CASTANHEIRA. Um primeiro olhar sobre o novo regime jurídico da luta contra a dopagem no desporto in: *Desporto e Direito*, Ano 7, nº 20, 2010, p. 184-188, *Idem*. *O Fenómeno do Doping no Desporto: o atleta responsável e o irresponsável*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 17-24; SOEK/ VRIJMAN. The Shepherd's Courage - The Olympic Movement Anti-Doping Code in: *The International sports Law Journal*, 2002, n. 1, p. 6-9.

<sup>2</sup> Alguns afirmam que *doping* adveio do inglês *dope* que originariamente significava graxa ou pasta usada como lubrificante. Outros afirmam que veio do flamenco *doop* significando mescla, há quem o relacione com um dialeto africano do século XVII, o qual chamava *dop* uma bebida utilizada em cerimônias de iniciação que continha extratos de noz, de cola, de álcool e de outros produtos. Em 1889 foi incluída a palavra *doping* em um dicionário britânico com a seguinte definição: mescla de opiáceos e analgésicos que se administra a um cavalo de corrida. Por fim, a AMA diz em sua página na internet que a palavra dopagem advém da palavra holandesa *dop* que era o nome de uma bebida alcoólica feita de pele de uva e usada pelos guerreiros Zulu a fim de melhorar as suas habilidades em batalhas. MARTINEZ, pag. 367. No mesmo sentido, BONINI. *Doping e diritto penale*, Padova, CEDAM, 2006, p. 4-7.

<sup>3</sup> Segundo Vieweg a AMA adotou os conceitos materiais (*abstract*) e formais (*pragmatic*) nos artigos 1 e 2. do CMA. V., VIEWEG. *Marquette Sports Law Review*, 2004, p. 38. Em contrário (afirmando que a AMA se utilizou do critério formal), LEITE. O doping como suposto problema jurídico-penal: um estudo introdutório, *ob. cit.*, p. 22. Em sentido crítico, Castanheira entende que a AMA optou por uma técnica legislativa inadequada, pois misturou as condutas proibidas com o âmbito de definição de *doping*. A AMA deveria ter mantido o conceito de *doping* já enraizado no mundo jurídico, proibindo as condutas sem incluí-las no conceito de dopagem. CASTANHEIRA. *Desporto e Direito*, 2010, p. 188.

violações às normas antidoping encontram-se no artigo 2 do CMA. Vejamos, uma por uma, quais são as violações às normas antidopagem segundo o CMA. Assim diz o CMA: «São consideradas como violações das normas *antidoping*»:

2.1 – A presença de uma substância proibida, dos seus metabolitos ou marcadores numa amostra do atleta;

2.2 – Uso ou tentativa de uso por um atleta de uma substância ou de um método proibido;

2.3 – A recusa ou falta, sem justificação válida, a uma coleta de amostra, após notificação em conformidade com as normas *antidopagem* vigentes, ou outro comportamento evasivo a coleta de amostra.

2.4 – Violação das exigências vigentes sobre a disponibilidade do atleta para testes fora de competição. Incluindo a falta de fornecimento de informação sobre a localização e a não realização de testes definidos segundo a norma internacional para testes. Qualquer combinação de três testes perdidos/ou falhas de arquivamento durante um período de 18 meses como determinado pelas organizações *antidopagem* com jurisdição sobre o atleta deve constituir uma violação *antidopagem*.

2.5 – Adulteração ou tentativa de Adulteração de qualquer parte do controle *antidopagem*.

2.6 – Posse de substâncias ou métodos proibidos.

2.7 – Tráfico ou tentativa de tráfico de qualquer substância ou método proibido.

2.8 – Administração ou tentativa de administração à atleta durante a competição de qualquer substância ou método proibido em competição ou administração ou tentativa de administração à atleta fora de competição de qualquer substância ou método proibido fora de competição. Ou ainda auxiliar, incitar, contribuir, instigar, encobrir ou qualquer outro tipo de cumplicidade envolvendo uma violação ou uma tentativa de violação de qualquer norma *antidopagem*<sup>4</sup>.

O artigo 2.1 e seguintes do CMA estabelece que o enquadramento de qualquer uma destas condutas constituirá doping. O CMA preferiu adotar uma definição formal do *doping*<sup>5</sup>, ou seja, apresenta-se um rol de condutas, se houver o enquadramento objetivo da conduta no tipo constituir-se-á uma violação as normas *antidopagem*. O CMA preferiu adotar este modelo do que adotar um modelo material do *doping* e correr o risco de não ver uma conduta preencher suficientemente os requisitos materiais e, assim, deixar um atleta dopado ou um terceiro impune.

---

<sup>4</sup> O presente texto corresponde a uma tradução livre do original de língua inglesa do artigo 2 do CMA.

<sup>5</sup> Neste sentido, LEITE. O doping como suposto problema jurídico-penal: um estudo introdutório, *ob. cit.*, p. 22.

Vistas as condutas ilegais para o ordenamento jurídico-desportivo, resta a dúvida sobre quais são as substâncias e os métodos proibidos que configuram uma conduta proibida. Após a implementação do CMA pelo COI a AMA ficou responsável pela elaboração e divulgação, com periodicidade ao menos anual, da lista de substâncias e de métodos proibidos em competição e fora de competição. Este mandamento está estabelecido no artigo 4.1 do CMA, o qual estabelece que a AMA deve divulgar a lista de substâncias e métodos proibidos como norma-padrão às demais organizações internacionais, a fim de que estas elaborem as suas próprias listas segundo a lista divulgada pela AMA. Consequentemente todas as Federações Internacionais (v.g. FIFA, FIA, IAAF, UCI, FIBA) e nacionais (v.g. FPF, FPB, FPV), bem como o países que criminalizaram condutas relacionadas ao *doping*, utilizar-se-ão da lista elaborada e divulgada pela AMA. Existe, portanto, uma uniformização mundial dos critérios para a proibição de determinadas substâncias e métodos. Frisa-se que existem substâncias proibidas somente em competição, somente fora de competição ou ainda durante a competição ou fora de competição.

A lista torna-se basicamente o recurso final a todas as organizações nacionais, internacionais, públicas e privadas para a constatação do que é permitido e do que é proibido no desporto sobre o *doping*. Esta uniformização já vinha sendo reclamada a muito tempo por uma parte de autores que apontavam para a falibilidade do sistema anterior à criação da AMA, desejavam a criação de um órgão competente universal, único em busca de uma uniformização ao combate ao *doping*<sup>6</sup>. Olhada a lista por uma perspectiva jurídico-criminal, tendo em vista que a lista é adotada como a norma complementar das normas penais em branco, têm-se que o bem jurídico tutelado pelas condutas relacionadas ao *doping* devem depender diretamente daquelas substâncias e métodos considerados proibidos pela lista da AMA. Desta forma, o bem jurídico penal deve estar intrinsecamente conectado aos critérios de determinação das substâncias e métodos proibidos. Em suma, ainda que a lei penal deva considerar a legitimidade democrática das soberanias nacionais, vinculadas caso a caso com as próprias realidades jurídico-sociais internas. Por outro lado, no caso dos crimes de *doping* se obedece a critérios estabelecidos de forma global, mediante critérios uniformizados, não colocados à disposição de quem quer proibir as condutas de *doping*. Não existe, portanto, uma margem de discricionariedade quanto às substâncias e métodos proibidos, ou se aceita o estabelecido pela AMA ou, então, não se criminaliza. Fica ainda a conclusão de que, nos casos dos crimes de *doping*, em razão da uniformidade dos critérios de proibição, o bem jurídico tutelado só pode ser aquele que abarque todos os critérios de proibição, sem deixar escapar o relevo de cada um deles. É, portanto, inconcebível apontar mais de um bem jurídico protegido, mais que só existir um

---

<sup>6</sup> Por todos, VRIJMAN. Harmonisation: a bridge too far? A commentary on current issues and problems in: O'LEARY (Ed.). *Drugs and Doping in: Sport: Socio-Legal Perspectives*, London, Cavendish, 2001, p. 147 ss; HOULIHAN. *Dying to win: doping in sport and the development of anti-doping policy*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 1999, p. 153 ss.

só bem jurídico nos crimes de dopagem, o bem jurídico penal deve ser único em toda a aldeia global<sup>7</sup>.

Para saber se uma substância ou se um método é considerado proibido, a AMA adota alguns critérios orientadores. Os critérios estão previstos no artigo 4.3 do CMA, restando estabelecidos os seguintes: *potencial ou real aumento da performance desportiva; atual ou potencial risco de lesão à saúde do atleta e, violação do espírito desportivo*. Para que uma substância ou um método seja considerado proibido deve haver uma conjugação de ao menos dois dos três critérios acima mencionados<sup>8</sup>.

A substância ou o método poderá ainda ser considerado proibido se possuir efeito mascarante de alguma outra substância ou método proibido<sup>9</sup>.

Para decidir se uma substância ou um método é lesivo a saúde ou se possui o potencial de aumentar a performance dos atletas é necessária comprovação médica ou científica ou ainda a verificação da produção de efeitos farmacológicos ou a comprovação por experimentos<sup>10</sup>. Destarte, há uma exigência científica para comprovar se as substâncias e os métodos violam dois dos três critérios orientadores.

Por outro lado, para determinar se uma substância ou um método viola o critério orientador do espírito desportivo, far-se-á uma avaliação segundo critérios subjetivos, criticada por alguns, mas sustentado por outros. O espírito desportivo, considerado pelo CMA como a essência do Olimpismo<sup>11</sup>, está descrito na introdução ao CMA como a celebração do espírito humano, do corpo e da mente<sup>12</sup> e possui os seguintes valores: ética, jogo limpo e honestidade; saúde; excelência no rendimento; caráter e educação; diversão e satisfação; trabalho em equipe; dedicação e comprometimento; respeito as normas e às leis; respeito próprio e aos demais participantes; coragem; espírito comunitário e solidariedade<sup>13</sup>.

Outro problema que o controle antidopagem irá enfrentar, devido a provável evolução científica, é a definição e a problemática em torno do *doping* genético<sup>14</sup>, o qual está proibido desde a lista elaborada em 2003, com vigência a partir de 2004<sup>15</sup> e previsto na lista da AMA

---

<sup>7</sup> Não deixa de ser interessante que a determinação sobre o bem jurídico tutelado típico das condutas relacionadas à dopagem seja um assunto tão controvertido.

<sup>8</sup> Artigo 4.3.1 do CMA

<sup>9</sup> Artigo 4.3.2 do CMA.

<sup>10</sup> Artigos 4.3.1.1 e 4.3.1.2 do CMA

<sup>11</sup> CMA, p. 14.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> Para maiores detalhes sobre a problemática do gene doping ver: WELLS. Gene doping: the hype and the reality in: *British Journal of Pharmacology*, v. 154, issue 3, 2008, p. 623-631; HAISMA/ DE HON. Gene doping in: *International Journal of Sports Medicine*, v. 27, issue 4, 2006, p. 257-266; FRIEDMANN. How Close Are We to Gene Doping? In: *Hastings Center Report*, v. 40, n. 2, 2010, p. 20-22.

<sup>15</sup> Cf. WELLS. *British Journal of Pharmacology*, 2008, p. 623; HAISMA/ DE HON. *International Journal of Sports Medicine*, 2006, p. 258.

de 2013 na secção dos métodos proibidos<sup>16</sup>. Diz assim, a atual definição: “os seguintes métodos com potencial para aumentar a performance estão proibidos: a transferência de polímeros de ácidos nucleicos ou análogos de ácidos nucleicos; o uso de células normais ou modificadas geneticamente”<sup>17</sup>. O *doping* genético envolverá uma complexa problemática, a ser resolvida em primeira mão pela definição de qual bem jurídico o direito penal deve proteger, só a partir desta consideração é que as demais questões político-criminais e dogmáticas, tais como como o concurso de crimes, serão resolvidas. Por motivos metodológicos e pretendendo responder adequadamente a mais este novo problema social, a problemática do *doping* genético não poderá ser debatido neste âmbito de trabalho.

A última questão que se põe a descoberto em torno de definições sobre o *doping* dá-se com a diferenciação entre o *autodoping* e o *heterodoping*. Esta diferenciação se mostra relevante, tanto por razões dogmáticas, mas principalmente, por razões político-criminais<sup>18</sup>. Pode-se dizer que as diferenças se baseiam em critérios objetivos e subjetivos. Objetivamente as diferenças residem nas condutas legalmente proibidas, v.g. no *heterodoping* administrar, favorecer, prescrever. No *autodoping*, v.g. usar, possuir, recusar o controle. Em termos subjetivos, se por um lado no *autodoping* o próprio atleta é o sujeito ativo (e o beneficiário da substância ou do método) do ilícito, no *heterodoping* qualquer pessoa em torno do atleta (podendo até ser um outro atleta<sup>19</sup> ou uma pessoa coletiva<sup>20</sup>) será a autora das condutas incriminadas. Nas condutas de *heterodoping* o atleta é visto como vítima<sup>21</sup>, enquanto no *autoping* é o próprio autor do crime.

Em suma, para o ordenamento jurídico-desportivo, a definição do *doping* advém da violação das normas antidopagem contidas no artigo 2 do CMA (classificação formal). As normas antidopagem, por sua vez, dependem da inclusão ou não das substâncias e dos métodos proibidos em uma lista publicada anualmente pela AMA. Conforme a definição do *doping* como violação das normas desportivas (classificação formal) e, na esteira das atuais leis criminais que tratam do controle *antidopagem*<sup>22</sup> cabe afirmar que a expressão *doping* para fins jurídico-criminais não precisa ser definida na própria lei penal. É aceitável que a lei penal utilize-se apenas da palavra *doping*, deixando o termo *doping* para a valoração

---

<sup>16</sup> *The 2013 prohibited list*. M3. Gene Doping, p. 6.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> Sobre a *legitimidade* da incriminação do *autodoping* v. GRECO. Sobre a legitimidade da punição do *autodoping* nos esportes profissionais in: ROXIN/ GRECO/LEITE (Orgs.) *Doping e Direito Penal*, São Paulo, Editora Atlas, 2011, p. 48-85.

<sup>19</sup> Neste sentido, VICENTE MARTÍNEZ. *Derecho penal del Deporte*, ob. cit., p. 432; JARVERS *apud* BONINI. *Doping e Diritto Penale*, ob. cit., p. 230.

<sup>20</sup> Em Portugal é o próprio art. 47 da L 38/2012 que expressamente estabelece a possibilidade de imputação criminal às pessoas coletivas. França (art. L 232-28 do *Code du Sport*) e Dinamarca (*Lov om forbud mod visse dopingmidler*, consultado como Act no. 232 of 21 April 1999 - Act on Prohibition of Certain Doping Substances, Section 4, (2)) também estabelecem expressamente a possibilidade de imputação criminal às pessoas coletivas.

<sup>21</sup> Neste sentido, GRECO. Sobre a legitimidade da punição do *autodoping* nos esportes profissionais, ob. cit., p. 49.

<sup>22</sup> Em Portugal, a recente lei n. 38/2012 não estabeleceu uma definição material de *doping*, seguindo, portanto, o mesmo caminho da definição formal estabelecida pelo CMA. Espanha (art. 1, n.1 da *Ley Orgánica 7/2006*, de 21 de noviembre) também optou por uma definição formal de *doping*. Por outro lado, a Itália preferiu adotar um conceito material (art. 1, n. 1 e 2 da *Legge* n. 376, 14 dicembre 2000)

segundo os critérios de um elemento normativo do tipo<sup>23</sup>. A sua precisa compreensão axiológico-normativa dar-se-á segundo os parâmetros do ordenamento jurídico-desportivo, intrinsecamente relacionados com a finalidade de proteção da norma.

## §2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE ANTIDOPING

A proibição de substâncias e de métodos é algo recente na história do esporte, mais ainda um controle realizado de forma padronizada através de uma legislação uniformizada internacionalmente. Data de pouco tempo uma agencia mundial com poderes e efeitos vinculantes a todo o movimento olímpico<sup>24</sup>. Vejamos, brevemente, como começou o controle *antidoping*.

O primeiro relato de uso de substância com potencial de melhoria na performance do atleta, a contar do período dos modernos jogos olímpicos, ocorreu já na terceira olimpíada realizada na cidade de Saint Louis nos Estados unidos da América em 1904 e foi protagonizado por Thomas Hicks que recebeu ainda durante a maratona uma injeção contendo Estricnina<sup>25</sup> que o levou a ganhar a medalha de ouro na prova. A primeira organização desportiva a coibir o *doping* foi a Associação Internacional de Federações de Atletismo – IAAF (em inglês) em 1928<sup>26</sup>. A primeira ferramenta de controle *antidoping* foi o exame de urina que começou a ser realizado pela Associação Internacional de Federações de Atletismo, pela União Ciclística Internacional – UCI (em francês) e pela Federação Internacional de Futebol – FIFA (em francês) a partir do ano de 1966<sup>27</sup>. Em 1967 o COI cria o comitê médico e elabora a primeira lista de substâncias proibidas vindo a aplicá-la

---

<sup>23</sup> Cremos, assim, que incluir o termo *doping* no tipo penal não ofende o princípio da legalidade, mais precisamente a certeza e a determinabilidade da lei penal, pois, na esteira de Figueiredo Dias o critério decisivo para se aferir a respeito do princípio da legalidade do elemento normativo é saber se ele não corrompe o fim de proteção da norma claramente determinado. Cf. FIGUEIREDO DIAS. *DP I*, p. 186.

<sup>24</sup> Segundo o artigo 1.1 da Carta Olímpica de 2011 o Movimento Olímpico possui a seguinte composição e objetivo: «Sob a autoridade e liderança suprema do Comitê Olímpico Internacional, o Movimento Olímpico engloba as organizações, os atletas e outras pessoas que concordam submeter-se à Carta Olímpica. O Movimento Olímpico tem como objetivo contribuir para a construção de um mundo melhor e pacífico através da educação dos jovens por via do desporto, praticado de acordo com o Olimpismo e os seus valores». Dispõe ainda o artigo 1.2 sobre quais são as três principais partes constitutivas: «o Comitê Olímpico Internacional, as Federações Desportivas Internacionais e os Comitês Olímpicos Nacionais».

<sup>25</sup> SAVULESCU/ FOODY/ CLAYTON. Why we should allow performance enhancing drugs in *sport in: British Journal of sports medicine*, v. 38, issue 6, 2004, p. 666.

<sup>26</sup> *Ibidem*; SOTTAS/ ROBINSON / RABIN / SAUGY. The Athlete Biological Passport *in: Clinical Chemistry*, v. 57, issue 7, 2011, p. 970; MARTINEZ. *Derecho penal del Deporte*, *ob. cit.*, p. 382.

<sup>27</sup> SOTTAS / ROBINSON/ RABIN/ SAUGY. *Clinical Chemistry*, 2011, p. 970; REINOLD. *What do we really learn from the history of anti-doping? On the process of constantly increasing restriction and control*. Consultado em: <http://ph.au.dk/en/om-instituttet/sektioner/sektion-for-idraet/forskning/forskningsenhedens-sport-og-kropskultur/international-network-of-humanistic-doping-research/online-resources/commentaries/what-do-we-really-learn-from-the-history-of-anti-doping-on-the-process-of-constantly-increasing-restriction-and-control/>.

mediante testes *antidoping* já na Olimpíada de 1968 na Cidade do México<sup>28</sup>. Durante os anos 1980 são instituídos os controles fora de competição, nos anos 1990 são instituídos os exames de sangue nos atletas<sup>29</sup>. O grande momento político-desportivo do combate ao *doping* se dá com a criação em 1999 da AMA. A partir dali, passa-se a exigir-se sobre esta a responsabilidade pela promoção e coordenação do combate internacional ao *doping*<sup>30</sup>. Para a operacionalização e uniformização do combate universal no âmbito desportivo a AMA elabora em 2003 com vigência a partir de 1 de janeiro de 2004 o CMA. Constituindo, este, o marco do controle *antidoping* a nível mundial. Em suma, desde uma perspectiva desportiva a jurídico-social o doping se apresenta como um problema ainda muito recente na história mundial, carente de estudos, de desenvolvimentos médicos, químicos, biológicos, jurídicos e sociais.

Atualmente, além dos exames de urina e de sangue a mais promissora forma de controle *antidopagem* é o passaporte biológico<sup>31</sup> que consiste, basicamente, em perfis individuais do módulo sanguíneo e, futuramente também dos módulos endócrinos e esteroidais dos atletas com o objetivo de identificar se existe qualquer desvio dos marcadores biológicos segundo as normas pré-definidas de uma condição fisiológica normal. Caso se identifique alguma alteração, concluir-se-á que a alteração se deve somente por uso de substância ou método proibido ou por condição médica<sup>32</sup>. Os dados são armazenados durante toda a vida do atleta, a fim de identificar se os níveis biológicos recolhidos correspondem aos níveis normais segundo as expectativas previamente definidas. A primeira organização desportiva internacional a implementar o passaporte biológico foi a União Ciclística Internacional – UCI em 2008<sup>33</sup>.

No plano das organizações de direito público internacional a primeira organização a combater o doping foi o Conselho da Europa através da Resolução (67) 12 do Comitê de Ministros, em seguida no ano de 1979 emitiu a recomendação (79) 8. Com a recomendação (84) 19 no ano de 1984 firmou o combate com a criação da Carta Europeia contra a Dopagem no Desporto, por fim no ano de 1989 estabeleceu a Convenção Europeia contra a Dopagem. A União Europeia por sua vez não tem uma específica regulação sobre o *doping*<sup>34</sup>, no entanto, não significa que não é participante do combate ao doping, pois coopera tanto com o Conselho Europeu quanto com a AMA. Para este efeito já aprovou

---

<sup>28</sup> Cf. SOTTAS/ ROBINSON/ RABIN/ SAUGY. *Clinical Chemistry*, 2011, p. 970.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> Artigo 4 do Estatuto da AMA.

<sup>31</sup> Em 2009 a AMA publicou a primeira versão do *Passport Operating Guidelines* com a finalidade de ser referência à qualquer organização *antidoping* interessada em desenvolver um programa de monitoramento biológico. Cf. SOTTAS/ ROBINSON/ RABIN/ SAUGY. *Clinical Chemistry*, 2011, p. 971.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> *Idem*, p. 970.

<sup>34</sup> Cf. VIEWEG/ SIEKMANN. *Legal Comparison and the Harmonisation of Doping Rules*, *ob. cit.*, p. 38.

diversas Resoluções em matéria *antidopagem*<sup>35</sup>. A UNESCO também reagiu precocemente contra o *doping* elaborando já em 1978 a Carta Internacional da Educação Física e do Desporto. No ano de 1988 elabora a Carta Internacional Olímpica sobre a Dopagem no Desporto. Por último, a UNESCO, com o intuito de estabelecer princípios comuns, incentivar programas nacionais antidopagem e apresentar aos órgãos governamentais o movimento olímpico, a AMA e o CMA como pilares da luta antidoping a nível mundial, elabora em 2005 a Convenção Internacional contra a Dopagem no Desporto<sup>36-37</sup>.

O recurso às leis penais também apresenta uma evolução incipiente, os países que optaram por criminalizar o doping, em geral, realizaram mais de uma alteração às suas legislações com o objetivo de atualizar as normas de prevenção e combate a dopagem<sup>38</sup>. O primeiro país a criminalizar o *doping* foi a Bélgica em 02 de abril 1965, a lei belga tutela tanto a saúde quanto o *fair play*, incrimina tanto o *autodoping* (uso e recusa ao controle) quanto o *heterodoping* (facilitar de qualquer maneira)<sup>39</sup>. Portugal por sua vez, elaborou uma norma especificamente sobre o doping em 1979 com o Decreto-Lei n.º 374, regulamentado pela Portaria n.º 373/80, já neste Decreto-Lei no artigo 11 o legislador puniu o *heterodoping* da seguinte forma: «Aquele que instigue, auxilie ou ministre ao atleta ou praticante desportivo qualquer produto ou substância de uso tornado ilegítimo por este diploma, visando a participação daquele em competição desportiva oficial, e tenha agido dolosa e directamente, fica sujeito à punição do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 420/70, de 3 de Setembro». A pena prevista para o crime era de prisão e multa de 10.000\$ a 50.000\$. Atualmente é a Lei n. 38/2012, de 28 de agosto que disciplina o combate ao doping em Portugal, mantendo o mesmo regime criminal da lei n. 27/2009. No texto vigente, destacam-se a punição pelos crimes de tráfico de substâncias e métodos proibidos (art. 44), administração de substâncias e métodos proibidos (art. 45), associação criminosa (art. 46). A punibilidade pelo *autodoping* é prevista como contraordenação (art. 49)<sup>40</sup>. Prevê ainda a responsabilidade penal das pessoas coletivas (art. 47) e o dever de denúncia obrigatória nos casos em que «Os titulares dos órgãos e os funcionários das federações desportivas ou das ligas profissionais, associações e agrupamentos de clubes nelas filiados» tenham

---

<sup>35</sup> VICENTE MARTÍNEZ. *Derecho penal del deporte*, ob. cit., p. 384. Desenvolvidamente v., GONZÁLEZ. La represión del dopaje en el ámbito de la Unión Europea in: *Revista Aranzadi de Derecho de deporte y entretenimiento – RjD*, 7, 2002, p. 17-26.

<sup>36</sup> Vide, por todos, UZUELLI. *Aspectos médico-legais da dopagem e o papel dos médicos na luta contra a mesma*, Dissertação apresentada à Faculdade de Medicina da Universidade de Coimbra, 2012, p. 20; VICENTE MARTÍNEZ. *Derecho penal del deporte*, ob. cit., p. 379-384.

<sup>37</sup> Portugal ratificou a Convenção através do Decreto n.º 4-A/2007 de 20 de Marco.

<sup>38</sup> Para uma análise da evolução histórica do combate criminal ao *doping* na Europa. VICENTE MARTÍNEZ. *Derecho Penal del Deporte*, ob. cit., p. 384-394.

<sup>39</sup> VICENTE MARTÍNEZ. *Derecho penal del deporte*, ob. cit., p. 386.

<sup>40</sup> Alar Leite critica o regime português por apresentar uma assimetria no tratamento do autodoping (segundo a lei n. 27/2009, ainda que a crítica possua relevo atual), pois um dos núcleos do tipo no artigo 43, 1 que trata do tráfico é *detiver* e o núcleo do tipo no artigo 48, 1, c) que trata dos ilícitos de mera ordenação social é *possuir*, afirmando que a conduta é “praticamente a mesma, não se entendendo a dupla menção com cargas de desvalor essencialmente diversas”. LEITE. O doping como suposto problema jurídico-penal: um estudo introdutório, ob. cit., p. 12.

conhecimento no exercício das suas funções e por causa delas de qualquer dos crimes previstos na lei antidoping (art. 48). Ainda em relação a evolução histórica da dopagem no desporto, Portugal foi o primeiro país de regime democrático<sup>41</sup> a inserir na Constituição da República de 1976 (art. 79) o direito à cultura física e ao desporto como um direito fundamental de natureza social<sup>42</sup>.

Atualmente, Bélgica<sup>43</sup>, França<sup>44</sup>, Alemanha<sup>45</sup>, Itália<sup>46</sup>, Portugal<sup>47</sup>, Noruega<sup>48</sup>, Uruguai<sup>49</sup>, Espanha<sup>50</sup>, Suécia<sup>51</sup>, Dinamarca<sup>52</sup>, Colômbia<sup>53</sup>, Grécia<sup>54</sup>, preveem punição jurídico-criminal para o combate à dopagem. Por outro lado, os países do sistema legal anglo-saxônico não criminalizam o *doping* mediante crimes específicos<sup>55</sup>.

A luta contra o *doping*, nos tempos atuais, não combate apenas o atleta que se dopa. Os holofotes atuais da ação de controle preventiva e repressiva iluminam a busca por ilícitos praticados nas equipas médicas, nos laboratórios e nas grandes e organizadas organizações que promovem o *doping* dentro do esporte de alta competição. O controle

---

<sup>41</sup> Cf. CASTANHEIRA, *O Fenómeno do Doping no Desporto*, ob. cit., p. 115.

<sup>42</sup> CANOTILHO/ MOREIRA. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume I, 4ª ed., 2007, p. 934. No mesmo sentido, CASTANHEIRA. *Desporto e Direito*, 2010, p. 202.

<sup>43</sup> *Décret du 20 octobre 2011 relatif à la lutte contre le dopage* (M.B. 16/12/2011), artigo 22. Há previsão criminal para as condutas associadas ao *autodoping*, *heterodoping* e ao tráfico de substâncias e métodos proibidos.

<sup>44</sup> *Code du sport*, artigos L232-25 ao L232-30. Há previsão criminal para as condutas associadas ao *autodoping*, *heterodoping* e ao tráfico de substâncias e de métodos proibidos.

<sup>45</sup> *Arzneimittelgesetz*, §6a, (1) e (2a) c/c §95, (1), 2a e 2b; (3), 2. Há previsão criminal para as condutas associadas ao *heterodoping* e ao tráfico de substâncias e de métodos proibidos.

<sup>46</sup> *Legge* 14 dicembre 2000, n. 376, artigo 9. Há previsão criminal para as condutas associadas ao *autodoping*, *heterodoping* e ao tráfico de substâncias e de métodos proibidos.

<sup>47</sup> *Lei* n. 38 de 28 de agosto de 2012, artigos 44,45,46. Há previsão criminal para as condutas associadas ao *heterodoping* e ao tráfico de substâncias e métodos proibidos.

<sup>48</sup> *Straffeloven*, artigo §162B. Há previsão criminal para as condutas associadas ao *heterodoping* e ao tráfico de substâncias.

<sup>49</sup> *Ley* Nº 14.996/1980, artigo 7. Denominada *Decreto-Ley* por *Ley* n. 15.738/1985. Há previsão criminal para as condutas associadas ao *autodoping* e ao *heterodoping*.

<sup>50</sup> *Código Penal*, artigo 361bis. Há previsão criminal para as condutas associadas ao *heterodoping*.

<sup>51</sup> *Lag (1991:1969) om förbud mot vissa dopningsmedel* (consultado como *The Swedish Act prohibiting certain doping substances (1991:1969)*), Section 3. Há previsão criminal para as condutas associadas ao *autodoping* e ao tráfico de substâncias.

<sup>52</sup> *Lov om forbud mod visse dopingmidler* (consultado como *Act no. 232 of 21 April 1999 - Act on Prohibition of Certain Doping Substances*), Section 4. Há previsão criminal para as condutas associadas ao *autodoping*, *heterodoping* e ao tráfico de substâncias.

<sup>53</sup> *Código Penal*, art. 380. Há previsão criminal para as condutas associadas *heterodoping*.

<sup>54</sup> Há previsão criminal para as condutas associadas ao *autodoping* e ao *heterodoping*. Cf. PANAGIOTOPOULOS. *Sports Law: Lex Sportiva & Lex Olimpica – Theory and Praxis*, Athens, Ant. N. Sakkoulas, 2011, p. 289 ss.

<sup>55</sup> Na Grã-Bretanha o motivo é o modelo não intervencionista do Estado no desporto. V. LEWIS/ TAYLOR. *Sport: Law and Practice*, Butterworths, 2003, p. 3-7, 913-915. Para uma visão nos Estados Unidos, v. EPSTEIN. *Sports Law*, Clifton Park, Thomson, 2003, p. 87 ss, 163 ss. Para uma visão da legislação da Austrália ver o último relatório – fevereiro de 2013 – da *Australian Crime Commission* (ACC) que identifica a não regulamentação jurídico-criminal como um problema, pois segundo o relatório foi identificada uma grande influência do crime organizado no tráfico de substâncias e métodos dopantes. Cf. *Organised Crime and Drugs in Sport*, p. 7. No entanto, caso o atleta ou o seu pessoal de apoio se utilize de substâncias controladas (proibidas) legalmente poderão cometer um ilícito criminal (v.g. uso ou venda de drogas sociais).

*antidoping* moderno precisa estar atualizado com as mais recentes técnicas de detecção de substâncias e métodos proibidos. Para tanto, conta com um verdadeiro aparato global utilizando-se de pesquisa e de tecnologia de alto nível, financiados por governos, órgãos supraestatais, empresas e diversas organizações desportivas nacionais e internacionais<sup>56</sup>. A AMA atualmente está no topo da cadeia do controle *antidopagem*, possui um código antidopagem de envergadura e uma lista de substância e métodos proibidos que são usados como referenciais. Estes referenciais trazem uniformidade no combate e asseguram a segurança jurídica para todos os ordenamentos jurídicos desportivos. O CMA e a lista de substâncias e métodos proibidos também são usados como parâmetros pelas legislações criminais *antidoping*. Como visto, todos se reúnem sejam, públicas ou privadas, com o objetivo de combater o doping. A questão que se coloca é a seguinte: o direito penal também deve ser acionado no combate ao *doping* no desporto?

---

<sup>56</sup> Pode-se dizer que os abolicionistas quando justificam a liberalização do *doping* argumentam que os custos do controle preventivo e repressivo sobre o *doping* são escandalosos e de questionável efetividade. Além disso, os altos custos (só a AMA no ano de 2004 tinha um orçamento de 21 milhões de dólares, financiados pelo movimento olímpico e pelos governos de todo o mundo) não se justificam, dentre outras razões, porque existe uma fração muito maior de pessoas que se envolvem, v.g. com o uso de anabolizantes e com compartilhamento de seringas e que embora este seja um verdadeiro problema de saúde, não recebe os recursos necessários para a prevenção e para a redução dos danos. Por todos, KAYSER/ MAURON/ MIAH. Current anti-doping policy: a critical appraisal in: *BMC Medical Ethics*, 2007, 8:2.

## PARTE PRIMEIRA

### CAPÍTULO I DO PRINCÍPIO DE PROTEÇÃO DO BEM JURÍDICO COMO FUNDAMENTO DE LEGITIMAÇÃO DO DIREITO PENAL

#### §3. CONCEITO MATERIAL DE CRIME

Como visto acima, o *doping* tem suscitado uma “moderna” criminalização específica. Questão que não deixa de implicar a necessidade de legitimação material do crime. Por isso, antes de tudo, há de se fazer uma análise do que se trata o conceito material de crime<sup>57</sup>. Entendendo-o como *anterior* ao conceito formal de crime<sup>58</sup>. Dita análise, prevê evitar uma criminalização sentimentalista, corporativista, conseqüentemente infundada, baseada apenas em pressões sociais ou até mesmo proveniente duma moderna doutrina penal<sup>59</sup>, a qual anseia introduzir no Estado uma mera e infeliz experiência de direito comparado. Segundo Figueiredo Dias o conceito material de crime «constitui-se em *padrão crítico* tanto do direito vigente, como do direito a constituir, indicando ao legislador aquilo que ele pode e deve criminalizar e aquilo que ele pode e deve deixar fora do âmbito do direito penal»<sup>60</sup>. No que pertine ao objeto do presente estudo o conceito material de crime releva-se tanto ao analisar o ordenamento jurídico vigente (*lex lata*), quanto uma possível manifestação criminalizadora em qualquer outra latitude (*lex ferenda*).

Não se pode, portanto, arvorar uma intervenção jurídico-criminal legítima nos casos de *doping*, sem observar a limitação estabelecida pelo princípio do bem jurídico. Entendendo o direito penal como um direito de proteção (*Schutzrecht*)<sup>61</sup> de bens jurídicos criminalmente relevantes<sup>62</sup>.

A compreensão que atribui ao direito penal a função de tutela subsidiária de bens jurídicos, embora dominante, não é pacífica, nem sempre o bem jurídico foi pensado como

---

<sup>57</sup> Segundo Costa Andrade é «a doutrina de FEUERBACH, autor a quem ficou a dever-se, logo no limiar do séc. XIX, a primeira tentativa conseqüente de um conceito material de crime, transcendente e critica face ao direito penal vigente». COSTA ANDRADE. *Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*, Coimbra, Coimbra Editora, reimp., 2004, p. 43.

<sup>58</sup> Por todos, FIGUEIREDO DIAS, *DP I*, p. 107. Ainda segundo o autor, o conceito formal de crime, por si só é uma «concepção **inaceitável e inútil**». *Ibidem*.

<sup>59</sup> Para uma breve caracterização da moderna doutrina penal, vide GRECO. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato (com um adendo: princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato)*, Lumen Juris, rio de Janeiro, 2011, p. 1-3.

<sup>60</sup> FIGUEIREDO DIAS, *DP I*, p. 107.

<sup>61</sup> CANOTILHO. Teoria da legislação geral e teoria da legislação penal: I parte in: *BFDUC*, 1988, p. 852. FARIA COSTA. Sobre o objecto de protecção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não liberal in: *RLJ*, nº. 3978, ano 142, 2013, p. 158.

<sup>62</sup> Por todos, ROXIN. *Strafrecht, AT I*, §2/1; FIGUEIREDO DIAS, *DP I*, p. 114.

o é hoje. Na verdade, o conceito remonta ao artigo de Birnbaum<sup>63</sup> de 1834, contendo um carácter eminentemente liberal e individualista, sendo identificado o “bem jurídico” com os interesses primordiais do indivíduo como a vida, o patrimônio e a liberdade<sup>64</sup> ou, nas palavras de Birnbaum, «conceito de um bem a ser definido pela lei»<sup>65</sup>. Nas palavras de Sina o conceito de bem jurídico «significa uma viragem ou, talvez melhor, uma deslocação de tónica. Até ali eram os direitos que estavam no centro da discussão suscitada pelo crime. Noutros termos: eram principalmente os homens e as suas relações, reconhecidas pelo direito, que, como direitos, pertenciam à esfera do espírito. A partir de então são os bens que passam a constituir o essencial. Bens que seguramente *nos pertencem*: o que implica a persistência da relação com o homem, mas não prejudica a acentuação do carácter concreto, objectivo e positivo»<sup>66</sup>.

A concepção de bem jurídico decorre de uma *concepção liberal* do Estado<sup>67</sup>, voltada para uma limitação do controle estatal e do *contrato social* que visa retirar dos homens em sociedade o mínimo possível de seus direitos e liberdades<sup>68</sup>. O bem jurídico é desenvolvido num período *iluminista*, marcado pelo antropocentrismo *humanista*, nasce após o desenvolvimento da doutrina de Feuerbach de apontar a lesão a direitos subjetivos como justificativa ao conceito material de crime, legitimador da intervenção estatal<sup>69</sup>.

#### §4. CONCEITO DE BEM JURÍDICO

Um conceito determinado e acabado de bem jurídico não é de todo possível, embora seja possível estabelecer alguns elementos cruciais que acarretarão num conceito mais ou

---

<sup>63</sup> FIGUEIREDO DIAS, *DPI*, p. 115; COSTA ANDRADE. *Consentimento e acordo em direito penal, ob. cit.*, p. 51.

<sup>64</sup> FIGUEIREDO DIAS. *DPI*, p. 115.

<sup>65</sup> BIRNBAUM *apud* COSTA ANDRADE. *Consentimento e acordo em direito penal, ob. cit.*, p. 52. Costa Andrade chama a atenção para o fato de que Birnbaum não chegou a utilizar a expressão *Rechtsgut* (bem jurídico). Costa Andrade revela como influencias de Birnbaum o jusracionalismo, o iluminismo, o hegelianismo, a escola histórica e o positivismo moderado de Mittermaier. *Ibidem*.

<sup>66</sup> SINA *apud* COSTA ANDRADE. *Consentimento e acordo em direito penal, ob. cit.*, p. 51-52.

<sup>67</sup> Por todos, JESCHECK/ WEIGEND. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, trad. Miguel Colmedo Cardenete, 5ª ed., Granada, Comares, 2002, p. 9; ROXIN atenta para a discussão sobre se o bem jurídico realmente possuía já à época de sua concepção uma conteúdo verdadeiramente liberal, aponta Amelung como um dos autores que sufragam esta posição. *Derecho penal: parte general*, trad. de la 2. ed., alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Thomsom: Civitas, 2007, p. 55.

<sup>68</sup> FIGUEIREDO DIAS. *DPI*, p. 123.

<sup>69</sup> REGIS PRADO. *Bien Jurídico-Penal y Constitución*, Lima, Ara Editores, 2010, p. 34; FIGUEIREDO DIAS. *DPI*, p. 115. Sobre a evolução do conceito de bem jurídico, v., COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo em direito penal, ob. cit.*, p. 42-134; SPORLEDER DE SOUZA. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: Contributo para a Compreensão dos Bens Jurídicos Supra-Individuais*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 80-93; FERNANDEZ. *Bien jurídico y sistema del delito: un ensayo de fundamentación dogmática*, Montevideo, B de f, 2004, p. 11-148.

menos único. Stratenwerth<sup>70</sup> tenta esvaziar o conteúdo do bem jurídico com base na sua falta de clareza, mas acompanhando Schünemann crê-se que «a semântica do princípio de proteção de bens jurídicos não fornece qualquer razão para que nele se veja um instrumento inidôneo para limitar a discricionariedade do legislador»<sup>71</sup>.

Neste sentido, preferimos adotar as condições mínimas colocadas por Figueiredo Dias a uma concepção de bem jurídico sob uma perspectiva teleológico-funcional e racional, em virtude de sua amplitude funcional, crendo que o conteúdo do bem jurídico melhor o expressa do que apenas uma mera definição<sup>72</sup>. Na visão de Figueiredo Dias existem três condições mínimas de exigência para a construção de uma concepção do bem jurídico. *Em primeiro lugar*, o bem jurídico deve possuir um conteúdo material (substanciável), com a finalidade de ser um «indicador útil do conceito material de crime; não bastando por isso que se identifique com os preceitos penais cuja essência pretende traduzir, ou com qualquer técnica jurídica de interpretação ou de aplicação do direito»<sup>73</sup>. *Em segundo lugar*, o bem jurídico deve servir como padrão crítico da *lex lata* e da *lex ferenda*, porque segundo o autor «só assim pode ter a pretensão de se arvorar em critério legitimador do processo de criminalização e de descriminalização»<sup>74</sup>. Possui ainda uma noção transistemática ao sistema normativo jurídico-penal e não dependente deste<sup>75</sup>. *Em terceiro e último lugar* o bem jurídico deve ser «político criminalmente orientado, nesta medida, intra-sistemático relativamente ao sistema social e, mais concretamente, ao sistema jurídico-constitucional»<sup>76</sup>.

Para uma melhor compreensão do conceito de bem jurídico, é preciso, também, distinguir os entendimentos sobre a sua essência. De um lado há aqueles que entendem o

---

<sup>70</sup> STRATENWERTH *apud* SCHÜNEMANN. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal *in*: RBCC, nº. 53, Ano 13, 2005, p. 17.

<sup>71</sup> SCHÜNEMANN. RBCC, nº. 53, 2005, p. 18.

<sup>72</sup> Como definição de bem jurídico penal podem-se apresentar as seguintes de acordo com o país de origem. No Brasil, Fábio D'Ávila, «O bem jurídico-penal é – *i.e.*, deve ser, inapelavelmente – a representação jurídica de um valor transcendente e corporizável». D'ÁVILA. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo *in*: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 197. Na Espanha, Polaino Navarrete, «Por bien jurídico pueden entenderse, [...] todas las categorías conceptuales que asumen un valor, contienen un sentido o sustentan un significado que son positivamente evaluados, dentro de una consideración institucional de la vida regulada por el derecho, como merecedores de la máxima protección jurídica, representada por la cominación penal de determinados comportamientos, mediante descripciones típicas legales de éstos». POLAINO NAVARRETE. *El bien jurídico en el derecho penal*, Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla: Serie Derecho 19, 1974, p. 266. Na Alemanha, ROXIN, «realidades o fines que son necesarios para una vida social libre y segura que garantiza los derechos humanos y fundamentales del individuo, o para el funcionamiento del sistema estatal erigido para la consecución de un fin». ROXIN. És la protecció de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? *In*: HEFENDEHL (Ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 448. Em Portugal, FIGUEIREDO DIAS «expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso» FIGUEIREDO DIAS. *DP I*, p. 114.

<sup>73</sup> FIGUEIREDO DIAS. *DP I*, p. 116.

<sup>74</sup> *Ibidem*.

<sup>75</sup> *Ibidem*.

<sup>76</sup> *Idem*, p. 116-117.

bem jurídico «como um valor, como uma entidade ideal, espiritualizada»<sup>77</sup>. Por outro lado, há os que o entendam «como uma realidade, como um dado fenomênico»<sup>78</sup>. Este estudo caminhará ao lado daqueles últimos que entendem o bem jurídico como uma realidade por possuir um maior poder de delimitação do verdadeiro objeto de proteção do direito penal.

## §5. BEM JURÍDICO E REFERÊNCIA CONSTITUCIONAL

Somente um critério pode ser aceito como qualificado para proceder a concretização material e operativa do bem jurídico penal, a Constituição, pois possui um caráter transistemático, legítimo democraticamente, tornando-se um norte, um horizonte à orientação necessária sobre quais valores são vitais para aquela específica sociedade.

A fim de legitimar sistematicamente o conteúdo do bem jurídico e, obter a fonte de emanção dos valores a serem protegidos pelo direito penal em Estados constitucionais democráticos, aponta-se no horizonte a ordem axiológica jurídico-constitucional<sup>79</sup>. Sendo este o único critério aceitável como qualificado para proceder a concretização material e operativa do bem jurídico<sup>80</sup>. A constituição possui, portanto, um caráter transistemático ao direito penal<sup>81</sup>, reduzindo a diferenças subjetivas de opinião que cada autor pode impor aos critérios de valoração dos bens jurídicos<sup>82</sup>. Portanto, por uma questão de submissão do legislador ordinário, este fica limitado sistematicamente pelos critérios, princípios e valores estabelecidos pelo legislador constituinte, sob pena de inconstitucionalidade da lei<sup>83</sup>. Para além disso, é justamente na constituição que se encontram protegidos os direitos, liberdades e garantias fundamentais dos indivíduos e também os valores de interesse fundamental para a vida em sociedade (v.g. direitos sociais).

Nas palavras de Figueiredo Dias a ordem jurídico constitucional é «o quadro obrigatório de referência e, ao mesmo tempo, o critério regulativo da actividade punitiva do

---

<sup>77</sup> GRECO. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal in: ZENKNER SCHMIDT, Andrei (org.). *Novos rumos do direito penal contemporâneo: livro em homenagem ao Prof. D. Cezar Roberto Bitencourt*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 407 (com referências).

<sup>78</sup> *Ibidem* (com referências).

<sup>79</sup> Adotando-se assim uma teoria constitucionalista do bem jurídico, nos dizeres de AIRES «largamente dominante» AIRES. *Os crimes fiscais: análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso legitimador*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 178. Para uma análise destas teorias v. FERREIRA DA CUNHA. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 142-147 e 167-215; SPORLEDER DE SOUZA. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*, ob. cit., p. 80-93; REGIS PRADO. *Bien Jurídico-Penal y Constitución*, ob. cit., p. 34; FIGUEIREDO DIAS. *DP I*, p. 61-63. FLÁVIO GOMES. *Norma e bem jurídico no direito penal*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 89-105.

<sup>80</sup> FERREIRA DA CUNHA. *Constituição e crime*, ob. cit., p. 112. Aponta este critério após uma longa indagação sobre como o conceito de bem jurídico pode contribuir criticamente para a definição material de crime. Apontando como insuficientes os critérios da *danosidade social*, *ofensividade* e *das pessoas diretamente afetadas pelo crime*.

<sup>81</sup> *Ibidem*.

<sup>82</sup> *Idem*, p. 111.

<sup>83</sup> FIGUEIREDO DIAS. *DP I*, p. 126.

Estado»<sup>84</sup>. Havendo portanto entre a ordem constitucional e a ordem jurídico penal uma «relação de **mútua referência**»<sup>85</sup>. Afastando-se nós aqui de uma teoria constitucionalista estrita, pois nas palavras de Zugaldía Espinar «há que se reconhecer que não é possível deduzir da Constituição um catálogo de regras “matemáticas” e exatas para dar solução definitiva aos problemas da seleção e hierarquização dos bens jurídicos»<sup>86</sup>.

Relevante ainda a indagação de Greco acerca de se uma Constituição com carácter programático (Constituição alemã) ou analítico (Constituição brasileira) pode realmente oferecer uma limitação ao legislador ordinário<sup>87</sup>? A resposta a esta pergunta, no mesmo sentido do autor, é que sim, desde que atendidos os princípios da dignidade penal e da carência de tutela penal, sem olvidar o princípio da proporcionalidade<sup>88</sup>. Por outro lado, Faria Costa embora entendendo como incontestável a referência à Constituição como limite legítimo dos bens jurídicos penais, entende ainda que é possível a materialização excepcional de um bem jurídico penal sem referência constitucional. Segundo o autor, «Seria atribuir, sem fundamento, não só uma natureza estática aos bens jurídicos, como também considerar a Constituição como o seu catálogo mais representativo ou mesmo único»<sup>89</sup>.

## §6. CONCEITO DOGMÁTICO E POLÍTICO CRIMINAL

Alguns problemas urgem logo ao adotar uma concepção de bem jurídico conforme o adotado no presente estudo. Em situação de ainda debate doutrinário está a determinação de um carácter político criminal do conceito de bem jurídico, pois como visto acima, os três elementos estabelecidos por Figueiredo Dias apontam tanto para um conceito dogmático,

---

<sup>84</sup> FIGUEIREDO DIAS. *DPI*, p. 120.

<sup>85</sup> *Ibidem*. O negrito é do autor.

<sup>86</sup> ZUGALDÍA ESPINAR *apud* FLÁVIO GOMES. *Norma e bem jurídico no direito penal*, *ob. cit.*, p. 95. No sentido de uma adoção ampla da constitucionalidade dos bens jurídicos, também, FERREIRA DA CUNHA e FIGUEIREDO DIAS *apud* AIRES. *Os crimes fiscais*, *ob. cit.*, p. 178.

<sup>87</sup> GRECO. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato (com um adendo: princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato)*, *ob. cit.*, p. 82. Colocando a mesma dúvida, mas entendendo que a Constituição não oferece todos os critérios desejáveis para a criminalização, pois entende que o direito penal como estrutura onto-antropológica pode ser constitutivo de valores próprios reconhecidos tão somente pelo legislador ordinário. V., FARIA COSTA. Sobre o objecto de protecção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não liberal *in: RLJ*, 2013, p. 162.

<sup>88</sup> Neste sentido de limitação concreta da natureza constitucional, FLÁVIO GOMES. *Norma e bem jurídico no direito penal*, *ob. cit.*, p. 93-94.

<sup>89</sup> FARIA COSTA. *O perigo em direito penal (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)*, Coimbra, Coimbra Editora, reimp., 2000, p. 199. No mesmo sentido do texto, reafirmando o anteriormente proclamado; *Idem*. Sobre o objecto de protecção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não liberal *in: RLJ*, 2013, p. 161-162.

quanto para um conceito político criminal, ou melhor, num conceito dogmático político criminalmente orientado<sup>90</sup>.

Alguns autores apontam a insuficiência do conceito de bem jurídico como limitador da expansão e da utilização do direito penal. Segundo Greco na doutrina alemã, existem defensores de uma concepção do bem jurídico como limitador do *ius puniendi*, mas também há uma vasta doutrina que rejeita expressamente o conceito político criminal e ainda uma parte da doutrina que apresenta uma cética reserva<sup>91</sup>.

Um conceito dogmático de bem jurídico possui funções interpretativas, exegéticas e sistemáticas<sup>92</sup>. O conceito dogmático de bem jurídico é responsável pela implementação da técnica jurídica adequada à proteção dos bens jurídicos penais dignos de tutela e carecidos de pena previamente selecionados. Neste passo, o jurista tem que ponderar adequadamente a extensão da proteção da norma ao bem jurídico, a delimitação das condutas, atender aos institutos dogmáticos, sempre limitado e atento aos direitos e garantias da pessoa (individual ou coletiva). Em suma, o conceito dogmático do bem jurídico penetra no sistema penal como *prius* responsável por toda a proteção que o direito penal irá oferecer.

O conceito político criminal do bem jurídico penal possui como finalidade uma função crítica de imposição de limites ao legislador<sup>93</sup>. Neste âmbito se tratará do caráter transistemático e pré-jurídico<sup>94</sup> do conceito de bem jurídico, sendo a constituição o único referencial para a extração dos valores jurídico-penais<sup>95</sup>.

## §7. FUNÇÕES DO BEM JURÍDICO

No sentido do que já foi falado acima, realiza-se agora uma breve síntese das funções do bem jurídico no sistema penal. Seguiremos de perto a doutrina de Gonzalo Fernandez, o qual atenta para a problemática das funções do bem jurídico ser controversa, mas com posicionamentos menos divergentes que a questão da delimitação do conteúdo material do

---

<sup>90</sup> Neste sentido, Hassemer fala de uma perspectiva tanto imanente ao sistema, quanto transcendente ao sistema. HASSEMER *apud* GRECO. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato (com um adendo: princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato)*, *ob. cit.*, p. 77.

<sup>91</sup> GRECO. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato (com um adendo: princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato)*, *ob. cit.*, p. 78 (Com referências bibliográficas).

<sup>92</sup> FLÁVIO GOMES. *Norma e bem jurídico no direito penal*, *ob. cit.*, p. 69.

<sup>93</sup> GRECO. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato (com um adendo: princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato)*, *ob. cit.*, p. 77; FLÁVIO GOMES. *Norma e bem jurídico no direito penal*, *ob. cit.*, p. 137.

<sup>94</sup> ROXIN fala que o conceito é prévio ao legislador penal, mas não prévio a Constituição. *Derecho penal*, *ob. cit.*, p. 56.

<sup>95</sup> Por todos, ROXIN. *Derecho penal*, *ob. cit.*, p. 55-56. Em sentido contrário, FARIA COSTA. *O perigo em direito penal (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)*, *ob. cit.*, p. 199.

bem jurídico<sup>96-97</sup>. Posto isso, o bem jurídico apresenta quatro funções. A função crítica ou de garantia (função axiológica), a função de legitimação material da norma, a função teleológica ou dogmática e a função sistemática.

A função crítica ou de garantia, tem características político criminais, tendente a limitar o *ius puniendi* dos Estados. Neste sentido, o bem jurídico será capaz de indicar em cada lei penal o que ela efetivamente protege e o porquê protege. Tem ainda o caráter de revisão crítica sobre a necessidade e a idoneidade da intervenção penal. Tem a ver, portanto, com a função valorativa do direito penal.<sup>98</sup>

A função de legitimação material da norma, apresenta o bem jurídico como o fundamento real da punibilidade, tendo em vista que a lei penal necessita ser justificada, o bem jurídico se revela como prova da autêntica necessidade de intervir.<sup>99</sup>

A função teleológica ou dogmática funciona como critério de interpretação, segundo o qual o bem jurídico é o «conceito central do tipo»<sup>100</sup>. Sendo o instrumento capaz de lograr uma conexão interna ante a política criminal e a dogmática jurídico-penal, possibilitando a criação de um sistema teleológico. É o bem jurídico um elemento imprescindível para interpretar e definir o alcance do tipo legal. Delimita, portanto, qual é a exata matéria de proibição da norma incriminadora<sup>101</sup>.

A função sistemática eleva o bem jurídico à aglutinador, classificador e ponto de referência hierárquica para os tipos legais de crime. O bem jurídico classifica os crimes segundo a homogeneidade dos bens jurídicos tutelados<sup>102</sup>.

## §8. POSIÇÕES CRÍTICAS AO PRINCÍPIO DE BEM JURÍDICO

Embora exista todo um esforço em busca de critérios seguros de legitimação do direito penal através do conceito de bem jurídico. Embora, sejam realizados diversos esforços em busca de delimitar o seu substrato material e a fim de oferecer o rigor necessário reclamado pelo ramo mais gravoso do direito, existem correntes que procuram substituir o princípio de proteção de bens jurídicos com dignidade penal, por outros conteúdos que apontam a insuficiência do conceito de bem jurídico como função do direito penal. Ainda mais atendendo aos mais modernos (e também aos antigos) questionamentos

<sup>96</sup> FERNANDEZ. *Bien jurídico y sistema del delito, ob. cit.*, p. 7.

<sup>97</sup> Para uma análise sobre o conteúdo material do bem jurídico, v. POLAINO NAVARRETE. *El bien jurídico en el derecho penal, ob. cit.*, p. 27-90.

<sup>98</sup> FERNANDEZ. *Bien jurídico y sistema del delito, ob. cit.*, p. 7-8; CANOTILHO. Teoria da legislação geral e teoria da legislação penal in: *BFDUC*, 1988, p. 856 ss.

<sup>99</sup> *Idem*, p. 8.

<sup>100</sup> JESCHECK *apud* FERNANDEZ. *Bien jurídico y sistema del delito, ob. cit.*, p. 8.

<sup>101</sup> *Idem*, p. 8-9.

<sup>102</sup> *Idem*, p. 9-10.

que se colocam à frente do direito penal e que por muitas vezes, suscitam a sua utilização, ainda que fragmentária e de *ultima ratio*, para proteger àqueles novos bens que apelam para a sua proteção. Por outro lado, algumas vezes têm-se que renunciar a criminalização de uma conduta por não apresentar uma elevada dignidade penal em relação ao bem jurídico que pretende proteger. Mesmo assim, existem aqueles que argumentam que o movimento de criminalização e de descriminalização não recorre ao conceito de bem jurídico. Por isto se justifica que ao menos de forma breve e fragmentada sejam vistos alguns dos autores que oferecem resistência ao conceito de bem jurídico.

## 1. *Stratenwerth*

A sociedade em que estamos inseridos atualmente possui características peculiares que não podem ser deixadas de lado pelo moderno direito penal. Nossa era sente as dificuldades impostas pela massiva industrialização, pela necessidade de utilização dos recursos naturais, pela necessidade crescente da produção de energia, pela globalização, pela livre circulação de pessoas e, mais precisamente no ambiente desportivo, pelas novas necessidades sociais que clamam por regulamentação, seja de *ius publicum* ou ainda *ius privatum*. Vivemos numa sociedade de constante alternância de valores ético-sociais. O desporto é um destes valores que nos últimos anos vem crescendo em exposição midiática, importância educativa, ascensão econômica, conseqüentemente adquirindo um maior relevo social. As atuais construções sociais precisam estabelecer critérios precisos e específicos, a fim de se amoldar às novas realidades e aos novos conflitos da comunidade. A alternância destes novos movimentos sociais e o desenvolvimento de novas tecnologias, trazem crescentes questões problemáticas ao âmbito criminal, que se combinadas nos fazem olhar para o direito penal do passado, em busca de definirmos o direito penal do futuro. Estamos, outrossim, inseridos nas chamadas sociedade da informação e na sociedade do risco<sup>103</sup>.

Segundo este atual paradigma, põe-se a questão de saber se o direito penal de proteção subsidiária de bens jurídicos com dignidade penal oferece, ainda, resposta às novas e futuras demandas globais. Em resposta a esta questão aflora a posição de Stratenwerth que não nega uma tarefa de ajustamento do direito penal aos novos riscos, comprometido com as gerações futuras, mas que deve abandonar o conceito de bem jurídico para dar lugar às «relações da vida como tais», estas sim adequadas dogmaticamente aos novos enfrentamentos à causalidade, resultado, dolo, autoria, participação, consciência do injusto e responsabilidade penal das pessoas coletivas<sup>104</sup>.

---

<sup>103</sup> Sobre esta concepção v., BECK. *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986 (há tradução de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás, 1998)

<sup>104</sup> STRATENWERTH, *ZStW* 105, 1993, p. 684.

Stratenwerth não nega à ordem jurídico-constitucional o critério de legitimação da proteção penal. No entanto, além de não atribuir à ordem jurídico-constitucional a exclusividade como critério de legitimação, aponta ainda para as relações de consenso de uma determinada coletividade<sup>105</sup>. Invoca ainda o valor da liberdade individual como fundamental para a decisão de criminalização de algum comportamento. Para Stratenwerth também podem ser fundamento para criminalização os chamados tabus culturais<sup>106</sup>. Stratenwerth recusa, ainda, o conceito de bem jurídico coletivo considerando que o conceito é dispensável, pois se existe proteção legal para interesses individuais mais ou menos consolidados, não haveria necessidade de criação de nenhum bem jurídico universal para justificar uma norma penal<sup>107</sup>. A crítica dos defensores do bem jurídico tem sido, evidentemente, contrária a posição de Stratenwerth. Portanto, atendendo aos limites deste trabalho, deixar-se-ão delineados apenas os argumentos principais. Figueiredo Dias atenta que na concepção de Stratenwerth abre-se uma brecha para uma «progressiva juridificação das relações sociais como tais»<sup>108</sup> e que «essa ideia não precisa ser aceita como forma de preservação da função do direito penal perante os grandes e novos riscos»<sup>109</sup>. Hefendehl aduz que renunciar a procura por um bem jurídico nos crimes contra o meio ambiente e de corrupção resulta na perda da função crítica do conceito de bem jurídico<sup>110</sup>.

## 2. Amelung

Amelung parte de uma ideia de rejeição do conceito do bem jurídico como «elemento constitutivo mais relevante para o conceito material de crime»<sup>111</sup>, pois tal teoria vincula-se à uma legitimação do direito penal de base positivista. Pretende Amelung resgatar a ideia iluminista do direito penal, rompida pelo positivismo da teoria do bem jurídico<sup>112</sup>, nesta concepção positivista as valorações são feitas pelo legislador desaguando numa «legitimação do direito penal por ele próprio»<sup>113</sup>. Afirma que muito se fala, mas pouco se

---

<sup>105</sup> STRATENWERTH. La criminalización em los delitos contra bienes jurídicos colectivos in HEFENDEHL (Ed.) *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 369.

<sup>106</sup> STRATENWERTH. Zum Begriff des „Rechtsgutes“ in: ESER/ SCHITTENHELM/ SCHUMANN (Hrsg.) *Lenckner-FS*, München, Beck, 1998, p. 389.

<sup>107</sup> STRATENWERTH. La criminalización em los delitos contra bienes jurídicos colectivos, *ob. cit.*, p. 371-372

<sup>108</sup> FIGUEIREDO DIAS. Temas básicos da doutrina penal: sobre os fundamentos da doutrina penal, sobre a doutrina geral do crime, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 177-178.

<sup>109</sup> *Ibidem*.

<sup>110</sup> HEFENDEHL. Las jornadas desde la perspectiva de un partidario del bien jurídico in: HEFENDEHL (Ed.) *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 410.

<sup>111</sup> FIGUEIREDO DIAS. *DP I*, p. 123-124.

<sup>112</sup> COSTA ANDRADE. *Consentimento e acordo em direito penal*, *ob. cit.*, p. 96-98, 102.

<sup>113</sup> AMELUNG *apud* COSTA ANDRADE. *Consentimento e acordo em direito penal*, *ob. cit.*, p. 96.

discute sobre a concepção de bem jurídico<sup>114</sup>. Assevera ainda que a dogmática jurídico-penal aponta a teoria dos bens jurídicos como específica doutrina jurídico-penal, no entanto segundo o autor, a teoria do bem jurídico também existe em outros ramos do direito<sup>115</sup>. Amelung não nega o valor do bem jurídico para a dogmática jurídico penal, pois afirma que a teoria do bem jurídico possui uma elevada importância dogmática, teleológica e interpretativa para a definição dos crimes da parte especial do código penal, bem assim previu, parcialmente, a Escola sul-ocidental alemã<sup>116</sup>. Embora a teoria do bem jurídico possua relevância, não é suficiente para, sozinha, determinar a forma de uma norma penal<sup>117</sup>. Por isso, se por um lado a teoria do bem jurídico nega legitimação à criminalizações inúteis, por outro lado é tão flexível que deixa a cargo do legislador penal a faculdade de decidir sobre quais incriminações são valiosas e dignas de proteção<sup>118</sup>. Por isso, erige a teoria sociológica da lesividade social que não concebe o dano social com a degradação de objetos, mas sim como degradação da convivência humana<sup>119</sup>. «Por isto se apoia a ideia da sanção penal como instrumento para a proteção da vigência fática das normas de conduta»<sup>120</sup>.

Concebe assim o direito penal através de uma concepção funcionalista sociológica ou sistêmico-funcionalista com a finalidade de defesa da função sistêmica. Coloca a tônica na sociedade, com as preocupações de sobrevivência do sistema<sup>121</sup>. O conceito de bem jurídico não é puramente substituído pelo de danosidade social, estes são conceitos distintos, com funções diversificadas, mas complementares entre si<sup>122</sup>. Concebe o dano social como pré-jurídico, considerando o crime como um fenômeno disfuncional<sup>123</sup>. Portanto, «a função do direito penal, como mecanismo de controlo social é, assim, a de contrariar o crime»<sup>124</sup>.

As críticas à posição de Amelung residem no perigo da avaliação negativa que ele faz do homem, remetendo-o a uma mera função instrumental e funcional do sistema social<sup>125</sup>. Nas palavras de Ferreira da Cunha «a doutrina funcionalista, tendo por intenção, à partida, encontrar um conceito pré-jurídico de danosidade social, acaba por não dizer nada

---

<sup>114</sup> AMELUNG. El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos *in*: HEFENDEHL (Ed.). *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 227.

<sup>115</sup> *Ibidem*.

<sup>116</sup> *Idem*, p. 229.

<sup>117</sup> *Ibidem*.

<sup>118</sup> *Idem*, p. 263.

<sup>119</sup> *Ibidem*.

<sup>120</sup> *Ibidem*.

<sup>121</sup> FERREIRA DA CUNHA. *Constituição e crime, ob. cit.*, p. 92; COSTA ANDRADE. *Consentimento e acordo em direito penal, ob. cit.*, p. 108.

<sup>122</sup> AMELUNG *apud* COSTA ANDRADE. *Consentimento e acordo em direito penal, ob. cit.*, p. 100.

<sup>123</sup> AMELUNG *apud* COSTA ANDRADE. *Consentimento e acordo em direito penal, ob. cit.*, p. 97.

<sup>124</sup> *Ibidem*.

<sup>125</sup> FERREIRA DA CUNHA. *Constituição e crime, ob. cit.*, p. 93.

de material»<sup>126</sup>. Prossegue a autora, «se socialmente danoso é todo o facto disfuncional e se a disfuncionalidade consiste na perturbação da interação social («disfuncional é (...) um facto que ameaça a subsistência do sistema»), mas se nada se diz sobre a forma como a sociedade deve estar organizada e, muito menos, sobre os valores que a devem reger («a constatação da funcionalidade ou disfuncionalidade de um elemento estrutural não possui em si qualquer espécie de implicações éticas»). Ela pode ser aproveitada por uma qualquer ideologia»<sup>127</sup>. Chega aqui Amelung a uma difícil constatação: o que é *materialmente* um facto socialmente danoso? Quem decide o que é danoso ou o que é disfuncionalmente sistêmico? O nível de abstração do conceito é certamente prejudicial à própria convivência da comunidade, ficando ainda mais sujeita a descontroles das «classes economicamente fortes e politicamente dominantes» das quais falava Orlando Soares<sup>128</sup>.

As respostas não poderiam deixar de ser baseadas na própria teoria do bem jurídico a qual Amelung tentou se afastar. Nas palavras de Musco, Amelung chega a uma «inesperada conclusão»<sup>129</sup>. Pois o legislador é o “homem de trás” que valora os bens e os operacionaliza no sistema jurídico, este por sua vez, positivo. Desemboca portanto, no «positivismo» de Binding, onde o bem jurídico é o objeto que será lesado pelos danos sociais. Costa Andrade classifica a doutrina de Amelung como uma «profecia-que-a-si-mesmo-se-destrói»<sup>130</sup>. O conceito de danosidade é, portanto, demasiado vago para constituir um seguro limite ao ímpeto legiferante criminalizador do legislador ordinário, nas palavras de Hassemer a teoria de Amelung «está imunizada a respeito de conteúdo. O seu critério (...) vale, pura e simplesmente, para tudo»<sup>131</sup>. Dessa forma, embora relevando a importância da danosidade social, entende-se o bem jurídico com primazia em relação àquele. Assim também, Natscheradetz: «um comportamento só pode ser considerado socialmente danoso quando se determinarem e ordenarem bens e valores sociais básicos de uma comunidade»<sup>132-133</sup>.

---

<sup>126</sup> *Idem*, p. 94.

<sup>127</sup> *Ibidem*.

<sup>128</sup> SOARES. *Criminologia*, Rio de Janeiro, Editora Freitas Bastos, 1986, *passim*.

<sup>129</sup> MUSCO *apud* FERREIRA DA CUNHA. *Constituição e crime*, *ob. cit.*, p. 96.

<sup>130</sup> COSTA ANDRADE. *Consentimento e acordo em direito penal*, *ob. cit.*, p. 104.

<sup>131</sup> HASSEMER *apud* FERREIRA DA CUNHA. *Constituição e crime*, *ob. cit.*, p. 97.

<sup>132</sup> NATSCHERADETZ *apud* FERREIRA DA CUNHA. *Constituição e crime*, *ob. cit.*, p. 107<sup>298</sup>.

<sup>133</sup> Na esteira da teoria do sistema de Luhmann, influenciadora de Amelung, também Otto constrói um pensamento com base numa compreensão sociológica do direito penal, situando os bens jurídicos como realidade sociológica, pré-jurídica. Assim, Otto se propõe a redefinir (ou superar) a compreensão do bem jurídico e o seu papel político-criminal e dogmático, a partir do entendimento que não pode o direito penal se legitimar, tão somente à tutela de bens jurídicos, mas sim, terá o direito penal que assumir uma função simbólica de ordenamento normativo preordenado à orientação da conduta e a estabilização da confiança. Sua concepção «atribui ao direito uma função prevalentemente sistêmico-social, que se analisa na “estabilização de expectativas” (*Erwartungssicherung*) e na “orientação da conduta” (*Verhaltenssteuerung*)». Afirma que embora um conceito material de crime suponha uma ofensa a um bem jurídico, não será (o crime) determinado somente por isso, devendo a lesão ao bem jurídico se «interpretar como um dano social». A sociedade é organizada com base numa estruturação de confiança (confiança originária) das relações sociais, enraizadas em expectativas de uma convivência harmoniosa. À ordem jurídica cabe a restauração desta ordem, o crime é pois uma ofensa à confiança que constitui os alicerces da sociedade. Para Otto o crime é um evento danoso, constituído por uma

### 3. Jakobs

Günther Jakobs parte da concepção da teoria sociológica de Luhmann, concebendo o direito penal através de um funcionalismo sistêmico social<sup>134</sup>. A grande diferença entre a visão de Jakobs e a concepção aqui adotada é que Jakobs entende que a legitimação material das leis penais reside na necessidade de manutenção da forma do Estado e da sociedade através de sanções que respondam contrafaticamente às expectativas normativas violadas (decepções), a fim de estabilizar as expectativas necessárias a manutenção do sistema (aqui o sistema social como um todo)<sup>135</sup>.

Neste sentido, a contribuição do direito penal é garantir as normas<sup>136</sup>. A garantia consiste na manutenção das expectativas imprescindíveis para o funcionamento da vida em sociedade, na forma dada e exigida legalmente (expectativa normativa), não se deem por perdidas ao serem defraudadas<sup>137</sup>. Sendo assim o *bem jurídico penal* é considerado como a firmeza frente a decepção (ou a vigência da norma posta em prática)<sup>138</sup>.

O direito penal não protege alterações à bens como situações positivamente valoradas, mas sim protege as próprias situações valoradas (as normas). Por exemplo, o que constitui uma lesão ao bem jurídico penal não é a causação de uma morte (esta é simplesmente lesão a um bem), mas sim a oposição à norma proibitiva do homicídio<sup>139</sup>. Outro exemplo, no caso dos crimes contra a propriedade, o bem jurídico penal não é a coisa alheia ou a relação da coisa com o seu proprietário como unidade funcional de ações e de satisfação de necessidades, ou consecução dos seus fins, mas sim a validade do conteúdo da norma que deve proteger a propriedade<sup>140</sup>.

No entanto, Jakobs não se afasta totalmente dos bens jurídicos. Reconhece, ao menos, a sua existência e o seu papel no crimes de lesão em sentido material, *v.g.* a vida. Por outro lado, Jakobs critica a elevação destes bens como responsáveis para a

---

lesão ao bem jurídico, pondo em causa os fundamentos da confiança dos cidadãos, mais amplamente, põe em causa a confiança da sociedade juridicamente organizada. Ao reduzir a confiança, abre-se a porta à desconfiança, causando um prejuízo não somente ao bem jurídico, mas também um prejuízo social. Apresenta ainda um «*referente material*» ao juízo de danosidade social: a confiança sistêmica. Pois somente a confiança pode garantir a todos as condições de livre desenvolvimento da personalidade. Em casos de quebra da confiança originária, esta tem que ser restituída pela confiança sistêmica a fim de restaurar a continuação da convivência social. Segundo Costa Andrade, a compreensão de Otto do bem jurídico «pode suscitar algumas reservas quer do ponto de vista lógico-categorial quer no que respeita à coerência com que é assumido». Cf. OTTO *apud* COSTA ANDRADE. *Consentimento e acordo em direito penal, ob. cit.*, p. 109-112<sup>210</sup>.

<sup>134</sup> COSTA ANDRADE. *Consentimento e acordo em direito penal, ob. cit.*, p. 109

<sup>135</sup> JAKOBS. *Derecho Penal: parte general – fundamentos y teoría de la imputación*, Trad. Joaquin Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo, 2 ed., Madrid, Pons, 1997, p. 44-45.

<sup>136</sup> *Idem*, p. 45.

<sup>137</sup> *Idem*, p. 45.

<sup>138</sup> *Ibidem*.

<sup>139</sup> *Idem*, p. 46.

<sup>140</sup> *Idem*, p. 46-47.

determinação teleológica do direito penal, pois se pergunta se os bens são relevantes de *per se* ou por necessidade da vida em sociedade<sup>141</sup>? Então se um bem só pode ser considerado de *per se* ou pelo seu valor na vida social, se assinalaria uma proteção muito ampla a ataques alheios chegando ao cúmulo de se precisar punir uma enfermidade por ser uma ofensa a um bem jurídico penal, pondo-se manifestamente em causa a limitação do conceito de bem jurídico<sup>142</sup>.

Quanto aos bens jurídicos referidos como objeto de proteção da norma, Jakobs começa se perguntando a quem estes bens são direcionados? Às pessoas (teoria monista-pessoal)? Às pessoas, à coletividade e ao Estado (teoria dualista) ou somente a comunidade jurídica (monista)? Entende que nenhuma das propostas referidas deve ser radical. Jakobs adota uma teoria dualista, portanto tanto os seres humanos, quanto as instituições estatais ou a coletividade são favorecidos pela função protetora da norma penal<sup>143</sup>.

Em seguida, Jakobs manifesta a dificuldade de delimitação do que deve ser considerado um bem jurídico penal, em função da necessária valoração daquilo que deve ser objeto de tutela legal. Ou seja, quais bens são dignos e merecedores de tutela penal (princípios da dignidade penal e carência de tutela penal)? Afirma que a doutrina do bem jurídico pouco serve para satisfazer estas exigências. Desta forma, afirma que se deve recorrer ao critério da danosidade social da conduta lesiva, em detrimento da justificativa do desvalor da ação ofensiva a bens jurídicos<sup>144</sup>.

Bens jurídicos, para Jakobs, são as relações das pessoas com os objetos capazes de fornecer condições de participação na interação social. O que ele vem chamar de «unidades funcionais». Assim, nem todo objeto de proteção de uma norma é um bem jurídico, senão somente aqueles que desempenham alguma função para a sociedade ou a algum dos seus subsistemas (v.g. cidadão). No entanto, segundo o autor, este conceito não resolve o problema de quais funções (unidades funcionais) são juridicamente legítimas (o que a norma deve proteger?). Ainda mais, não oferece nenhuma vantagem em relação ao conceito de interesse<sup>145-146</sup>.

---

<sup>141</sup> A crítica de Jakobs quanto aos bens úteis à sociedade, consiste em que se um bem é útil agora, pode não ser mais útil em outras circunstâncias devido a evolução social, assim, o passado se transformaria num cemitério de bens jurídicos, atualmente, não tutelados. *Idem*, p. 46.

<sup>142</sup> *Ibidem*.

<sup>143</sup> *Idem*, p. 48.

<sup>144</sup> *Idem*, p. 48-49.

<sup>145</sup> *Idem*, p. 52.

<sup>146</sup> Sobre o conceito de interesse, v., POLAINO NAVARRETE. *El bien jurídico en el derecho penal*, *ob. cit.*, p. 32-36.

Em razão desta insuficiência, muitas normas atuais não se conseguem explicar se se busca como fim da norma a proteção de bens jurídicos<sup>147</sup>. Portanto, «a proteção dos bens jurídicos não alcança explicar todos os elementos do delito»<sup>148</sup>.

Posto isso, é momento de ver as críticas elaboradas à construção de Jakobs. A primeira crítica que pode ser feita ao funcionalismo sistêmico social de Jakobs se trata da razão de entender a defesa do sistema por si mesmo, assim, Roxin fala que não acredita que «o sistema deva ser conservado em seu próprio benefício, mas sim, em benefício das pessoas que vivem em tal sociedade»<sup>149</sup>. Como visto, Jakobs não intenta construir uma legitimação do conteúdo das normas penais, ficando os juristas a mercê dos feitos, desejos e arbítrios do legislador<sup>150</sup>. Na verdade, Jakobs fala que «não existe nenhum conteúdo genuíno das normas penais»<sup>151</sup>. Ocorre que a norma não pode pretender unicamente a obediência por parte dos cidadãos, antes deve se dirigir a manutenção de um estado das coisas, este estado das coisas só podem ser referidos num Estado constitucional de direito à convivência pacífica, livre e respeitosa dos direitos humanos de todos os membros da sociedade<sup>152</sup>.

Quanto a crítica de Jakobs sobre os bens que não são mais tutelados devido a evolução social, transformando o passado em um verdadeiro cemitério de bens jurídicos<sup>153</sup>, Roxin lembra bem que «os bens jurídicos não têm uma eterna validade jusnaturalista»<sup>154</sup>. Portanto, deve-se entender que a mutabilidade dos bens jurídicos confere na verdade uma maior segurança jurídica, pois tal flexibilização se aproxima da realidade e da atual conjuntura da teia social, reforçando a qualidade daqueles que são os verdadeiros bens essenciais naquele dado momento histórico<sup>155</sup>.

Para Costa Andrade o abandono de Jakobs a teoria do bem jurídico em nome do reconhecimento e da confiança das normas representa uma perda vital da garantia que o princípio do bem jurídico oferece. Além do mais, Jakobs não oferece nenhum «dique alternativo» a tendência «pan-criminalizadora do sistema»<sup>156</sup>. Como se limita o direito penal? O modelo de monismo normativista de Jakobs carece de uma aprofundada fundamentação de conteúdo das normas penais, esta é uma das razões das debilidades da

---

<sup>147</sup> JAKOBS. *Derecho Penal, ob.cit.*, p. 52.

<sup>148</sup> *Idem*, p. 52.

<sup>149</sup> ROXIN. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? *ob.cit.*, p. 457.

<sup>150</sup> *Ibidem*.

<sup>151</sup> JAKOBS. *Derecho Penal, ob. cit.*, p. 44.

<sup>152</sup> ROXIN. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?, *ob. cit.*, p. 457.

<sup>153</sup> JAKOBS. *Derecho Penal, ob. cit.*, p. 45-46.

<sup>154</sup> ROXIN. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?, *ob. cit.*, p. 458.

<sup>155</sup> Neste sentido, CORREIA. Direito penal e o direito de mera ordenação social *in: BFDUC*, Vol. XLIX, Coimbra, 1972, p. 269. Sem, contudo, reconhecer as *convicções valorativas da sociedade* como bem jurídico protegido como Jescheck veio a admitir. JESCHECK/ WEIGEND. *Tratado de Derecho Penal, ob. cit.*, p. 276-277.

<sup>156</sup> COSTA ANDRADE. *Consentimento e acordo em direito penal, ob. cit.*, p. 127.

sua construção doutrinária, «quer do ponto de vista da consistência intrínseca quer ainda em matéria de adequação político-criminal e de legitimidade ético-política»<sup>157</sup>.

Jakobs parte de uma construção doutrinária que se afasta das concepções dominantes sobre a finalidade do direito penal com base na proteção dos bens jurídicos fundamentais a existência da vida em comunidade, que para além de perder a função de garantia que os bens jurídicos oferecem ao legislador culmina numa «dissonância entre os *finis* que se propõe alcançar e os *recursos* mobilizados para o efeito»<sup>158</sup>: Onde o próprio sistema de postula sem se demonstrar a sua adequação funcional<sup>159</sup>. Recebe por isso a crítica da sua construção doutrinária «como uma legitimação tecnocrática do sistema vigente e, por isso, como reprodução da realidade com as suas margens de selecção da delinquência e dos delinquentes»<sup>160</sup>.

A proposição de Jakobs quanto ao problema da função do direito penal para a manutenção da organização social e estatal (garantir as normas), a sua crítica quanto ao que é o bem jurídico penal (validade do conteúdo da norma) e a crítica do que vem a ser o bem jurídico penal (unidades funcionais), não contribuem para o objeto do nosso estudo, pois a necessária definição sobre qual é o bem jurídico digno de pena e necessitado de tutela penal do crime de *doping* que vai permear toda a criminalização desde as condutas proibidas até a necessidade de penalização não poderá ser solucionada pela teoria funcionalista do sistema social de Jakobs, pois esta proposição mais alarga o raio de ação do direito penal<sup>161</sup>, confundindo a busca por critérios seguros de como se obter o bem jurídico idóneo para os crimes relacionados às condutas de dopagem.

Em síntese às diversas opiniões acerca do princípio de proteção dos bens jurídicos como função do direito penal, cabe ainda afirmar que muitos outros autores possuem reservas quanto ao princípio de proteção dos bens jurídicos<sup>162</sup>. Pela diversidade, quantidade

---

<sup>157</sup> *Idem*, p. 117.

<sup>158</sup> *Idem*, p. 117.

<sup>159</sup> *Idem*, p. 118.

<sup>160</sup> *Idem*, p. 126.

<sup>161</sup> Neste sentido, Costa Andrade e Baratta criticam a posição de Jakobs por ter rompido com o dogma do bem jurídico. Afirma Costa Andrade que “Jakobs apenas terá sancionado a transformação de quantidade em qualidade E, por este meio, aberto mais a porta a um direito penal que não reconhece, fora de si próprio, quaisquer limites ao «actual movimento de expansão do sistema penal e de incremento da resposta penal, tanto em extensão como em intensidade». COSTA ANDRADE. *Consentimento e acordo em direito penal, ob. cit.*, p. 128.

<sup>162</sup> Dentre muitos outros, ainda podemos falar um pouco sobre a posição crítica de Frisch que considera uma fraude achar que através do conceito de bem jurídico poderá se encontrar a essência do crime. Afirma ainda que o conceito de bem jurídico gera perguntas que não podem ser respondidas unicamente através do conceito de bem jurídico. Além disso afirma que através do conceito de bem jurídico se pode construir qualquer coisa e que dessa forma sem um contorno preciso não se evita ampliações criminais desmensuradas. FRISCH. *Delito y sistema del delito in: WOLTER/FREUND (Eds.) El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 195. Desenvolvidamente sobre a sua concepção, pondo a tônica na limitação e vaguidade do conceito de bem jurídico como limitador do direito penal, v. FRISCH. *Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal in: HEFENDEHL (Ed.). La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 309-339.

e razões de espaço, estas posições não poderão ser desenvolvidas por este estudo. Mesmo assim, ainda que esteja na moda recusar o princípio de proteção dos bens jurídicos<sup>163</sup>, resta-nos se conformar com as palavras de Schünemann de que «o autêntico desenvolvimento da teoria do bem jurídico ainda está por vir»<sup>164</sup>, pois certamente a doutrina penal ainda não está devidamente estruturada para abandonar este paradigma<sup>165</sup>.

## §9. BENS JURÍDICO INDIVIDUAIS E SUPRAINDIVIDUAIS

Dentre as problemáticas envolvidas no âmbito do princípio de proteção de bem jurídicos, a classificação sobre bens jurídicos individuais e supraindividuais é de grande importância ao objeto deste trabalho. Tendo em vista que dos seis bens jurídicos apontados como idôneos para a proteção de comportamentos de dopagem, três pertencem a classe dos bens jurídicos individuais (vida, integridade física e integridade física de terceiros) e três pertencem a classe dos bens jurídicos supraindividuais (saúde pública, concorrência desleal e ética desportiva). A aceitação de bens jurídicos supraindividuais é ainda hoje controversa, mesmo para aqueles que a aceitam, deve-se ter em conta a adoção de razoáveis e seguros critérios para a delimitação daqueles que são autênticos bens jurídicos supraindividuais e daqueles que uma doutrina vem chamando de *falsos bens jurídicos coletivos*<sup>166</sup>. Portanto, pode-se afirmar que «A formulação de tais critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos parece uma das mais urgentes tarefas da moderna ciência do direito penal»<sup>167</sup>.

Bens jurídicos pessoais são «aqueles que servem aos interesses de uma pessoa ou de um determinado grupo de pessoas»<sup>168</sup>. A consagração do estatuto dos bens jurídicos individuais importam em diversas consequências jurídico-dogmáticas e político-criminais. Dentre as consequências com sede em todos os graus do crime, a consequência com maiores reflexos para este trabalho são as relações entre os bens jurídicos individuais e o

---

<sup>163</sup> GRECO. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato (com um adendo: princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato)*, ob. cit., p. 81.

<sup>164</sup> SCHÜNEMANN. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación in: HEFENDEHL (Ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 226

<sup>165</sup> Em que pese as críticas do direito penal da sociedade do risco, para uma análise da discussão, v. FIGUEIREDO DIAS. *DP I*, p. 133-154; *Idem*. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco” in: *Estudos Rogério Soares*, 2001, p. 583 ss; *Idem*. Problemas fundamentais de Direito Penal in: *Colóquio Internacional de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin*, 2002, p. 209 ss; AIREs, Susana. *Os crimes fiscais: análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso legitimador*, Coimbra Editora, 2006, p. 201-226; SILVA DIAS. «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*» - *Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de Uma Distinção Clássica*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 213-283.

<sup>166</sup> Por todos, ROXIN. *Strafrecht, AT I*, §2/79.

<sup>167</sup> GRECO. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal, ob. cit., p. 407.

<sup>168</sup> HEFENDEHL. *¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto*, in: *RECPC*, 04-14, 2002, p. 3.

consentimento do ofendido que, a depender do específico relevo do específico bem jurídico protegido, será livremente disponível por se reconhecer no seu titular a portabilidade necessária como pressuposto de eficácia<sup>169</sup>.

Os bens jurídicos supraindividuais podem ser conceituados «como aqueles que servem aos interesses de muitas pessoas»<sup>170</sup>. Quanto às implicações dos bens jurídicos supraindividuais em sede de consentimento, pode-se afirmar que nestes bens o ofendido embora possa ser o objeto da ação, não será o titular do bem jurídico, justamente por se reconhecer que a ofensa ou a colocação em perigo dos bens jurídicos coletivos não estão ao alcance dos indivíduos. Qualquer manifestação de consentimento do ofendido em casos de lesão ou perigo a bens jurídicos supraindividuais falha por não ser reconhecido um dos invencíveis pressupostos de eficácia: a disponibilidade do bem jurídico lesado ou posto em perigo<sup>171</sup>.

Dentre as diversas concepções que pleiteiam a correta caracterização dos bens jurídicos individuais ou coletivos, podem ser classificadas ao menos três concepções. A monista individual, a monista institucional e a dualista.

A concepção monista-pessoal é baseada fundamentalmente numa ideia antropocêntrica ligada ao paradigma do liberalismo clássico<sup>172</sup>. Para a concepção monista-pessoal, «a única função e justificação do Estado é servir a pessoa»<sup>173</sup>. Portanto para esta concepção, «o objeto de tutela penal tem sempre como único e/ou primeiro e imediato referencial a pessoa individual (isolada e socialmente considerada) e o seu livre desenvolvimento»<sup>174</sup>. Por outro lado, a concepção monista não pessoal ou estatal/coletivista não possui como objeto de referência a pessoa, senão o Estado e a coletividade<sup>175</sup>. Esta concepção, acaba por considerar todos os bens jurídicos como supraindividuais, pois reconhece que «Se a sociedade é chamada a proteger jurídico-criminalmente um dado objecto como bem jurídico, é porque ele é considerado valioso não apenas pelo indivíduo, mas também pela sociedade no seu conjunto»<sup>176</sup>.

A concepção dualista admite a existência de bens jurídicos individuais e também reconhece a existência de bens jurídicos supraindividuais. Esta concepção tem acolhido a aceitação da doutrina dominante<sup>177</sup>. Admitir a existência de autênticos bens jurídicos

---

<sup>169</sup> FIGUEIREDO DIAS, *DP I*, p. 478-479. Em sentido contrário advogam aqueles que reconhecem um significado sistêmico-social a todo e qualquer bem jurídico, inclusive os individuais. Adotam esta postura, dentre outros, Amelung, Jakobs e Schall. Cf. COSTA ANDRADE. *Consentimento e acordo em direito penal, ob. cit.*, 200.

<sup>170</sup> HEFENDEHL. *RECPC*, 04-14, 2002, p. 3.

<sup>171</sup> FIGUEIREDO DIAS, *DP I*, p. 479.

<sup>172</sup> SPORLEDER DE SOUZA. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana, ob. cit.*, p. 290.

<sup>173</sup> *Idem*, p. 292.

<sup>174</sup> *Idem*, p. 290.

<sup>175</sup> *Idem*, p. 293.

<sup>176</sup> AMELUNG *apud* COSTA ANDRADE. *Consentimento e acordo em direito penal, ob. cit.*, 200.

<sup>177</sup> GRECO. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato (com um adendo: princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato)*, *ob. cit.*, p. 85.

supraindividuais pode, em alguns casos, revelar-se como uma excessiva antecipação da tutela penal, mesmo assim, o direito penal moderno ainda não consegue se afastar de uma concepção coletiva em detrimento do antigo caráter antropocêntrico. Antes, pelo contrário, o direito penal moderno mais parece caminhar em estradas que a cada dia revelam novas necessidades sociais e, portanto, coletivas. Sporleder de Souza realizou uma classificação de bens jurídicos com base numa teoria dualista e tendo como referência máxima a pessoa humana. Para o autor existem bens jurídicos individuais que possuem um ser humano como portador. *Os bens jurídicos individuais pessoais* referem-se àqueles bens que decorrem da esfera física, psíquica e social da pessoa (v.g. vida, integridade física). E os *bens jurídicos individuais não pessoais* que decorrem da esfera periférica da pessoa (v.g. patrimônio). De outra banda, estão os *bens jurídicos supraindividuais pessoais*, os quais apresentam reflexos com a esfera essencial dos seres humanos enquanto coletividade (v.g. saúde pública) e os *bens jurídicos supraindividuais não pessoais* que são aqueles que possuem um não humano como titular (v.g. administração da justiça)<sup>178</sup>.

Entendendo-se aceitável sufragar a concepção dualista, torna-se necessário estabelecer alguns critérios para a delimitação daquilo que é um autêntico bem jurídico supraindividual. Seguindo a classificação de Hefendehl, é possível estabelecer três critérios para a caracterização de bens jurídicos supraindividuais. A não exclusão do seu uso, a não rivalidade do consumo e como critério adicional a não distributividade. Quanto ao primeiro critério, liga-se a ideia de que como o bem jurídico possui interesse de toda a coletividade ninguém poderá ser excluído do seu uso<sup>179</sup>. Em relação ao segundo, pode-se dizer que a utilização do bem jurídico por uma pessoa não implica que outrem também possa desfrutar do mesmo bem<sup>180</sup>. Por último, o critério da não distributividade significa que será conceitual, real e juridicamente impossível, dividir o bem jurídico em partes, atribuindo uma porção deste a um só indivíduo<sup>181</sup>.

## §10. BEM JURÍDICO PENAL E ILÍCITO DE MERA ORDENAÇÃO SOCIAL

A razão da colocação desta problemática no presente trabalho não é em vão. Visto que o ordenamento jurídico português proibiu as condutas relacionadas ao autodoping através de um ilícito de mera ordenação social e com vista ao correto enquadramento normativo-dogmático das condutas em questão, importa referir se é admissível a legitimidade jurídica de uma contraordenação sem ofensa ou colocação em perigo de um bem jurídico (penal)? É sabido que a mudança do paradigma das contravenções para as contraordenações no ordenamento jurídico português tem direta intervenção de Eduardo

---

<sup>178</sup> SPORLEDER DE SOUZA. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana, ob. cit.*, p. 315-318.

<sup>179</sup> HEFENDEHL. *RECPC*, 04-14, 2002, p. 4.

<sup>180</sup> *Ibidem*.

<sup>181</sup> *Ibidem*.

Correia<sup>182</sup>, influenciado pela doutrina de Eberhard Schmidt. Ambos autores entendiam que o ilícito penal distinguia-se do ilícito contraordenacional através de critérios *qualitativos*. Para Eberhard Schmidt apenas o ilícito penal agredia (lesão ou perigo) bens jurídicos, enquanto que o ilícito de mera ordenação só admitia lesão no sentido de interesses da própria administração<sup>183</sup>. Pode-se afirmar, desde logo, que o ilícito de mera ordenação social, é um direito sancionatório<sup>184</sup>. Autores como Eberhard Schmidt, Eduardo Correia e Figueiredo Dias adeptos de uma distinção qualitativa entre o conteúdo material do ilícito criminal e do ilícito de mera ordenação social, distinguem-nos através de dois critérios. Em primeiro lugar que apenas os crimes ofendem bens jurídicos (seja do direito penal clássico, seja do direito penal secundário). Em segundo lugar que «enquanto o ilícito criminal assume ressonância ética, o ilícito contra-ordenacional é eticamente neutro ou indiferente»<sup>185</sup>.

Seguindo de perto a construção de Costa Andrade pode-se afirmar, desde logo, que o ilícito de mera ordenação social não se esquia da proteção de autênticos bens jurídicos individuais ou supraindividuais<sup>186</sup>. O segundo critério que radica a distinção qualitativa entre os dois ilícitos em causa, põe-se, nomeadamente, no carácter de neutralidade ético-social da conduta, decorrendo a ilicitude não numa valoração pré-existente (como os crimes), mas sim de forma «criadora e conformadora»<sup>187</sup> segundo a elaboração das normas. «O que no direito de mera ordenação social é axiológico-socialmente neutro não é o *ilícito*, mas a *conduta em si mesma*, divorciada da proibição legal»<sup>188</sup>. «A matriz da ilicitude reside, pois, exclusivamente, na proibição normativa»<sup>189</sup>. Segundo Costa Andrade pode-se duvidar deste critério por não ser «fácil aceitar-se que qualquer violação do direito seja, sem mais, eticamente neutra: elevação de uma dada conduta à dignidade de juridicamente imposta ou proibida confere à respectiva omissão ou prática uma irrecusável carga ética»<sup>190</sup>. Por outro lado, radicar a diferença material em um critério puramente *quantitativo* conduzirá os

---

<sup>182</sup> FIGUEIREDO DIAS. O movimento de descriminalização e o ilícito de mera ordenação social *in: Jornadas de Direito Criminal: o novo código penal português e Legislação Complementar*, Fase I, Centro de Estudos Judiciários, 1983, passim; *Idem*. *DP I*, p. 167.

<sup>183</sup> COSTA ANDRADE. Contributo para o conceito de contra-ordenação (A experiência alemã) *in: RDE*, anos 6/7, 1980/1981, p. 104.

<sup>184</sup> *Idem*, p. 116.

<sup>185</sup> *Idem*, p. 109.

<sup>186</sup> *Idem*, p. 108-109. A distinção *qualitativa* entre crime e contraordenação, no entanto, não é encontrada somente com base na mera afirmação de existência de bens jurídicos. Esta afirmação não garante a legitimação positiva da incriminação, mas sim, tão só, a legitimação negativa. Embora se admita a existência de bens jurídicos nas contraordenações, não deve ser apenas o conceito de bem jurídico que radicará em critério seguro para a distinção *qualitativa* entre o ilícito criminal e o ilícito de mera ordenação social. *Idem*, p. 110<sup>92</sup>. Figueiredo Dias para além de admitir que nas contraordenações existe bem jurídico, afinal todos os ilícitos ofendem um “bem” juridicamente protegido (FIGUEIREDO DIAS. *DP I*, p. 162), no caso das contraordenações não se tratam de verdadeiros bens jurídico-penais, antes sim de bens jurídico-administrativos (Cf. FIGUEIREDO DIAS. *DP I*, p. 126). Afirma que a distinção entre os ilícitos criminais e os ilícitos de mera ordenação social devem ser levada a cabo pelo conceito de bem jurídico. Cf. *Ibidem*.

<sup>187</sup> *Idem*, p. 114.

<sup>188</sup> FIGUEIREDO DIAS. *DP I*, p. 162.

<sup>189</sup> COSTA ANDRADE. *RDE*, 6/7, 1980/1981, p. 114.

<sup>190</sup> *Idem*, p. 110.

ilícitos de mera ordenação a meras infrações bagatelares<sup>191</sup>, pois sempre se estaria defronte a agressões de menor relevância do bem jurídico ou de um carácter puramente abstrato do perigo, revelando-se, portanto, numa menor dignidade penal (Jescheck)<sup>192</sup>. Não será fácil, também, «identificar o *quantum* de gravidade (de ilicitude ou censurabilidade) capaz de, com um mínimo de objectividade, ordenar a repartição das infracções pelos dois domínios do ordenamento jurídico»<sup>193</sup>.

Portanto, vistas as insuficiências dos dois critérios anteriormente expostos (qualitativo e quantitativo) pode-se com Costa Andrade entender que a distinção entre os crimes e as contraordenações podem ser referenciadas segundo uma abordagem fenomenológica<sup>194</sup> segundo critérios orientadores. O primeiro destes critérios, situa-se no plano *teórico-empírico*, o qual liga-se a «uma aturada análise histórica, sociológica e mesmo psicanalítica»<sup>195</sup>. O segundo critério, o do plano *jurídico-político* liga-se «a identificação dos princípios que devem presidir à decisão sobre o carácter e a dignidade penal de uma dada conduta»<sup>196</sup>. Por fim, vale referenciar que o recurso ao sistema de valores da ordem axiológica-constitucional configura um critério essencial para a caracterização de uma conduta como crime ou como contraordenação<sup>197</sup>. Pode-se, ainda, afirmar que as contraordenações situam-se num plano de subsidiariedade em relação a categoria da infração criminal<sup>198</sup>. A caracterização de uma conduta como contraordenação, invés de ser tipificada como crime pode – justamente em função da ordem de valores referidos à ordem axiológica constitucional – sem dúvida, suscitar uma violação da ordem axiológica jurídico-constitucional. Admitindo-se, portanto, a consequente declaração de inconstitucionalidade daquela norma que terminou por “confundir” a tipificação de uma contraordenação quando deveria tê-la proibido como crime (ou vice-versa)<sup>199</sup>.

---

<sup>191</sup> *Idem*, p. 116; FIGUEIREDO DIAS. *DP I*, p. 163.

<sup>192</sup> JESCHECK *apud* COSTA ANDRADE. *RDE*, 6/7, 1980/1981, p. 116<sup>106</sup>.

<sup>193</sup> COSTA ANDRADE. *RDE*, 6/7, 1980/1981, p. 116.

<sup>194</sup> *Ibidem*.

<sup>195</sup> *Idem*, p. 117.

<sup>196</sup> *Ibidem*.

<sup>197</sup> *Idem*, p. 118. No entendimento de Figueiredo Dias, «não é à Constituição que pode pedir-se que decida em cada caso, de forma imediata e definitiva, se uma certa conduta pode constituir um crime ou antes uma contra-ordenação. Mas é a ela que em último termo terá de recorrer-se para saber, em casos duvidosos, se foi ou não respeitado o critério material que há-de estar na base da decisão de qualificação jurídica e comandá-la». FIGUEIREDO DIAS. *DP I*, p. 164.

<sup>198</sup> FIGUEIREDO DIAS. *DP I*, p. 164.

<sup>199</sup> COSTA ANDRADE. *RDE*, 6/7, 1980/1981, p. 118-119. Figueiredo Dias, embora admitindo a possibilidade de fiscalização constitucional de uma norma por criminalizar uma conduta que deveria ser elaborada como contraordenação (ou vice-versa), radica tal distinção unicamente na referência à ordem axiológica-constitucional. Neste entendimento, tão somente as condutas punidas como crimes possuem mútua referência à ordem axiológica constitucional. FIGUEIREDO DIAS. *DP I*, p. 164

## CAPÍTULO II DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE PENAL E DA CARÊNCIA DE TUTELA PENAL

### §11. A DIGNIDADE PENAL E A CARÊNCIA DE TUTELA PENAL COMO MACROPRINCÍPIOS DE LEGITIMAÇÃO MATERIAL DO DIREITO PENAL

A fim de sedimentar o princípio da proteção de bens jurídicos e conferir uma face verdadeiramente penal a questão do fenômeno do doping no desporto, há de se realizar dois juízos concentrados, embora bastante abrangentes e fundamentais ao conceito e a operacionalização dos bens jurídicos a fim de elevá-los a magnitude de bem jurídico penal. Nas corretas palavras de Amelung, os bens jurídicos não são uma questão apenas do direito penal<sup>200</sup>. Somente após a verificação destes dois filtros de qualificação é que se poderá dizer que se está perante um bem jurídico penal (juízo de dignidade penal)<sup>201</sup> e necessitado de tutela penal (juízo de carência de pena) indicando dessa forma a legitimação material para a criminalização de uma conduta. Antes de se realizar uma análise incidental da dignidade penal e da carência de pena nos bens jurídicos apontados como idôneos para a tutela do *doping* no desporto, faz-se necessário estabelecer aqui alguns parâmetros gerais.

O moderno Estado constitucional democrático é baseado em princípios fundamentais, sob ele está o direito penal, este não pode se afastar, muito menos ultrapassar os limites impostos pelo Estado dito liberal, democrático e constitucional<sup>202</sup>. Por isso, a observância de princípios constitucionais penais são fundamentais e indissociáveis a qualquer incriminação justa, constitucional e legal. A análise e o respeito de cada um dos princípios penais é pressuposto de qualquer incriminação, neste sentido, despontam os princípios da fragmentariedade, da intervenção mínima, da subsidiariedade e da proporcionalidade como pilares do Estado constitucional democrático refletidos no direito penal. São justamente os princípios da dignidade penal e da necessidade de pena que como «fórmula concentrada»<sup>203</sup> dos princípios supramencionados realizarão a interpenetração destes outros princípios no sistema jurídico-penal. No entendimento de Frisch, que como visto *supra* possui dúvidas acerca da legitimação do conceito de bem jurídico como limite do direito penal<sup>204</sup>, a resposta para a antiga e questionada delimitação do conteúdo material

---

<sup>200</sup> AMELUNG. El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos, *ob. cit.*, p. 227.

<sup>201</sup> Assim, FIGUEIREDO DIAS, *DP I*, p. 114; SPORLEDER DE SOUZA. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*, *ob. cit.*, p. 139-140.

<sup>202</sup> Por todos, FIGUEIREDO DIAS. Direito Penal e Estado-de-Direito Material *in: Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, 1982, pp. 44.

<sup>203</sup> COSTA ANDRADE: A dignidade penal e a carência de tutela penal como referência de uma doutrina teleológica-racional do crime *in: RPCC*, nº. 2, 1992, p. 187.

<sup>204</sup> V., nota de rodapé n. 162

do crime e a busca pela sua verdadeira essência se encontra justamente na dignidade penal e na carência de pena<sup>205</sup>.

Antes de mais, cabe justificar que se adota aqui a concepção distintiva entre a dignidade penal (*Strafwürdigkeit*) e a carência de tutela penal (*Strafbedürftigkeit*) adotada por Costa Andrade<sup>206</sup>, distinção esta já consolidada pela doutrina de língua portuguesa maioritária<sup>207</sup>. Fala-se, portanto, de uma dimensão valorativa e de uma valoração pragmática do bem jurídico ou de um momento axiológico e de um momento funcional<sup>208</sup>. Neste sentido, a caracterização da dignidade penal de uma conduta lesiva ou perigosa a um bem jurídico representa apenas o primeiro passo para a legitimação da intervenção penal, enquanto a identificação da necessidade de pena desta conduta caracteriza o segundo passo de uma legítima intervenção penal<sup>209</sup>.

## §12. POSIÇÃO NA ESTRUTURA DO DELITO

Quanto à posição da dignidade penal e da carência de tutela penal na dogmática penal diversas posições se apresentam. Roxin fala de um conceito difuso e utilizado com múltiplos significados<sup>210</sup>. Costa Andrade fala de uma «incontrolável diáspora de soluções»<sup>211</sup>. Costa Andrade atenta para a distinção entre autores que de um lado entendem, basicamente, que estas categorias devem possuir um local específico no sistema dogmático (seja em um determinado estágio da construção do crime, seja vinculado a uma das categorias tradicionais ou seja como uma nova e autônoma categoria dogmática) e outros autores que defendem uma concepção difusa da dignidade e da carência de pena ao longo

---

<sup>205</sup> FRISCH. Delito y sistema del delito, *ob. cit.*, p. 195, 200. O problema é que como Frisch rejeita o conceito de bem jurídico como limite do *ius puniendi* - nessa concepção (a qual é aqui defendida) há um degrau anterior a dignidade penal e a carência de pena, qual seja, a determinação do bem jurídico - põe a demarcação da dignidade penal e da carência de pena segundo a concepção ampla ou estrita da pena (na forma de um sistema integral do direito penal «*gesamtes Strafrechtssystem*»). V., *Idem*, p. 200 ss.

<sup>206</sup> COSTA ANDRADE. *RDE*, anos VI/VII, 1980/1981, p. 118. Depois, *Desenvolvidamente. RPCC*, nº. 2, 1992, p. 173 ss.

<sup>207</sup> À época da proposição Costa Andrade já falava de uma distinção maioritária da classificação na doutrina. Hoje já se vislumbram os trabalhos de: FERREIRA DA CUNHA. *Constituição e crime, ob. cit.*, p. 217-229; SPORLEDER DE SOUZA. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana, ob. cit.*, p. 137-162; FIGUEIREDO DIAS. *DP I*, p. 114-123, 127-129. Os quais adotam esta classificação. *Desenvolvidamente* sobre as diversas contraposições entre os conceitos de dignidade penal e carência de pena, v. FERREIRA DA CUNHA. *Constituição e crime, ob. cit.*, p. 221-229. Com uma exposição detalhada sobre os termos e indicações bibliográficas, v. COSTA ANDRADE: *RPCC*, nº. 2, 1992, p. 175 ss (com indicações bibliográficas nas notas 10 e 38).

<sup>208</sup> A primeira se refere ao juízo de dignidade penal e a segunda a um juízo de necessidade de tutela penal. Neste sentido, COSTA ANDRADE. *RPCC*, nº. 2, 1992, p. 186-187; FERREIRA DA CUNHA. *Constituição e crime, ob. cit.*, p. 229, 348, BLOY *apud* ROXIN. *Derecho penal, ob. cit.*, p. 983.

<sup>209</sup> Neste sentido, FERREIRA DA CUNHA. *Constituição e crime, ob. cit.*, p. 219-220.

<sup>210</sup> ROXIN. *Derecho penal, ob. cit.*, p. 981.

<sup>211</sup> COSTA ANDRADE: *RPCC*, nº. 2, 1992, p. 188.

de todos as categorias do delito<sup>212</sup>. Destacam-se as posições de Sax, Langer, Schmidhäuser e Roxin.

Sax<sup>213</sup> insere a dignidade penal como uma categoria autônoma do tipo de ilícito na forma de lesão de um bem jurídico digno de pena, inclusive elevando à categoria de exclusão do fato típico a «falta de um sacrifício do fim de proteção da norma digno de pena». Langer por sua vez, insere a dignidade penal como uma categoria sistemática autônoma ao lado do tipo de ilícito e do tipo de culpa vocacionada para a determinação do desvalor global do delito<sup>214</sup>. Schmidhäuser propõe a elevação da dignidade penal a categoria autônoma do crime<sup>215</sup>. Roxin, além de possuir ressalvas quanto a necessidade de distinção entre a dignidade penal e a carência de tutela penal<sup>216</sup>, inclui estes conceitos na categoria dogmática da responsabilidade<sup>217</sup>. No entanto, aqui se seguirá a posição proposta por Costa Andrade e apoiada pela generalidade dos autores<sup>218</sup> em não definir os princípios da dignidade penal e da carência de tutela penal como elementos autônomos na categorização do crime, antes deixá-los «sem uma fixação na topografia da construção do crime»<sup>219</sup>, a fim de não esvaziar os seus conteúdos e poder reclamar todo o seu potencial dogmático e político criminal em todos os degraus do crime (tipo, ilícito e culpa).

### §13. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE PENAL

Far-se-á agora uma breve reflexão sobre a dignidade penal. Costa Andrade a define como «expressão de um *juízo qualificado de intolerabilidade social*, assente na valoração ético-social de uma conduta, na perspectiva da sua criminalização e punibilidade»<sup>220</sup>. Deste conceito se retiram duas observações importantes para o presente trabalho. O juízo de dignidade penal recai tanto em aspectos político-criminais que ditarão a criminalização de uma determinada conduta, quanto em aspectos jurídico-dogmáticos quando se fala em punibilidade<sup>221</sup>. A valoração da dignidade penal recai tanto sobre a conduta, quanto sobre o bem jurídico<sup>222</sup>.

---

<sup>212</sup> COSTA ANDRADE: *RPCC*, nº. 2, 1992, p. 189.

<sup>213</sup> Tanto o pensamento de Sax, quanto a seguinte citação foi extraída de: COSTA ANDRADE: *RPCC*, nº. 2, 1992, p. 193.

<sup>214</sup> LANGER *apud* COSTA ANDRADE. *RPCC*, nº. 2, 1992, p. 193.

<sup>215</sup> Para uma análise do seu pensamento v., COSTA ANDRADE. *RPCC*, nº. 2, 1992, p. 194; ROXIN. *Derecho penal, ob. cit.*, p. 982-983.

<sup>216</sup> ROXIN. *Derecho penal, ob. cit.*, p. 983.

<sup>217</sup> *Ibidem*.

<sup>218</sup> COSTA ANDRADE. *RPCC*, nº. 2, 1992, p. 195.

<sup>219</sup> COSTA ANDRADE. *RPCC*, nº. 2, 1992, p. 195.

<sup>220</sup> COSTA ANDRADE. *RPCC*, nº. 2, 1992, p. 184.

<sup>221</sup> Neste sentido, COSTA ANDRADE. *RPCC*, nº. 2, 1992, p. 187; *Idem*. *RDE*, anos 6/7, 1980/1981, p. 118.

<sup>222</sup> Neste sentido, SPORLEDER DE SOUZA. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana, ob. cit.*, p. 147.

Ainda mais claro e seguindo de perto a construção doutrinária de Costa Andrade a dignidade penal apresenta relevo substancial em três planos o *transistemático*, o *axiológico-teleológico* e o *jurídico-sistemático*<sup>223</sup>.

### 1. Plano transistemático

Em relação ao plano transistemático o juízo de dignidade penal irá buscar nos mandamentos constitucionais os fundamentos de proteção daqueles bens verdadeiramente dignos de tutela<sup>224</sup> e dará guarida ao princípio constitucional de proporcionalidade. O princípio constitucional da proporcionalidade não está adstrito somente ao direito penal<sup>225</sup>, também vincula o direito administrativo e o direito processual penal<sup>226</sup>. Embora a ideia de proporcionalidade no direito penal remonte a antiguidade<sup>227</sup>, o conceito é produto de uma evolução que encontra o apogeu no período iluminista<sup>228</sup>. É Beccaria que através da obra *Dei delitti e delle pene* dedica uma parte da obra sobre o princípio em sua natureza penal<sup>229</sup>, influenciando decididamente a política criminal do direito penal iluminista e liberal que se tem atualmente. O princípio da proporcionalidade foi analisado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão em 1958 e dividido em três, dando rosto aos subprincípios da *idoneidade*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*<sup>230</sup>. Ao princípio da dignidade penal se vincula o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, enquanto os princípios da idoneidade e da necessidade se ajustam, na distinção que aqui se segue, ao princípio da necessidade de pena.

---

<sup>223</sup> COSTA ANDRADE: A dignidade Penal e a Carência de Tutela Penal como referência de uma doutrina teleológica-racional do crime *in*: RPCC, nº. 2, 1992, p. 184.

<sup>224</sup> Aqui se fará um filtro do que é realmente fundamental ao convívio social, com base naquela *analogia material* na Constituição da qual Figueiredo Dias já falava. Portanto, um seletor de direitos, liberdades e garantias deve ser objeto de tutela penal, não basta ser constitucional, tem que apresentar uma essência a qual em caso de sua ausência a sociedade estará seriamente desprotegida, sujeita a uma grave lesão. FERREIRA DA CUNHA. *Constituição e crime*, *ob. cit.*, p. 347. Sporleder fala de uma base primacial em «fundamentos axiológicos que devem ser criteriosamente atentos aos valores expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais». SPORLEDER DE SOUZA. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*, *ob. cit.*, p. 143.

<sup>225</sup> Neste sentido, AGUADO CORREA. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, Madrid, EDERSA, 1999, p. 56-61; MAGALHÃES GOMES. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*, São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 78-79.

<sup>226</sup> Para uma análise do princípio e a sua incidência nestes ramos do direito ver, AGUADO CORREA. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, *ob. cit.*, p. 79-110. Para uma visão sobre a incidência no direito administrativo, v., MAGALHÃES GOMES. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*, *ob. cit.*, p. 50-52.

<sup>227</sup> Para uma visão deste princípio da antiguidade até Beccaria, v. MAGALHÃES GOMES. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*, *ob. cit.*, p. 35-47.

<sup>228</sup> Neste sentido, AGUADO CORREA. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, *ob. cit.*, p. 55.

<sup>229</sup> AGUADO CORREA. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, *ob. cit.*, p. 55; SPORLEDER DE SOUZA. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*, *ob. cit.*, p. 151.

<sup>230</sup> MAGALHÃES GOMES. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*, *ob. cit.*, p. 79.

Dessa forma, no plano transistemático da dignidade penal há de se verificar a existência de uma necessária referência do bem jurídico aos valores constitucionais, nomeadamente na forma de proteção dos direitos, liberdades e garantias<sup>231</sup>, para em seguida, verificar a proporcionalidade da imposição de uma pena em relação a gravidade da conduta (proporcionalidade em sentido estrito). Se o bem jurídico encontra mútua referência com a ordem axiológica-constitucional e a conduta lesiona ou põe em perigo um bem jurídico, desde que a pena criminal não pareça, ou efetivamente não seja, desmensurada em relação ao mal cometido pelo agente, será tal conduta merecedora de pena.

## 2. Plano axiológico-teleológico

Já no plano axiológico-teleológico há de se realizar mais dois juízos substanciais: «a *dignidade de tutela* do bem jurídico e a potencial e gravosa *danosidade social da conduta*»<sup>232</sup>. Angioni falava dos coeficientes influentes na delimitação da criminalização, entre outros, tanto a importância do bem agredido, como a alta gravidade do fato<sup>233</sup>. Dolcini e marinucci falam de uma dúplice condição: o caráter fundamental do bem e o caráter tipicamente perigoso do ato<sup>234</sup>. Quanto a dignidade de tutela do bem jurídico a essência da afirmação reside na elevada importância do bem jurídico a tutelar, restando ao direito penal a proteção somente daqueles bens essenciais ao convívio em comunidade, daqueles que como nos diz Figueiredo Dias «*bens fundamentais da comunidade, das condições sociais básicas necessárias à livre realização da personalidade de cada homem*»<sup>235</sup>.

Neste sentido, Costa Andrade fala de bens jurídicos «correspondentes às dimensões e liberdades fundamentais da pessoa humana. Precisamente aquelas liberdades que garantem à pessoa a necessária *distanciação e diferença* e aquela ««reserva de solidão frente às totalidades sistemáticas»» (Baptista Ferreira), reclamadas pelos filósofos»<sup>236</sup>, tais bens jurídicos são definitivamente dignos de tutela penal por resguardar os interesses e valores mais profundos da humanidade. Nesta sede, aproxima-se do juízo de dignidade penal o princípio da fragmentariedade<sup>237-238</sup>. Este princípio diz que o direito penal «não deve

---

<sup>231</sup> Neste sentido, BORGES. *O crime de desobediência à luz da constituição*, Almedina, Lisboa, 2011, p. 40-41.

<sup>232</sup> COSTA ANDRADE: A dignidade Penal e a Carência de Tutela Penal como referência de uma doutrina teleológica-racional do crime in: *RPCC*, nº. 2, 1992, p. 184.

<sup>233</sup> ANGIONI. *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 205-206.

<sup>234</sup> DOLCINI/MARINUCCI. Constituição e escolha dos bens jurídicos in: *RPCC*, nº. 4, 1992, p. 193-194.

<sup>235</sup> FIGUEIREDO DIAS. Direito Penal e Estado-de-Direito Material in: *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, 1982, pp. 43.

<sup>236</sup> COSTA ANDRADE: *RPCC*, nº. 2, 1992, p. 181-182.

<sup>237</sup> Aponta-se Binding como o fundador deste princípio, v. SPORLEDER DE SOUZA. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*, p. 150<sup>36</sup>; BATISTA. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, Rio de Janeiro, Revan, 1990, p. 86.

<sup>238</sup> No sentido de inserção do princípio da fragmentariedade no princípio da dignidade penal, v., CANOTILHO. Teoria da legislação geral e teoria da legislação penal in: *BFDUC*, p. 853-855; SPORLEDER DE SOUZA. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*, ob. cit., p. 149.

proteger todos os bens jurídicos, mas somente aqueles considerados os mais fundamentais para a convivência em sociedade»<sup>239</sup>. Nas palavras de Palazzo ao direito penal se impõe uma «tutela seletiva» e portanto lacunosa do bem jurídico<sup>240</sup>. Neste sentido, de seletividade, são as palavras de Bricola ao afirmar que a fragmentariedade se opera tanto em relação aos bens jurídicos quanto em relação as condutas, assim a fragmentariedade se opõe «a uma visão onicompreensiva da tutela penal, e impõe uma seleção seja dos bens jurídicos ofendidos a proteger-se, seja das formas de ofensa»<sup>241</sup>. Outro caráter importante da fragmentariedade do direito penal que trará implicações práticas no plano jurídico-sistemático é a função de hierarquização dos bens jurídicos<sup>242</sup>, determinando o grau da dignidade penal<sup>243</sup> e assim clarificando a diferença entre crimes e contraordenações<sup>244</sup>.

Em relação a danosidade social da conduta esta, aqui compreendida, não com referência direta a teoria sistêmico-funcionalista de Amelung, mas sim em função da «intolerabilidade social» da qual fala Costa Andrade<sup>245</sup> radicada numa qualificada perturbação e abalo social<sup>246</sup>, ou como a desaprovação ético-social da qual fala Otto<sup>247</sup>, ou ainda na síntese de Sporleder de Souza «A danosidade social pressupõe averiguações empírico-criminológicas sobre os efeitos danosos de certas condutas e valorações à luz da Constituição. Condutas que se mostrem inofensivas a bens estritamente jurídico-penais não possuem danosidade social e por consequência não há dignidade penal para que sejam criminalizadas»<sup>248-249</sup>. Dessa forma, a junção da danosidade social com o bem jurídico vem somente no juízo de dignidade penal e, não substituindo o conceito de bem jurídico pelo da danosidade social como queria Amelung<sup>250</sup>. Vindo, pois a danosidade social apenas após a identificação do bem jurídico essencial, aí sim, far-se-á um juízo de quais condutas carregam a danosidade social adequada para a lesão ou colocação em perigo dos bens jurídicos fundamentais.

Tendo em vista que para uma apuração da danosidade social há de se ter em mente quais condutas são lesivas ao bem jurídico, apontemos agora quais serão as condutas que farão parte da ótica deste trabalho. As condutas selecionadas são aquelas previstas na lei nº. 38/2012 nos artigos 44, nº. 1, 45, n. 1 e 2, 46, nº. 1 e 2 e 49, nº. 1 e 2. O artigo 44 trata

---

<sup>239</sup> SPORLEDER DE SOUZA. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*, ob. cit., p. 150-151.

<sup>240</sup> PALAZZO *apud* SPORLEDER DE SOUZA, ob. cit., p. 151.

<sup>241</sup> BRICOLA *apud* BATISTA. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, ob.cit., p. 86.

<sup>242</sup> ANGIONI *apud* SPORLEDER DE SOUZA. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*, ob. cit., p. 151.

<sup>243</sup> DOLCINI/MARINUCCI *apud* SPORLEDER DE SOUZA. ob. cit., p. 151.

<sup>244</sup> COSTA ANDRADE. *RDE*, anos 6/7, 1980/1981, p. 117.

<sup>245</sup> COSTA ANDRADE: *RPCC*, nº. 2, 1992, p. 184.

<sup>246</sup> *Idem*, p. 185.

<sup>247</sup> OTTO *apud* COSTA ANDRADE. *RPCC*, nº. 2, 1992, p. 185.

<sup>248</sup> SPORLEDER DE SOUZA. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*, ob. cit., p. 146.

<sup>249</sup> No sentido de uma verificação criminológica da danosidade social, v., FIGUEIREDO DIAS/ COSTA ANDRADE. *Criminologia: o homem delinquente a e sociedade criminógena*, Coimbra, Coimbra editora, 1984, p. 407-408; FERREIRA DA CUNHA. *Constituição e crime*, ob. cit., p. 225-226.

<sup>250</sup> V, *supra* §8, nº. 2.

do tráfico de substâncias ou métodos proibidos, o qual conta com dezesseis condutas típicas. O artigo 45 versa sobre a administração de substâncias dopantes e possui seis condutas tipificadas mais a previsão de qualquer forma de cumplicidade. O artigo 46 prevê o crime de associação criminosa e prescreve quatro condutas típicas. Por fim, o artigo 49 não prescreve nenhum crime, mas sim as contraordenações por condutas dopantes. Na alínea a) prevê três condutas mais a possibilidade por qualquer outra forma de conduta que, por ação ou omissão, impeça ou perturbe a recolha de amostras. A alínea b) trata de quatro condutas. E a alínea c) trata de apenas uma conduta. Estas condutas serão tratadas no momento específico, para já fica apenas a distinção entre o *heterodoping* – previsto no artigo 45 – e o *autodoping* – previsto no artigo 49, restando claro que o legislador conferiu diferentes graus de ilicitude as condutas citadas refletindo esta opção em diferentes reações criminais. A primeira classe de condutas (*heterodoping*) é classificada como crime, enquanto as segundas (*autodoping*) foram qualificadas como contraordenações. Aparentemente o legislador optou por uma distinção em razão do diferente nível de danosidade social das condutas perseguidas<sup>251</sup>.

É justamente no plano axiológico-teleológico que além da invocação do princípio da fragmentariedade, outro princípio também se aproxima da dignidade penal. Apresenta-se o princípio da proporcionalidade, mais precisamente e como já dividido *supra*, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. É neste momento que o legislador terá de ponderar entre a danosidade da conduta lesiva ao bem jurídico digno de tutela penal e a correta medida da pena<sup>252</sup>. Para Dolcini e Marinucci o princípio da proporcionalidade confere legitimidade tanto ao bem quanto a conduta a reprimir<sup>253</sup>. É justamente este princípio que realizará a interconexão entre o bem, a conduta e a resposta penal. Ele é pois o justo mediador da balança incriminatória. Possui valor constitucional reconhecido tanto pelo tribunal constitucional português<sup>254</sup>, quanto pelo Supremo tribunal Federal do Brasil<sup>255</sup>.

Portanto, a lesão ou a posta em perigo de um bem jurídico fundamental com *referência constitucional* por uma conduta considerada de *alta reprovação social* dará indícios do merecimento de pena, ou como prefere Conceição da Cunha no caso de convergência entre a elevada importância do bem a tutelar e a particular gravidade da conduta lesiva ou perigosa ao bem só uma resposta poderá ser dada pelo sistema estadual: a intervenção penal<sup>256</sup>.

---

<sup>251</sup> Desenvolvidamente, *infra* §16, nº. 5.

<sup>252</sup> Neste sentido, SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinícius. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana, ob. cit.*, p. 152.

<sup>253</sup> DOLCINI/MARINUCCI. *RPCC*, nº. 4, 1992, p. 193-194.

<sup>254</sup> Acórdão N.º 634/1993. Além disso, é também reconhecido pelo Tribunal constitucional italiano (Sentenza n.487 de 25/10/1989), alemão (BVerfGE 7, 198 de 15/01/1958) e espanhol (Sentencia 55/1996).

<sup>255</sup> Por todos, HC 45232 de 21/02/1968, Relator: Min. Themistocles Cavalcanti.

<sup>256</sup> FERREIRA DA CUNHA. *Constituição e crime, ob. cit.*, p. 226-227. A autora faz importantes ressalvas, exemplificando os casos indubitáveis de necessidade de tutela penal em virtude de elevada dignidade penal (genocídio, comício, etc.) e

### 3. Plano jurídico-sistemático

Por último, o plano jurídico-sistemático que segundo Costa Andrade «mediatiza e actualiza o postulado segundo o qual o ilícito penal se distingue e singulariza face às demais manifestações de ilícito conhecidas da experiência jurídica»<sup>257</sup>. Será aqui onde (juntamente com os planos anteriores), finalmente, haverá uma real distinção entre o que é jurídico-penal e o que é jurídico-administrativo, jurídico-civil, etc. Esta distinção se dará segundo Costa Andrade com base na doutrina de Goldschmidt por uma «qualitativa diferença de quantidade»<sup>258</sup>. Para Frisch a dignidade penal e a carência de pena são os responsáveis por determinar aquilo que é verdadeiramente jurídico-penal<sup>259</sup>.

Dito isso, fica estabelecido que os bens jurídicos serão “filtrados” pelos planos valorativos da dignidade penal, a fim de que caso o bem jurídico seja considerado possuidor de dignidade penal será chamado, finalmente, de bem jurídico penal<sup>260</sup>.

## §14. O PRINCÍPIO DA NECESSIDADE DE PENA

Agora, visto os requisitos de legitimação material que um bem jurídico necessita atravessar para alcançar o status de bem jurídico penal, há de se realizar o segundo passo para consagrar determinada conduta como legítima materialmente e necessitada de tutela pelo direito penal. Tudo isto, ainda, em sede de gestação de uma incriminação (Costa Andrade). Este segundo passo para a criminalização depende da técnica de tutela a ser empregada pelo legislador<sup>261</sup>. Para Hassemer «a decisão de técnica de tutela do legislador é independente da decisão sobre a existência de um bem jurídico digno de tutela e obedece a princípios de conteúdo específico»<sup>262</sup>. Sendo assim, a existência de um bem jurídico digno de pena não é o critério último para a decisão sobre a incriminação (legitimação negativa),

---

casos em que há uma duvidosa necessidade de pena em virtude de duvidosa danosidade social (consumo de drogas, adultério, etc.). Cf. *Idem*, p. 345 ss.

<sup>257</sup> COSTA ANDRADE. *RPCC*, nº. 2, 1992, p. 184.

<sup>258</sup> COSTA ANDRADE. *RPCC*, nº. 2, 1992, p. 185.

<sup>259</sup> FRISCH. *Delito y sistema del delito*, *ob. cit.*, p. 194-195.

<sup>260</sup> Neste sentido, FIGUEIREDO DIAS. *DP I*, p. 120.

<sup>261</sup> Princípio apontado por Hassemer (*Schutztechnik*) em contraposição ao princípio de tutela dos bens jurídicos (*Rechtsgüterschutz*) que exprime a mesma distinção de conteúdo dos princípios da dignidade penal e da carência de pena. V., COSTA ANDRADE. *O novo Código Penal e a moderna criminologia in: Jornadas de Direito Criminal*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 1983, p. 221. Também Günther distingue em dois momentos de decisão legislativa com conteúdos semelhantes. Um chamado de método de legislação penal (*Methode der Strafgesetzgebung*) e outro chamado de técnica de legislação penal (*Technik der Strafgesetzgebung*). V., SPORLEDER DE SOUZA. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*, *ob. cit.*, p. 156.

<sup>262</sup> HASSEMER *apud* COSTA ANDRADE. *RDE*, anos 6/7, 1980/1981, p. 110.

além deste deve-se realizar um juízo de legitimação positiva que compete ao princípio da carência de tutela penal<sup>263</sup>.

Significa, clarificando, que o juízo da necessidade de pena se faz em busca de encontrar a melhor forma de reação a uma ofensa ou a um perigo de ofensa a um bem jurídico com dignidade penal e, por consequente se o direito penal é o melhor (idôneo) e único (necessário) meio da política social para reagir a este comportamento digno de tutela penal. Na concepção de Ferreira da Cunha a carência de pena «questiona-se, no fundo, acerca de qual a forma mais adequada e eficaz para os tutelar – valores essenciais -, dando primazia às formas menos drásticas sempre que estas respondam as necessidades sociais de proteção»<sup>264</sup>. Figueiredo Dias atenta para o poderio do direito penal em limitar direitos fundamentais, máxime a liberdade, e estabelece a necessidade de pena como limite material à discricionariedade do legislador. Assim afirma que «Uma vez que o direito penal utiliza, com o arsenal das suas sanções específicas, os meios mais onerosos para os direitos e as liberdades das pessoas, ele só pode intervir nos casos em que todos os outros meios da política social, em particular da política jurídica não-penal, se revelem *insuficientes* ou *inadequados*»<sup>265</sup>.

Costa Andrade aborda o conteúdo da necessidade de pena e aponta como requisitos que a pena imposta pelo direito penal seja idônea e necessária para a prevenção da danosidade social<sup>266</sup>. Quer dizer então, que a necessidade de pena deve ser analisada sobre «um duplo e complementar juízo: em primeiro lugar, um juízo de *necessidade (Erforderlichkeit)*, por ausência de alternativa idônea e eficaz de tutela não penal; em segundo lugar, um juízo de *idoneidade (Geeignetheit)* do direito penal para assegurar a tutela, e para o fazer à margem de custos desmesurados no que toca ao sacrifício de outros bens jurídicos, máxime a liberdade»<sup>267</sup>.

Segundo esta construção, o juízo de carência de pena dará vazão ao princípio constitucional da proporcionalidade em sentido amplo<sup>268</sup>, mais precisamente quanto aos subprincípios da necessidade e da adequação.

### 1. Princípio da necessidade

Pode-se afirmar, que os conhecidos princípios da subsidiariedade, da intervenção mínima e da *ultima ratio* são na verdade – em virtude de possuírem a mesma semântica –

---

<sup>263</sup> COSTA ANDRADE. *RPCC*, nº. 2, 1992, p. 185; SPORLEDER DE SOUZA. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana, ob. cit.*, p. 155.

<sup>264</sup> FERREIRA DA CUNHA. *Constituição e crime, ob. cit.*, p. 221-222.

<sup>265</sup> FIGUEIREDO DIAS. *DP I*, p. 128.

<sup>266</sup> COSTA ANDRADE. *RPCC*, nº. 2, 1992, p. 186.

<sup>267</sup> *Ibidem*.

<sup>268</sup> Neste sentido, FIGUEIREDO DIAS. *DP I*, p. 128.

a mesma coisa que o princípio da necessidade, sendo apenas ao final questão de terminologia a escolha por qualquer um deles. Às vezes o que se faz é dizer que o princípio da intervenção mínima também compreende além da subsidiariedade a fragmentariedade<sup>269</sup>. Mas, ao final, todos falam da mesma coisa: que o direito penal, por ser o meio mais gravoso, não pode ser utilizado sem antes haver uma avaliação dos demais meios de controle social, para somente depois deste juízo e ainda de acordo com o princípio da adequação determinar uma pena a uma conduta socialmente danosa<sup>270</sup>.

Assim, em razão da pena ser, conforme a já paradigmática expressão no *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*, Allgemeiner Teil, 1966 «necessidade amarga numa sociedade de seres imperfeitos como o são ainda os homens» e em busca da imposição de limites ao *ius puniendi* do Estado é que cada conduta deve ser muito bem analisada antes da sua colocação no sistema jurídico positivo, nomeadamente no direito penal. Além do mais, «Pelo menos do ponto de vista do direito criminal, a todos os homens assiste o inalienável direito de irem para o inferno à sua própria maneira, contanto que não lesem directamente a pessoa ou a propriedade alheia»<sup>271</sup>. Por isso, há de se realizar em cada caso concreto a aplicação ou não do direito penal. Portanto, precisa-se analisar, caso a caso, se em cada bem jurídico apontado e para cada conduta prescrita, já não há meios suficientes para o controle *antidoping*.

## 2. Princípio da adequação

Após um juízo de necessidade, há de se realizar um juízo de adequação ou idoneidade. Neste juízo não se deixa de lado o carácter empírico<sup>272</sup> da sua avaliação. É aqui que mais se demonstra uma análise de um quadro geral e completo sobre a razão da imposição da norma incriminatória e o verdadeiro alcance de sua atuação preventiva<sup>273</sup>. Inclusive neste plano, convoca-se o direito processual penal e o direito penitenciário<sup>274</sup>, a fim

---

<sup>269</sup> FERRÉ OLIVE/ NUNEZ PAZ/ TERRA DE OLIVEIRA/ COUTO DE BRITO. *Direito Penal Brasileiro: Parte Geral – Princípios fundamentais e Sistema*; Revista dos Tribunais, 2011, p. 94; BATISTA. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro, ob. cit.*, p. 85.

<sup>270</sup> Por todos, BATISTA. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro, ob. cit.*, p. 84-90; SPORLEDER DE SOUZA. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana, ob. cit.*, p. 153-162.

<sup>271</sup> MORRIS/HAWKINS *apud* FIGUEIREDO DIAS/ COSTA ANDRADE. *Criminologia, ob. cit.*, p. 405-406.

<sup>272</sup> Máxime, criminológico. V., FERREIRA DA CUNHA. *Constituição e crime, ob. cit.*, p. 225-226; FIGUEIREDO DIAS/ COSTA ANDRADE. *Criminologia, ob. cit.*, p. 407-408; COSTA ANDRADE. *RDE*, anos 6/7, 1980/1981, p. 119; SPORLEDER DE SOUZA. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana, ob. cit.*, p. 157.

<sup>273</sup> Entendida a pena somente em razão de *funções preventivas* (gerais e especiais). Por todos, ROXIN. *Derecho penal, ob. cit.*, p. 95; FIGUEIREDO DIAS. *DP I*, p. 78; DELMANTO/ DELMANTO/ DELMANTO JUNIOR/ DELMANTO. *Código penal comentado*, 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 207. Em sentido contrário, afirmando que a pena possui finalidades retributivas e preventivas (teoria mista), no Brasil, DOTTI. *Curso de Direito Penal: parte geral*, Revista dos Tribunais, 4 ed., 2012, p. 527; CIRINO. *Direito Penal: parte geral*, Conceito Editorial, 4 ed., 2010, p. 421-453. Na Itália, MANTOVANI. *Diritto Penale*, CEDAM, 7 ed., 2011, p. 732; PADOVANI. *Diritto Penale*, Giuffrè, 10 ed., 2012, p. 317-320.

<sup>274</sup> AGUADO CORREA. *El principio de proporcionalidad en derecho penal, ob. cit.*, p. 154-155.

de se obter um panorama completo da efetividade da norma incriminadora. Assim como no princípio da necessidade, o princípio da adequação, encontrará identidade semântica com outros princípios jurídicos, nomeadamente o da idoneidade, da utilidade, da eficiência e da eficácia<sup>275</sup>. Todavia, se formos avançar, por aqui, com as distinções específicas, não obteremos muitas diferenças objetivas para uma delimitação segura do conteúdo, por isso, avança-se com a ideia reitora que insere a idoneidade na carência de pena<sup>276</sup>, possuindo a seguinte função: verificação empírica da razão de incriminação ter efetivamente alcançado os objetivos esperados, segundo os meios utilizados. Deve haver uma «congruência do escopo ao meio»<sup>277</sup>.

Portanto, é a ideia dos meios utilizados que impera nessa sede de delimitação incriminatória. Mais que isso, deve-se avaliar a eficácia final da norma produzida em função do seu fim. Portanto, deve-se avaliar se outros meios não penais são mais eficientes em obter os seus objetivos de controle do que uma possível e inoperante norma penal. Na verdade, «não basta simplesmente, a prova da idoneidade de outros instrumentos de controle social para que se recorra ao direito penal, mas deve ficar demonstrada a capacidade do meio (pena) para atingir o escopo desejado»<sup>278</sup>. Como já previa o utilitarismo de Bentham uma lei sem utilidade é ilegítima<sup>279</sup>. Por exemplo, tratando diretamente do nosso objeto de estudo, Roxin fala que a disposição penal na lei alemã que criminaliza o *doping* é uma letra morta, apontando que o direito penal, da forma em que está disposta a questão atualmente, não apresenta bons meios de combate ao *doping*<sup>280</sup>, significa, em última análise, que não tem atingido os fins a que se dispôs.

Em termos finais, a idoneidade da punição criminal implica que ela deve ser apta para tutelar o bem jurídico apontado como digno de pena<sup>281</sup>. Paliero aponta três planos distintos para a efetividade da norma penal. O primeiro diz respeito a efetividade da ameaça, esta tem a ver com a sua predisposição em tutelar o bem jurídico penal. O segundo, versa sobre a efetividade da pena e o seu custo-benefício em relação a imposição da sanção e o efeito que ela produziu. O terceiro trata da efetividade dos aparatos, aqui se verifica se os órgãos de controle apresentam bons desempenhos em relação aos fins a que se propõem a norma<sup>282</sup>. Portanto o legislador embora possua a difícil missão de realizar uma avaliação *ex ante* da incriminação, não deve por isso criar normas que não atendam a probabilidades

---

<sup>275</sup> Alguns autores, apontam distinções. Amelung distingue o princípio da efetividade do princípio da eficiência, enquanto Noll distingue o princípio da efetividade com o da eficácia. Cf. SPORLEDER DE SOUZA. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*, *ob. cit.*, p. 159-160<sup>61</sup>.

<sup>276</sup> No mesmo sentido, SPORLEDER DE SOUZA. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*, *ob. cit.*, p. 159<sup>61</sup>. Em sentido contrário, Mayer pondo a idoneidade ao lado da dignidade penal e da carência de pena. V., *Ibidem*; MAYER *apud* AGUADO CORREA. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, *ob. cit.*, p. 151.

<sup>277</sup> MAGALHÃES GOMES. O princípio da proporcionalidade no direito penal, *ob. cit.*, p. 131.

<sup>278</sup> PALIERO *apud* MAGALHÃES GOMES. O princípio da proporcionalidade no direito penal, *ob. cit.*, p. 132.

<sup>279</sup> BENTHAM *apud* MAGALHÃES GOMES. O princípio da proporcionalidade no direito penal, *ob. cit.*, p. 127.

<sup>280</sup> ROXIN. *Doping e Direito Penal in: ROXIN/ GRECO/ LEITE. Doping e Direito Penal*, Atlas, 2011, p. 36-37.

<sup>281</sup> Neste sentido, AGUADO CORREA. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, *ob. cit.*, p. 154.

<sup>282</sup> PALIERO *apud* MAGALHÃES GOMES. O princípio da proporcionalidade no direito penal, *ob. cit.*, p. 130.

de obtenção do fim de proteção almejado. Procura-se, com isso, evitar meras incriminações simbólicas. Também deve-se estar atento ao juízo *ex post*, pois caso a incriminação não alcance seus desideratos, deverá excluir do ordenamento aquela proibição que não traz mais benefícios em contrapartida aos custos à liberdade que acaba por impor<sup>283</sup>.

Visto os dois macroprincípios de legitimação material do direito penal, a dignidade penal e a carência de pena. Resta dizer que as suas implicações e análises não se esgotam apenas em abstrato, antes tratam-se de princípios capazes de «reclamar audiência, com exigências específicas, no contexto dos singulares degraus da doutrina do crime»<sup>284</sup> e, por isso «com implicações em sede normativa, dogmática e prático-jurídica»<sup>285</sup>.

Diante de todo o exposto, pode-se afirmar em águas tranquilas que o princípio da dignidade penal (juntamente com os princípios a ela relacionados) serão fundamento para a delimitação do bem jurídico adequado para a persecução do crime de *doping*. Num segundo passo, far-se-á uma análise sobre se o específico bem jurídico penal é carente de pena, tudo a ser analisado, incidentalmente, no quadro apresentado a seguir.

---

<sup>283</sup> Neste sentido, MAGALHÃES GOMES. O princípio da proporcionalidade no direito penal, *ob. cit.*, p. 133.

<sup>284</sup> COSTA ANDRADE. *RPCC*, nº. 2, 1992, p. 200.

<sup>285</sup> COSTA ANDRADE. *RPCC*, nº. 2, 1992, p. 196.

## PARTE SEGUNDA

### CAPÍTULO III DOS BENS JURÍDICOS PERTINENTES AO HALO DE PROTEÇÃO DO DOPING

#### §15. DO BEM JURÍDICO DA INTEGRIDADE FÍSICA

A escolha da nomenclatura do bem jurídico por integridade física invés da terminologia saúde do atleta atende ao chamado da manutenção da ordem jurídico-sistemática, tendo em vista que o código penal no Capítulo III do Título I do Livro II se refere aos crimes contra a integridade física. Em relação aos antecedentes deste bem jurídico há de se falar que é um dos bens jurídicos do chamado direito penal clássico, em virtude de encontrar sua base axiológica na ordem constitucional dos direitos, liberdades e garantias<sup>286</sup>. Este bem jurídico encontra-se devidamente consagrado em diversas legislações nacionais modernas, como também encontra reflexos em ordenações criminais através dos séculos. A integridade física e moral está consagrada na Constituição da República Portuguesa no artigo 25 com a epígrafe de integridade pessoal. Segundo Vital Moreira e Gomes Canotilho a integridade pessoal é antes de tudo, um direito a não ser agredido, e vale tanto contra o Estado quanto contra qualquer pessoa<sup>287</sup>.

Em relação a dignidade penal do bem jurídico em questão pouco há de se contestar. Trata-se de um bem que goza de relação direta com os direitos, liberdades e garantias da pessoa enraizados na CRP, bem este que se for lesado certamente recairá no juízo de intolerabilidade social e na elevada valoração ético-social da qual fala Costa Andrade<sup>288</sup>. A dignidade penal deste bem jurídico assenta-se numa política-criminal voltada para a proteção da pessoa segundo o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. A integridade física tem as condições necessárias para ser aprovada pelos três planos da dignidade penal. Dessa forma, no plano transistemático a necessária referência a ordem axiológica constitucional já foi demonstrada ao apontar o artigo 25 da CRP como correlativo ao bem jurídico penal da integridade física, no plano axiológico-teleológico há-de se considerar a elevada dignidade penal deste bem por se tratar de uma condição social básica e necessária a vida de cada pessoa, devendo, portanto, o direito penal, como forma adequada e eficaz, intervir a fim de oferecer resposta às condutas lesivas a este bem jurídico, dessa forma satisfazendo o plano jurídico-sistemático da dignidade penal e as exigências de necessidade e de idoneidade do princípio da carência de tutela penal.

---

<sup>286</sup> FIGUEIREDO DIAS. Para uma dogmática do direito penal secundário: um contributo para a reforma do direito penal económico e social português *in Direito e Justiça*, Vol. IV, 1989/1990, *passim*. Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, p. XXX.

<sup>287</sup> CANOTILHO/ MOREIRA. Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, p. 454-455.

<sup>288</sup> COSTA ANDRADE. *RPCC*, 1992, p. 184.

No sentido de escolher a integridade física como bem jurídico tutelado pelas práticas de dopagem o CMAD aponta a proteção à saúde como fundamento de proibição das práticas dopantes<sup>289</sup>. A Convenção Europeia contra o doping, em seu preâmbulo, estabelece que o desporto desempenha um papel importante na proteção da saúde, também adverte das más consequências que o doping pode causar a saúde, além de estabelecer a responsabilidade dos poderes públicos em proteger a saúde daqueles que participam nas manifestações desportivas. A Convenção internacional contra a dopagem no desporto da UNESCO, também no preâmbulo, atenta para a importância do desporto como meio de proteção da saúde, do perigo da dopagem causar danos à saúde dos praticantes desportivos, além da responsabilidade complementar dos poderes públicos na prevenção e na repressão da dopagem, em particular a proteção da saúde daqueles que participam das manifestações desportivas.

A questão que se coloca ao analisar as disposições das normativas internacionais antidoping é identificar se a saúde como objeto de proteção apontada em tais normas se trata do bem jurídico saúde pública, se se supõe a proteção da integridade física ou de ambas<sup>290</sup>. Entendemos que a saúde que se refere o CMAD é a saúde pública, pois se trata de uma visão mais abrangente das necessidades de luta contra a dopagem, devendo este problema ser combatido em suas mais diferentes variedades sem os empecilhos relacionados com a exigência de comprovação de ofensa à integridade física causada pela dopagem e pelo papel transcendente do desporto na sociedade que vai muito além das competições desportivas. No entanto, ainda que de forma mediata o CMAD se preocupa com a integridade física dos atletas ao estabelecer como um dos critérios necessários para a proibição a comprovação de que a substância ou o método representa um risco potencial ou atual à integridade física dos atletas<sup>291</sup>.

Neste caso, há-de se realizar um percurso de verificação da ocorrência dos danos à saúde dos praticantes desportivos através das condutas dopantes. Ocorre que o dano a saúde não é uma obrigatoriedade dos fundamentos para a proibição de uma substância ou método dopante. Como fundamentar nos casos das substâncias e dos métodos proibidos em animais?

A jurisprudência, por sua vez, também oferece indicações para selecionar a integridade física como bem jurídico tutelado em caso de incriminação do *doping*. Vemos esta indicação no acórdão de 30 de setembro de 2004, no processo T-313/02 do ex-Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias, atual Tribunal Geral que ao julgar o famoso caso Meca-Medina declarou-se, no ponto 44, sobre a natureza das regras

---

<sup>289</sup> Neste sentido eleva a proteção da saúde como propósito do Programa Mundial antidopagem e como valor intrínseco do espírito esportivo.

<sup>290</sup> Com a mesma indagação, CASTANHEIRA. *O Fenómeno do Doping no Desporto: o atleta responsável e o irresponsável*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 41.

<sup>291</sup> Artigo 4.3.1.2 do CMAD.

antidopagem controversas estabelecendo que a luta *antidopagem* preserva a saúde dos atletas.

A ofensa à integridade física pode se dar tanto por ofensa ao corpo, quanto por ofensa à saúde<sup>292</sup>. O bem jurídico integridade física é um bem jurídico individual e para efeitos de consentimento livremente disponível<sup>293</sup>. A autodopagem e a heterodopagem podem ofender a integridade física tanto por ofensa ao corpo, quanto por ofensa à saúde<sup>294</sup>. O tipo pode realizar-se por ofensa ao corpo, *v.g.*, quando por meio de seringa for injetada uma substância ou um método proibido ou quando um osso ou uma prótese for partida ou danificada<sup>295</sup>. Os danos à saúde poderão ocorrer, *v.g.*, por tumores no fígado, atrofia testicular, problemas na coordenação motora, cardiopatias<sup>296</sup>. Da mesma forma que ocorre com o crime de ofensas corporais, também será possível que as condutas dopantes resultem simultaneamente em lesões ao corpo e a saúde<sup>297</sup>.

O dano em uma atleta grávida pode também acarretar lesões para o feto, dessa forma é possível a existência de danos à integridade física do nascituro ou até mesmo o

---

<sup>292</sup> Assim o regime português previsto no artigo 143, n.1. Desenvolvidamente, RIBEIRO DE FARIA. Comentário ao artigo 143 do CP in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, (Dir. Figueiredo Dias), 2ª ed., 2012, p. 304 ss. Também assim prevê o Código penal alemão no § 223, (1). Desenvolvidamente, ESER/ STERNBERG-LIEBEN in: *SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER*, p. 2008 ss.

<sup>293</sup> Art. 149, n. 1 do CP. Desenvolvidamente, v. COSTA ANDRADE, comentário ao artigo 149 do CP in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, (Dir. Figueiredo Dias), 2ª ed., 2012, p. 420 ss; CANOTILHO/ MOREIRA. Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, p. 454.

<sup>294</sup> Por todos, *v.*, AHLERS. *Doping und strafrechtliche Verantwortlichkeit: zum strafrechtlichen Schutz des Sportlers vor Körperschäden durch Doping*, Baden-Baden, Nomos, 1994, p. 48.

<sup>295</sup> A inclusão de próteses na área de tutela da integridade física é advogada por Ribeiro de Faria quando tais dispositivos sejam “meios substitutivos de parte do corpo humano”. RIBEIRO DE FARIA. Comentário ao artigo 143 do CP in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, (Dir. Figueiredo Dias), 2ª ed., 2012, p. 301. Sobre a problemática do uso de próteses como meio de obtenção de vantagem em relação aos demais atletas não amputados, *v.* a jurisprudência do Tribunal Arbitral do Desporto no caso Pistorius. (Arbitration CAS 2008/A/1480 Pistorius v/ IAAF, award of 16 May 2008). Sobre este caso e a relação entre um atleta com deficiência e o Techno-Doping, *v.* WOLBRING. Oscar Pistorius and the Future Nature of Olympic, Paralympic and Other Sports *in scripted - A Journal of Law, Technology & Society*, Volume 5, Issue 1, April 2008, p. 139-160. A questão do Techno-Doping se põe, desde já, como um dos obstáculos para uma completa caracterização do bem jurídico integridade física como bem jurídico idóneo no combate ao doping. Em primeiro lugar é preciso esclarecer que as Federações Desportivas Internacionais não consideram a utilização de materiais proibidos como práticas dopantes. Por conta disso o controle desses materiais não é realizado pela AMA, tampouco a proibição desses materiais está regulamentada na lista anual de substância e métodos proibidos. No entanto, caso se considere que a utilização de novas tecnologias são práticas de dopagem não haverá razão para o crime de dopagem tutelar a integridade física, pois diversas práticas de dopagem irão ocorrer, no entanto a mera utilização das próteses não importará a lesão ou a posta em perigo do bem jurídico. Neste sentido, ainda que exista a intenção do atleta em melhorar a performance através do uso de um método proibido, esta utilização não ofenderá o bem jurídico integridade física se o atleta não danificar o dispositivo ou não lesionar ou pôr em perigo a sua integridade física mediante a utilização do aparelho.

<sup>296</sup> CASTANHEIRA. *O fenómeno do doping no desporto: o atleta responsável e o irresponsável*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 47. Neste sentido e analisando a existência ou não de danos ao corpo e a saúde em cada patologia, *v.* AHLERS. *Doping und strafrechtliche Verantwortlichkeit: zum strafrechtlichen Schutz des Sportlers vor Körperschäden durch Doping*, Baden-Baden, Nomos, 1994, p. 33 ss.

<sup>297</sup> OTTO. *SpuRt 1994*, p. 13.

aborto<sup>298</sup>. Assim, de acordo com a doutrina dominante haverá ofensa à integridade física do feto desde que os efeitos ou as consequências das lesões se produzam após o nascimento<sup>299</sup>. Ressalvado em qualquer caso a impossibilidade de punibilidade por lesão pré-natal negligente ou por aborto negligente<sup>300</sup>. No caso de idoneidade da integridade física como bem jurídico tutelado nos casos de dopagem e aplicando entendimento semelhante ao utilizado no crime de lesões corporais ao tipo legal de crime de administração de substâncias ou métodos proibidos (artigo 45 da Lei n. 38/2012, de 28 de agosto) a conduta será punida tanto por lesionar o feto, quanto por lesionar a atleta grávida<sup>301</sup>. Em virtude da necessidade de proteção da integridade física tanto do feto, quanto do atleta, o bem jurídico não pode ser restrito apenas a *proteção dos praticantes desportivos*, mas sim compreendido numa concepção genérica a todas as pessoas.

Ainda em relação a heterodopagem – e em caso de se adotar a integridade física como bem jurídico adequado – penso que deveria, assim como no regime das ofensas corporais (art. 148 do CP), ser prevista a punição por negligência em virtude da magnitude do bem jurídico e em razão do oferecimento de uma maior proteção do bem face às condutas lesivas. Entretanto, o regime jurídico penal português não estabeleceu a punibilidade por negligência das condutas dopantes de heterolesão o que pode indicar um afastamento da punição das condutas de dopagem através da fundamentação pela integridade física.

Questão emblemática no tratamento no regime do bem jurídico integridade física e as suas relações com o doping, dar-se-á de forma privilegiada no âmbito do consentimento do atleta, mais especificamente na questão do limite dos bons costumes<sup>302</sup>. Estas relações encontram-se de forma destacada nas constelações das heterolesões ou, como quiser, do *heterodoping*. Conforme Costa Andrade, tem-se assistido a um recuo da aplicação da cláusula dos bons costumes e no *doping* não foi diferente. Neste sentido, a corrente majoritária tem recusado a barreira dos bons costumes como limite a eficácia do consentimento justificante em razão do doping violar a ética desportiva. A razão se encontra, nos termos gerais do regime do consentimento. Isto é, o consentimento só será contrário aos bons costumes naqueles casos de grave lesão à integridade física ou perigo de morte<sup>303</sup>.

---

<sup>298</sup> AHLERS. *Doping und strafrechtliche*, p. 40.

<sup>299</sup> ARZT/ WEBER; GÖSSEL *apud* RIBEIRO DE FARIA. *Comentário Conimbricense do Código Penal*, artigo 143, p. 302-303.

<sup>300</sup> Embora exista a previsão de incriminação por ofensas corporais negligentes (art. 148 do CP), não se deve aceitar esta possibilidade em virtude de ausência de incriminação por aborto negligente. Se se admitir a punição das lesões pré-natais haveria um desequilíbrio entre a ordem de importância dos bens jurídicos vida e integridade física, concedendo-se maior proteção ao último do que ao primeiro. RIBEIRO DE FARIA. *Comentário Conimbricense do Código Penal*, 1999, artigo 143, p. 209.

<sup>301</sup> A punição dar-se-ia por concurso (ideal ou real) em razão de lesionar mais de uma pessoa. Neste sentido, embora no regime das ofensas corporais. RIBEIRO DE FARIA. *Comentário Conimbricense do Código Penal*, artigo 143, 2ª ed., p. 326.

<sup>302</sup> Art. 38, nº. 1.

<sup>303</sup> COSTA ANDRADE. *Comentário Conimbricense do Código Penal*, 2ª ed., artigo 149, §§ 68-71.

## §16. DO BEM JURÍDICO DA SAÚDE PÚBLICA

### 1. Definição

A saúde pública é um bem jurídico supraindividual, consagrado ao longo dos séculos como um bem jurídico de alta relevância social, previsto por diversas legislações penais e não penais tanto em Portugal<sup>304</sup>, quanto no direito comparado<sup>305</sup>. Segundo Torío a formação histórica do conceito de saúde pública é próprio da tradição jurídica latina, estando vinculada em suas origens a determinadas substâncias de uso comum ou generalizado, cujo controle sanitário e segurança faziam-se necessários para a salvaguarda da saúde dos cidadãos<sup>306</sup>. Carrara falava que «o direito individual a saúde, com relação a determinadas substâncias vitais, converte-se em direito social quando se contempla em relação à sociedade»<sup>307</sup>.

### 2. Ordem jurídico-constitucional

A proteção da saúde pública encontra amparo no ordenamento jurídico-constitucional português no artigo 64 da CRP como um direito de todo cidadão e um dever do Estado promover a sua proteção<sup>308</sup>. Pode-se entender que o direito constitucional à saúde possui um papel importante na luta antidopagem, abrangendo as vertentes de proteção da pessoa do atleta e da sociedade<sup>309</sup>. Pela vertente positiva o Estado deve assegurar campanhas de prevenção a dopagem que proponham evitar o uso de substâncias ou métodos proibidos. Pela vertente negativa nem o Estado nem qualquer outra pessoa (v.g. heterodoping) pode prejudicar a saúde do atleta ou de terceiros.

---

<sup>304</sup> O Código penal de 1852 possuía cinco artigos (248-252) sob a epígrafe crimes contra a saúde pública. O Código penal de 1886 possuía cinco artigos (248-252) sob a epígrafe crimes contra a saúde pública. O Código penal de 1982, por sua vez, possuía sete artigos (269-276) sob a epígrafe crimes contra a saúde. No entanto, a partir da reforma do código penal de 1982 através da publicação do Decreto-Lei 48/95 a epígrafe dos crimes contra a saúde desapareceu do CP. Para uma visão das alterações realizadas pelo legislador, v. os comentários aos artigos 281, 282, 283, 284 em FIGUEIREDO DIAS (Dir.). *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II; SILVA DIAS. Entre comes e bebes: debate de algumas questões polémicas no âmbito da proteção jurídico-penal do consumidor (a propósito do Acórdão da Relação de Coimbra de 10 de Julho de 1996) in *RPCC*, 1992, p. 515-592.

<sup>305</sup> Atualmente, v.g., Brasil arts. 267-285 do CP. Espanha arts. 359-378 do CP.

<sup>306</sup> TORÍO *apud* QUINTERO OLIVARES (Dir.) / MORALES PRATS (Coor.). *Comentarios al Código Penal*, Tomo III, 5ª ed., 2008, Cizur Menor, Thomson Arazandi, p. 255.

<sup>307</sup> CARRARA *apud* QUINTERO OLIVARES (Dir.) / MORALES PRATS (Coor.). *Comentarios al Código Penal*, Tomo III, 5ª ed., 2008, Cizur Menor, Thomson Arazandi, p. 255.

<sup>308</sup> Para uma visão constitucional e internacional de proteção da saúde ver o trabalho de LOUREIRO. Direito à (proteção da) saúde in Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano: no centenário do seu nascimento, V. I, Coimbra Editora, 2006, p. 657-692.

<sup>309</sup> Destacando que o direito à saúde possui duas vertentes: CANOTILHO/ MOREIRA. Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, p. 825; RUI MEDEIROS in MIRANDA/ MEDEIROS. Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 1310.

### 3. Ordem jurídico-ordinária

Num plano jurídico ordinário a saúde pública encontra guarida no DL n.º 15/93 que tem como objeto a definição do regime jurídico aplicável ao tráfico e consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas<sup>310</sup>, a proteção penal à saúde pública no crime de tráfico de estupefacientes encontra aparentemente reflexo no crime de tráfico de substâncias e métodos proibidos previsto na L. n. 38/2012, de 28 de Agosto. Questão mais incerta é definir a saúde pública como o bem jurídico protegido nos demais tipos penais previstos pela lei antidopagem, nomeadamente os crimes de administração de substâncias e métodos proibidos (art. 45), o crime de associação criminosa (art. 46) e com a conduta de autodoping prevista no artigo 49 como ilícito de mera ordenação social.

### 4. Ordem jurídica-desportiva

No plano jurídico-desportivo não há dúvida de que a saúde é um bem jurídico protegido. A Carta Olímpica estabelece no artigo 2, n. 9 que é papel do COI encorajar e apoiar medidas de proteção da saúde dos atletas. O CMAD aponta a proteção à saúde como fundamento de proibição das práticas dopantes<sup>311</sup>. No plano normativo jurídico-internacional a saúde pública encontra expressamente proteção na Convenção Europeia contra o doping do Conselho da Europa, a qual em seu preâmbulo estabelece que o desporto desempenha um papel importante na proteção da saúde, também adverte das más consequências que o doping pode causar a saúde, além de estabelecer a responsabilidade dos poderes públicos em proteger a saúde daqueles que participam nas manifestações desportivas. A Convenção internacional contra a dopagem no desporto da UNESCO, também no preâmbulo, atenta para a importância do desporto como meio de proteção da saúde, do perigo da dopagem causar danos à saúde dos praticantes desportivos, além da responsabilidade complementar dos poderes públicos na prevenção e na repressão da dopagem, em particular a proteção da saúde daqueles que participam das manifestações desportivas.

Duvidosa é questão que se coloca ao analisar as disposições das normativas jurídico-desportivas e jurídico-internacionais antidoping é identificar se a saúde como objeto de proteção apontada em tais normas se trata do bem jurídico saúde pública ou se se supõe a proteção da integridade física dos atletas ou de ambas<sup>312</sup>. Entendemos que a saúde que se refere o CMAD é a saúde do atleta em razão de estreitar o âmbito de aplicação do código

---

<sup>310</sup> Neste sentido, Ac. do STJ de 15 de Junho de 2011 no processo: 127/09.3PCPRT.P1.S1, Rel. Oliveira Mendes.

<sup>311</sup> Neste sentido eleva a proteção da saúde como propósito do Programa Mundial antidopagem e como valor intrínseco do espírito desportivo.

<sup>312</sup> Com a mesma indagação v., CASTANHEIRA. *O Fenómeno do Doping no Desporto: o atleta responsável e o irresponsável*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 41.

apenas àqueles que exercem a atividade desportiva como prática profissional. A saúde referida no preâmbulo mais parece se enquadrar apenas como um dos elementos formadores e integrantes do mais amplo conceito de fair play do que propriamente num autónomo elemento de proteção. Ainda que as normativas internacionais desejem a proteção mais ampla conferida pela área de tutela da saúde pública, ainda assim não nos parece ter sido esta a intenção das normas jurídico-internacionais, pois com certeza estas se referem ao doping como fenómeno desportivo, o qual embora circunscrito a uma determinada camada de sujeitos ativos, acaba por atingir e influenciar um indefinido número de pessoas, jovens, crianças e adultos por toda a terra. Mesmo assim, é de se evidenciar os termos «proteção da saúde daqueles que participam nas manifestações desportivas», encerrando o âmbito de proteção da saúde aos atletas e não àqueles que estão nas arquibancadas, tribunas, bares, restaurantes e nos sofás de suas casas. Certamente, não é esta a ideia reitora dos tratados e das normas internacionais jurídico-desportivas, mesmo que se reconheça o papel transcendente do desporto na sociedade. O CMAD deixa ainda evidenciado como um dos critérios para a proibição de uma substância ou de um método a comprovação científica de um risco potencial ou atual à integridade física dos atletas<sup>313</sup>. O quadro parece ser o mesmo do lado das normativas jurídico-internacionais, no entanto o foco parece ser mais direcionado às integridades físicas dos atletas. Portanto, ao analisar o conjunto das normas jurídico-desportivas parece um tanto claro que embora se reconheça o papel transcendente da saúde pública e o seu reflexo no conjunto das saúdes individuais, não deverá ser aquele um dos objetos de proteção das normas, mas sim este último.

O bem jurídico da saúde pública é considerado por diversas legislações criminais como um dos bens jurídicos aptos ao combate a dopagem<sup>314</sup>, uma significativa parte da doutrina também entende neste sentido<sup>315</sup>. A fim de se esclarecer o quadro axiológico-material e jurídico-normativo do bem jurídico saúde pública, faz-se necessário realizar alguns passos para a sua correta delimitação no âmbito dos crimes e do ilícito de mera ordenação social previsto na lei antidopagem. O primeiro passo deve ser certamente delimitar a existência do conteúdo material do bem jurídico saúde pública. Em seguida, dever-se-á realizar os passos sobre a dignidade penal e a necessidade de pena. Por último, há de identificar precisamente a adequação da saúde pública como bem jurídico suficiente e adequado para a proteção contra comportamentos enquadrados como dopagem.

---

<sup>313</sup> Artigo 4.3.1.2 do CMAD.

<sup>314</sup> Espanha (em sentido contrário advogando que o bem jurídico protegido em Espanha é a saúde individual dos atletas, de BEM. A intervenção penal no doping desportivo in APPROBATO MACHADO, et. al. (coord.) *Curso de Direito Desportivo sistêmico*, V. 2, São Paulo, Quartier Latin, 2010, p. 427), Alemanha (protege também a ética desportiva), Itália (protege também a saúde individual dos atletas e a ética desportiva).

<sup>315</sup> Por todos, Hauptmann/ Rübenstahl. *HRRS* 2007, p. 145; MUÑOZ CONDE. *Derecho Penal: parte especial*, 18 ed., 2010, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 664; VICENTE MARTÍNEZ. *Derecho Penal del Deporte*, Barcelona, Bosch, 2010, p. 427; BECHIARELLI. *El delito de dopaje*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 56;

## 5. Autêntico bem jurídico supraindividual?

Possuindo como norte que a saúde pública é um bem jurídico supraindividual não se deve subjugar a doutrina que aponta a construção de bens jurídicos coletivos como um dos «principais instrumentos para a *antecipação da tutela penal*»<sup>316</sup>. Para além da discussão genérica sobre a existência da natureza supraindividual do bem jurídico, uma parte dos autores veem com ceticismo a saúde pública como bem jurídico supraindividual. Esta posição é sufragada por nomes como Greco<sup>317</sup>, Hefendehl<sup>318</sup>, Schünemann<sup>319</sup> e Roxin<sup>320</sup>. Estes autores, embora os três últimos abordem a problemática específica do direito penal das drogas, afirmam que a saúde pública não passa de um aparente bem jurídico coletivo, pois nada mais é do que a soma das saúdes individuais<sup>321</sup>. Outra banda da doutrina também crítica a saúde pública em virtude da dificuldade de preenchimento do seu conceito material. Esta corrente afirma que não existe o bem jurídico saúde pública, no máximo o que há é a comprovação do pôr em perigo concreto de uma pessoa particular. «Assim, a pessoa posta em perigo é uma vítima, não enquanto tal, isto é como pessoa individual, mas como verdadeiro representante da comunidade»<sup>322</sup>, recaindo sobre a vítima do crime a verdadeira «concretização do perigo para a sociedade»<sup>323</sup>.

Greco questiona as duas respostas que fundamentam a noção de público no conceito de saúde pública (concepção individualista e concepção organicista), afirmando que «nenhuma delas consegue salvar a noção de saúde pública»<sup>324</sup>. A concepção individualista expressa que o termo «pública» se dá porque se está diante da soma da saúde de todos os

---

<sup>316</sup> GRECO. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato (com um adendo: princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato)*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, p. 4.

<sup>317</sup> ESTELLITA/ GRECO. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa: uma análise sob a luz do bem jurídico tutelado in *RBCC*, 91, 2011, p. 400; GRECO. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal in ZENKNER SCHMIDT (Org.). *Novos rumos do direito penal contemporâneo: livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 407-408, 415; *idem*. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato (com um adendo: princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato)*, 2011, p. 54, 93-97; *idem*. Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos? in *Revista de Concorrência e Regulação*, ano II, n. 7/8, 2011, p. 365; *idem*. Princípios fundamentais e tipo no novo projeto de código penal (projeto de lei 236/2012 do senado federal) in *Revista Liberdades*, Edição Especial - Reforma do Código Penal, 2012, p. 41.; *idem*. *Doping e Direito penal*, p. 53-56. Ratifica ainda a ilegitimidade deste bem jurídico como fundamento para a expansão do direito penal desportivo.

<sup>318</sup> *¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto*, REPCP, 04-14, 2002, p. 9.

<sup>319</sup> El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y su interpretación in *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, 2007, p. 214 ss. Schünemann fundamenta a luta contra o tráfico de drogas sob o fundamento de um bem jurídico intermediário denominado controle estatal do tráfico de drogas (*Idem*, p.224).

<sup>320</sup> *Strafrecht: Allgemeiner Teil: Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Band I, 4 Aufl., München, C.H. Beck, 2006, §2, nm. 10, 46, 76, 79.

<sup>321</sup> V. as respectivas notas anteriores.

<sup>322</sup> DAMIÃO DA CUNHA. *Comentário Conimbricense do Código Penal*, art. 282, §3.

<sup>323</sup> STRATENWERTH apud DAMIÃO DA CUNHA. *Comentário Conimbricense do Código Penal*, art. 283, §2.

<sup>324</sup> GRECO in *Doping e Direito penal*, p. 54.

indivíduos. Neste caso o portador da saúde pública seria cada indivíduo não restando espaço, portanto, para um autônomo bem jurídico coletivo<sup>325</sup>. A concepção organicista «sustenta que o povo seja realmente algo superior à soma de todos os indivíduos, quase como uma substância com corpo autônomo, a qual seria capaz de saúde ou enfermidade»<sup>326</sup>. Greco rejeita esta concepção em nome da posição liberal, a qual não deve se preocupar com os problemas de ontologia social, afirmando que «é *ideologicamente suspeito* recorrer às necessidades de um corpo social para restringir a posição dos indivíduos»<sup>327</sup>. A concepção individualista por fazer uso de um conceito material fundado em bens jurídicos individuais retira a razão de existência de um autônomo bem jurídico coletivo. Por tudo isso, Greco chega à conclusão de que as respostas oferecidas a questão do que é público no conceito de saúde pública não são suficientemente aceitáveis e portanto devem ser rechaçadas<sup>328</sup>.

A recente construção dos bens jurídicos coletivos elaborada por Hefendehl estabelece a necessidade de verificação de dois pressupostos para a configuração de um autêntico bem jurídico coletivo. A não exclusão do uso e a não rivalidade do consumo. Além destes, adiciona o conceito de não distributividade<sup>329</sup>. O autor não esclarece muito bem qual destes pressupostos a saúde pública deixa de superar e assim passar a ser considerado como um aparente bem jurídico, no entanto como o autor afirma que a saúde pública não é mais que a soma das saúde individuais<sup>330</sup>, pensamos que seja o conceito de não distributividade a não ser suficientemente preenchido para a caracterização da saúde pública como um autêntico bem jurídico coletivo, pois segundo este conceito o bem jurídico coletivo não pode ser conceitual, real ou juridicamente divisível em partes e atribuído a um só indivíduo<sup>331</sup>. Neste caso, parece-nos que a saúde pública – para Hefendehl – é um conceito capaz de ser dividido de uma aparente densidade material coletiva para uma verdadeira materialização de diversos bens jurídicos individuais da integridade física.

Para Schünemann a saúde pública não é um bem jurídico coletivo. No entanto, a repressão do tráfico de drogas poderia ser realizado por um denominado *controle estatal do tráfico de drogas* caracterizado como um bem jurídico intermédio<sup>332</sup>. Esta solução não nos

---

<sup>325</sup> Ibidem. Neste sentido, HEFENDEHL. *¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto*, RECPC, 04-14, 2002, p. 9; SCHUNEMANN. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y su interpretación in *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, 2007, p. 214.

<sup>326</sup> GRECO in *Doping e Direito penal*, p. 54.

<sup>327</sup> *Idem*, p. 55.

<sup>328</sup> *Idem*, p. 54-56.

<sup>329</sup> HEFENDEHL. *¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto*, RECPC, 04-14, 2002, p. 4.

<sup>330</sup> *Ibidem*.

<sup>331</sup> Criticamente, GRECO. Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos? in *Revista de Concorrência e Regulação*, ano II, n. 7/8, 2011, p. 354.

<sup>332</sup> SCHUNEMANN. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y su interpretación in *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, 2007, p. 224.

parece muito adequada quando se trata do tráfico de substâncias e métodos proibidos, pois na construção de Schünemann as pessoas responsáveis poderiam adquirir pequenas quantidades com o intuito de consumo. A proibição penal só iria recair para aqueles que comercializassem as substâncias proibidas (tráfico de drogas) de maneira estranha à via estabelecida pelo Estado<sup>333</sup>. Esta construção se trazida para o direito penal desportivo parece não solucionar a problemática dos crimes da lei portuguesa antidopagem. Isto porque muitas das substâncias ou métodos proibidos, ao contrário dos estupefacientes, já são legalmente comercializados. Desta forma, o tipo penal de tráfico de substâncias e método proibidos já intenta punir – de forma última – todo aquele que trafique sem se encontrar autorizado. Segundo a construção de Schünemann o autodoping não seria punido criminalmente, tampouco como ilícito de mera ordenação social, pois o bem jurídico intermédio do *controle estatal* permite que o usuário se autocoloque em perigo, o que conseqüentemente incorreria na não punibilidade de terceiro que participe nesta autocolocação em perigo. Considerar-se-ia impunível também os terceiros que possuindo o domínio da administração fornecessem de qualquer forma a substância ou o método proibido com o consentimento do atleta. Pelo visto, a resposta é afirmativa. Por outro lado, não parece resolvida a questão de identificar qual é o crime adequado nos caso de terceiro que administra substâncias ou métodos *sem o consentimento* do atleta. Será que se aplicam as regras dos crimes contra a integridade física? A construção de Schünemann apresenta uma solução para o tráfico, mas parece ignorar o fato do consumo.

Segundo esta construção doutrinária, podemos afirmar que seria possível apontar apenas a punibilidade do crime de tráfico de substâncias e métodos proibidos e, sem prejuízo de maiores desenvolvimentos a possibilidade de admitir também o bem jurídico intermédio de controle estatal do tráfico de drogas como bem jurídico idôneo para a tutela do crime de associação criminosa previsto no artigo 46 da lei antidopagem<sup>334</sup>. Esta construção apresenta, contudo, um grave problema em relação a função crítica do bem jurídico penal. Schünemann parece não encontrar um valor material do bem jurídico saúde pública, configurando-o apenas como soma das saúdes individuais, por outro lado, encontra uma solução segundo o direito posto, concordando com a necessidade de incriminação, mas não especificando o conteúdo material de tal bem jurídico intermédio controle estatal do tráfico de drogas. Esta construção é bastante perigosa, pois além de não resolver definitivamente a questão da saúde pública, arvora um novo bem jurídico a fim de saciar a demagógica vontade legislativa de incriminação. Desta forma, seguindo a ótica de Schünemann a repressão ao tráfico (seja de drogas, seja de substâncias e métodos

---

<sup>333</sup> *Ibidem*.

<sup>334</sup> Entendemos que o crime de Associação criminosa previsto na lei antidopagem obedece à ordem de bens jurídicos protegidos pelos demais crimes previstos na mesma lei. Assim, entendendo-se o bem jurídico tutelado nos crimes de dopagem como o controle estatal sobre o tráfico de drogas, o crime de associação criminosa também possuirá como objeto de tutela o controle estatal sobre o tráfico de drogas e não a paz pública como quer o código penal. Neste sentido, relacionando o bem jurídico tutelado da associação criminosa com o crime correspondente ao plano criminoso, ESTELLITA/ GRECO. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa: uma análise sob a luz do bem jurídico tutelado *in RBCC*, 91, 2011, p. 398 ss.

dopantes), fica sem um específico conteúdo material tanto do lado da saúde pública – pois é ignorado por ser um aparente bem jurídico – quanto do lado do tal *controle estatal*. Em concordância com as críticas realizadas por Greco<sup>335</sup>, poder-se-á dizer que a solução de Schünemann parece conceder razão ao legislador, por mais arbitrária que seja a decisão. Neste sentido, «dar razão ao legislador, noutras palavras, justificar um dispositivo penal, não é nunca uma razão suficiente para postular um novo bem jurídico». «O bem é protegido porque valioso, e não valioso porque protegido».

Silva Dias comentando a opção político-criminal que afastou a saúde pública do código penal considera que este bem jurídico pode ser visto como um bem jurídico intermédio tomado em seu sentido forte<sup>336</sup>, mas que perdeu o respectivo referente axiológico e desapareceu do código penal. A alteração do legislador português que se refere Silva Dias trata da revogação da Secção II, do Capítulo III, do Título III, do Livro II do Código penal de 1982 (art. 269-276). Os crimes previstos nesta Secção passaram a ser classificados como crimes de perigo comum e podem ser encontrados atualmente no Capítulo III, do Título IV, do Livro II (art. 272-286) do código penal<sup>337</sup>. Os crimes deste capítulo que anteriormente protegiam a saúde pública passaram a proteger a vida, a integridade física e o património<sup>338</sup>.

As modificações efetuadas pelo legislador em 1995 acentuaram o desvalor do resultado e privilegiaram a seleção de bens jurídicos individuais postos em perigo comum<sup>339</sup>. O carácter comum, coletivo das infrações passou a residir não mais num bem jurídico coletivo, mas sim na pluralidade e indeterminabilidade dos titulares de determinados bens jurídicos individuais<sup>340</sup>. Segundo Silva Dias a principal decorrência dogmática da estrutura

---

<sup>335</sup> E seguintes citações. GRECO. Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos? in *Revista de Concorrência e Regulação*, ano II, n. 7/8, 2011, p. 359.

<sup>336</sup> O autor afirma que o bem jurídico intermédio, apresenta-se como um conceito multívoco, que pode ser usado tanto num sentido fraco, como num sentido forte. Num sentido forte o bem jurídico intermédio torna-se um «bem colectivo ou supra-individual, dotado de referente individual, isto é, que se encontra numa relação de complementaridade com bens individuais, funcionando como sua antecâmara protectora». SILVA DIAS. Entre comes e bebes: debate de algumas questões polémicas no âmbito da proteção jurídico-penal do consumidor (a propósito do Acórdão da Relação de Coimbra de 10 de Julho de 1996) in RPCC, 1992, p. 529-530.

<sup>337</sup> O Brasil (art. 267-285 do CP) e a Espanha (art. 359-378 do CP) ainda preveem epígrafes que indicam a tutela da saúde pública como bem jurídico protegido em diversos crimes. O código penal italiano, embora não possua uma epígrafe denominada dos crimes contra a saúde pública, possui seis crimes (Arts. 440, 441, 442, 444, 445, 452) que possuem como bem jurídico a *salute pubblica*. Ver os respectivos comentários em: CRESPI/ FORTI/ ZUCCALÀ. *Commentario breve al codice penale*. 13ª ed., Padova, CEDAM, 2012, p. 1691, 1693, 1697, 1700, 1701 e 1892. O código penal alemão não prevê crimes contra a saúde pública, os crimes de perigo comum e os crimes contra o meio ambiente (nomeadamente os artigos: 306b, 308, 309, 312, 315, 318, 330, 330a), embora tratem de lesões da saúde de um grande número de pessoas (*einer großen Zahl von Menschen*), não tutelam a saúde pública, mas sim outros bens jurídicos penais, sobretudo a vida, a integridade física e objetos alheios de valor elevado (*fremde Sachen von bedeutendem Wert*). Ver os respectivos comentários de: HERZOG, NK §306b XX; HEINE, S/S/ ESER §306b XX.

<sup>338</sup> DAMIÃO DA CUNHA. *Comentário Conimbricense do Código Penal*, art. 281, §5; DAMIÃO DA CUNHA, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, art. 282, §3; DAMIÃO DA CUNHA, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, art. 283, §6; DAMIÃO DA CUNHA, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, art. 284, §4.

<sup>339</sup> SILVA DIAS. Entre comes e bebes: debate de algumas questões polémicas no âmbito da proteção jurídico-penal do consumidor (a propósito do Acórdão da Relação de Coimbra de 10 de Julho de 1996) in RPCC, 1992, p. 528.

<sup>340</sup> *Idem*, p. 535.

do bem jurídico intermédio da saúde pública no âmbito dos crimes de perigo comum, prende-se ao fato de que estas infrações qualificavam-se simultaneamente como crimes de lesão e de perigo<sup>341</sup>. Os bens jurídicos intermédios aparecem ora como lesão ao bem jurídico coletivo e perigo para o bem jurídico individual, ora como lesão ao bem jurídico individual e perigo para o bem jurídico coletivo. Esta configuração é equívoca e acaba por resultar num escasso valor dogmático do conceito de bem jurídico intermédio<sup>342</sup>. Ao analisar o anterior artigo 273 do CP (crime de perigo abstrato-concreto), Silva Dias diz: «A relação de complementaridade entre o bem jurídico supra-individual e os bens jurídicos individuais, resultante no caso, da homogeneidade entre ambos, implicava que a lesão do primeiro fosse vista como uma condição necessária de colocação em perigo dos segundos. Daqui resulta que, quando a conduta é adequada para lesar o bem colectivo, ela torna-se tendencialmente idónea para pôr em perigo os bens individuais»<sup>343</sup>.

Silva Dias conclui que embora a aptidão da ação pelo critério da lesão à saúde pública e pelo critério do perigo para a vida ou para a integridade física produza resultados tendencialmente coincidentes, haverá casos em que esta relação não se verificará. É o caso da exposição para a venda de produtos alimentares fora do prazo de validade que lesa as condições de garantia da saúde dos consumidores (bem coletivo), mas não é idónea em si mesmo para criar perigo para a vida ou para a integridade física (bens individuais). De outra forma, é possível que sejam lesados bens jurídicos individuais, mas que não se configure a lesão ao bem jurídico coletivo. O autor cita o exemplo de uma bebida com açúcar preparada e servida a uma comunidade (hospital) de diabéticos. Aqui verifica-se a existência de lesão a bens individuais, mas a conduta, embora dirigida a uma série de pessoas não prejudica a saúde em geral. A homogeneidade entre o bens jurídicos não é suficiente para gerar uma sobreposição entre eles, pois o bem coletivo tem um conteúdo e um sentido de funcionamento como que de uma válvula de segurança dos bens jurídicos individuais. A consequência desta concepção é que a ação lesiva sobre um bem não apresenta necessariamente o perigo para outro. Por fim, seguindo uma construção da saúde pública como bem jurídico intermédio tomado pelo sentido forte, significando que o bem jurídico supraindividual realiza uma função de complementariedade dos bens individuais, Silva Dias indaga se a tipificação conjunta de bens jurídicos coletivos e individuais, determinada pela dificuldade de comprovação de lesão do bem jurídico coletivo, pela possibilidade da dupla referência axiológica causar resultados divergentes e da possibilidade de «comunização» dos bens individuais conferir carácter coletivo, apresentando critérios mais seguros de apreciação, possui ainda vantagem valorativa e necessidade prático-jurídica<sup>344</sup>. Percebe-se, afinal, que o autor crer ser acertada a alteração legislativa de bens jurídicos coletivos para a lesão ou colocação em perigo de autênticos bens jurídicos individuais.

---

<sup>341</sup> *Idem*, p. 532.

<sup>342</sup> *Idem*, p. 532-533<sup>24</sup>.

<sup>343</sup> *Idem*, p. 533.

<sup>344</sup> *Idem*, p. 533-535.

Embora exista uma forte corrente em favor do desaparecimento da saúde pública, é preciso também expor o lado da questão daqueles argumentos que a defendem, sem deixar de lado a sarcástica afirmação de Greco ao falar que o defensor do bem jurídico saúde pública pode, dentre outras opções, «apontar para o direito constitucional e administrativo, que não têm qualquer problema com a idéia, o que para o defensor do argumento ora examinado é um tanto estranho, porque significa que, a seu ver, ou a inexistência da saúde pública opera efeitos só para o direito penal, sendo difícil entender essa noção de inexistência setorial, ou os outros ramos do direito trabalham com um fantasma, sem o saber». Embora haja de se considerar todos os argumentos contrários a legitimidade do bem jurídico saúde pública pode-se afirmar que não há dúvidas quanto a sua referência constitucional. Trata-se de um *bem jurídico* consagrado não só pela Constituição portuguesa<sup>345</sup>, mas também pela maioria das Constituições no direito comparado<sup>346</sup>.

Ao se analisar a dignidade de tutela da saúde pública pode verificar a sua importância como interesse e valor indispensável da comunidade. É considerado como um importante bem jurídico capaz de impelir o Estado a efetuar prestações sociais a fim de garantir a saúde da coletividade<sup>347</sup>. É considerado um direito da segunda geração dos direitos humanos<sup>348</sup>. A importância do bem jurídico também é reconhecida pela jurisprudência do Tribunal constitucional português, o qual deixa expressamente consagrado que a saúde pública é um bem jurídico<sup>349</sup>. Também não resta dúvida que uma conduta contrária à saúde pública poderá suscitar um intolerável abalo social e uma reprovação ético-social qualificada suficiente a danificar a teia social, este abalo reflete-se na comprovação empírico-criminológica dos efeitos danosos de uma conduta lesiva ou perigosa ao bem jurídico saúde pública.

Diante de tal dignidade do bem jurídico saúde pública, não deve haver dúvida de que a importância dada pela Constituição, pela jurisprudência, pelas normas internacionais e pela doutrina não seja merecedora de tutela penal. Resta saber se existe carência de pena criminal ou se outro ramo do ordenamento jurídico poderá conceder resposta suficiente para a proteção do bem. Parece-nos que embora algumas condutas proibidas apontadas como ofensas ao bem jurídico saúde pública possam apresentar um caráter duvidoso em relação

---

<sup>345</sup> Expressamente, RUI MEDEIROS in MIRANDA/ MEDEIROS. *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 1308.

<sup>346</sup> V.g., Brasil, art. 196; Espanha, art. 43; Itália, art. 32. A França sufragou o direito à saúde no artigo 11 do Preambulo da Constituição de 1946, incorporado ao preambulo da Constituição de 1958. A Alemanha não possui o direito à saúde consagrado diretamente na Constituição, o que realmente pode levantar dúvidas em relação a dignidade penal em virtude da falta de referência expressa à ordem axiológica-constitucional. Contudo, entendendo-se que a referência constitucional não precisa ser expressa (cf. ROXIN, *Derecho Penal*, §2, nm. 9) não seria preciso a referência expressa ao texto constitucional, bastando demonstrar compatibilidade com os princípios constitucionais. A jurisprudência e doutrina alemã entendem que a saúde pública é um bem jurídico com nível constitucional (*Verfassungsrang*) (Hauptmann/ Rübentahl. *HRRS* 2007, p. 145)

<sup>347</sup> CANOTILHO/ MOREIRA. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, p. 825.

<sup>348</sup> HAARSCHER. *A filosofia dos direitos do homem*, Lisboa, Instituto Piaget, 1997, p. 47-50.

<sup>349</sup> Ac. do TC 423/08.

ao dever de proteção oferecido pelo direito penal, antes deixando a repressão estatal para outros ramos do ordenamento jurídico<sup>350</sup>, não nos resta dúvida que existem condutas que oferecem um dano efetivo ao bem jurídico saúde pública, bem como podem existir condutas que devam ser proibidas em nome da figura dos crimes de perigo, perigo este ao bem jurídico saúde pública. Estas condutas, em nossa opinião, merecem e carecem da intervenção do direito penal.

## 6. Consentimento do atleta

A tutela da saúde pública no crime de autodoping precisa se apartar das consequências trazidas no bojo do modelo de tutela da integridade física. Se por um lado a opção político criminal direcionar-se a favor da proteção da integridade física nos crimes de doping, deve-se pontuar que as questões em torno da punibilidade do usuário por uso de substâncias e métodos proibidos – entendendo que os cidadãos possuem o direito constitucional de levar a vida que desejam e não necessariamente ter que viver segundo os padrões de uma vida saudável – deveria ser rechaçada por inconstitucionalidade da proteção à saúde individual do usuário (atleta) contra a sua própria vontade. Neste sentido, o comportamento de disponibilizar alguma substância ou método dopantes não passaria de mera participação em autocolocação em perigo dolosa<sup>351</sup> não puníveis pelas regras da imputação objetiva<sup>352</sup>. A perspectiva é outra se mudarmos o quadro de proteção para a tutela da saúde pública. No domínio da autolesão praticada por atleta pôr-se-á a questão de saber se a sua vontade pode prevalecer sobre o bem jurídico supraindividual em tela. A doutrina brasileira, no caso dos estupefacientes, tem dado uma resposta negativa a esta questão. Afirmando que o usuário por não ser detentor da titularidade do bem não poderá excluir a sua fictícia autolesão, antes a lesão não é dirigida para um bem jurídico individual, portanto o consumo deve ser criminalizado<sup>353</sup>. A lei espanhola, embora considere a saúde pública como bem jurídico penal protegido nos comportamentos de doping, não estabeleceu a

---

<sup>350</sup> Como é o caso do consumo de estupefacientes. Neste sentido, FERREIRA DA CUNHA, Maria da Conceicao. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 345.

<sup>351</sup> ROXIN. *Doping e Direito penal*, p. 40. A punibilidade da participação em autocolocação em perigo também não deve ser admitida em virtude de não ser legítimo ao direito penal a manifestação de um viés paternalista que propõe proteger a saúde do titular do bem jurídico individual contra a sua própria vontade. Neste sentido, HEFENDEHL. *¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto*, RECPC, 04-14, 2002, p. 9; SCHUNEMANN. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y su interpretación in *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, 2007, p. 215.

<sup>352</sup> ROXIN, *Doping e Direito Penal*, p. 40. No mesmo sentido, mas no âmbito do consumo de estupefacientes, v. GRECO. Tipos de autor e lei de tóxicos ou: interpretando democraticamente uma lei autoritária in RBCC, 43, 2003, p. 234, 236.

<sup>353</sup> Apontando o consumo de estupefacientes como crime contra a saúde pública, v. NUCCI. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*, 4ª ed., São Paulo, RT, 2009, p. 335.

punição do autodoping, preferindo punir o entorno do atleta<sup>354</sup>. A lei antidopagem portuguesa previu a proibição do autodoping como contraordenação.

Neste momento, analisar-se-á qual seria o regime do consentimento do atleta caso a saúde pública fosse o bem jurídico tutelado pela lei portuguesa. Poder-se-ia imaginar a punibilidade de terceiros que participassem nas condutas de autocolocação em perigo, em virtude da irrelevância jurídica do consentimento justamente porque o atleta não seria titular do bem jurídico posto em perigo. Poder-se-ia também admitir a responsabilização de todos aqueles que ofendessem ou colocassem em perigo este bem jurídico supraindividual. Desta forma, a criminalização do autodoping não estaria afastada. Estas considerações valem, de todo, para o caso da legislação brasileira que não reconhece a relevância do consentimento para o caso de consumo de estupefacientes e ainda pune criminalmente o consumidor de drogas com penas não privativas de liberdade, todavia sob a égide de um processo penal.

Em segundo lugar coloca-se a questão de saber se o consentimento do atleta seria válido para as constelações do crime de administração de substâncias e métodos proibidos (heterodoping). Em virtude da saúde pública ser um bem jurídico penal supraindividual a resposta deve caminhar no sentido negativo. Ao se tratar de bens jurídicos supraindividuais o ofendido (atleta) por não ser o titular ou o portador do bem jurídico saúde pública não possuiria a necessária disponibilidade do bem<sup>355</sup>. A partir deste quadro seria admissível tanto a punibilidade do desportista em nome da tutela da saúde pública, quanto a punibilidade de terceiros, pois ainda que agissem com o consentimento do atleta, não seriam absolvidos por ineficácia deste consentimento.

É de se salientar a postura adotada pela legislação espanhola que previu no art. 361 bis, n. 2 do CP um aumento de pena nos casos em que o crime seja perpetrado com engano ou intimidação. Bechiarelli afirma que o legislador quis dar uma certa eficácia ao consentimento do atleta no momento de imposição da pena. Aduz ainda que o legislador poderia ter previsto um tipo privilegiado que tomasse em consideração os casos de concorrência efetiva do consentimento do desportista<sup>356</sup>. Do outro lado da Península Ibérica o legislador português inseriu no art. 44 da L 38/2012 a expressão com ou sem o consentimento do praticante desportivo. Com Castanheira pode-se concordar que a

---

<sup>354</sup> Item IV do preâmbulo da LO 7/2006, de 21 de noviembre. A Lei quis punir os desportistas apenas com as sanções disciplinares previstas no art. 15 da mesma lei.

<sup>355</sup> Nesta situação o atleta careceria do poder de livre disponibilidade do bem jurídico, pressuposto de eficácia do consentimento justificante. Art. 38, n. 1 do CP; FIGUEIREDO DIAS. Direito Penal: parte geral, p. 478-481. Os bens jurídicos comunitários são seguramente indisponíveis (Idem, p. 479) e, por isso, mesmo que o atleta queira manifestar a sua vontade ou o seu direito à autodeterminação pessoal o consentimento carecerá da verificação do pressuposto da disponibilidade do bem. Importante clarificar que mesmo que recaia sobre o atleta o papel de representante da comunidade (Stratenwerth), ele não poderá consentir por não poder dispor em seu próprio âmbito de autodeterminação do bem jurídico coletivo da saúde pública, não apresenta, portanto, portabilidade, disponibilidade ou a titularidade sobre o bem jurídico. No sentido de irrelevância do consentimento do atleta em virtude do bem jurídico ser coletivo, BECHIARELLI. *El delito de dopaje*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 61.

<sup>356</sup> BECHIARELLI. *El delito de dopaje*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 61<sup>104</sup>.

inserção desta expressão além de frisar claramente a irrelevância do consentimento demonstra que por trás do tipo legal de crime encontra-se um bem jurídico supraindividual<sup>357</sup>.

Importante referenciar que na ordem jurídica portuguesa, a punição do atleta por autodoping é resolvida pelo ramo das contraordenações, caso se entenda a saúde pública como bem jurídico adequado para o combate ao doping, dever-se-ia também aplicar por razões sistemáticas e de sincronia prático-normativa a mesma regra de não aceitação do consentimento do atleta no caso da heterocolocação em perigo consentida ou heterolesão consentida. Portanto, o atleta será punido em razão da indisponibilidade do bem jurídico supraindividual saúde pública.

## 7. Conclusão parcial

Em vista às considerações expostas acerca do bem jurídico saúde pública como fundamento de legitimação dos crimes de dopagem, faz-se necessário clarear o quadro positivo e doutrinal, a fim de estabelecer específicos critérios axiológicos-normativos sobre a sua eventual aplicação.

Em primeiro lugar, colocam-se as virtudes que a imposição da saúde pública poderia trazer ao «*subsistema autónomo do desporto*» (Costa Andrade). O primeiro dos argumentos se concretiza na medida em que o Estado possui o dever de suportar os gastos com a educação, proteção, cura e tratamento da saúde de diversos atletas e de seus filhos (no caso de crianças nascidas com problemas físicos e mentais, *v.g.*, em virtude do consumo de substâncias ou métodos dopantes durante a gravidez) que em virtude das nefastas consequências da utilização de substâncias ou métodos proibidos acabariam por desencadear diversas despesas para o sistema público de saúde<sup>358</sup>. Além disso, há de se ressaltar os espantosos avanços da utilização de substâncias e métodos de doping fora das competições desportivas, os quais resultam num grande abalo para o sistema de saúde

---

<sup>357</sup> CASTANHEIRA. *O Fenómeno do Doping no Desporto: o atleta responsável e o irresponsável*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 132. Em sentido contrário advoga Meirim, deixando a entender que sobre o referido crime o bem jurídico penal tutelado é a integridade física dos atletas, considerando, conseqüentemente, a relevância da manifestação do consentimento do atleta. Conclui afirmando que o legislador incorreu em erro ao criminalizar a «ação ocorrendo consentimento do praticante desportivo». MEIRIM. *Ética desportiva – A Vertente Sancionatória Pública* in RPCC, 1992, p. 104.

<sup>358</sup> Neste sentido, um estudo na Suíça para o ano de 1987 calculou os custos diretos com as lesões corporais ocorridas no desporto em 230 milhões de francos suíços. A estas somas acrescentam-se os custos indiretos pertencentes a perda de horas de trabalho, seguros, etc. Cf. COSTA ANDRADE. *As lesões corporais (e a morte) no desporto in Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, p. 678. Contrário a este argumento, alegando que estes custos não devem ser levados seriamente em consideração, JAHN. *ZIS*, 2/2006, p. 58.

pública<sup>359</sup>. Evidencia-se também que embora o modelo busque a erradicação do doping, apenas uma pequena parte dos atletas é examinada através dos testes antidopagem<sup>360</sup>.

Além destas questões, o legislador que quiser encontrar mais segurança para criminalizar as condutas de dopagem pode olhar para a experiência de direito comparado e ver que países como Alemanha, Itália e Espanha criminalizaram o doping com base na proteção da saúde pública. Muito embora, deixe-se registrado que – exceto no caso da Espanha – os países não optaram apenas pela saúde pública como bem jurídico protegido. É de ressaltar que uma corrente doutrinária destes países considera por acertada a técnica legislativa que assentou o doping como problema para a saúde pública, tendo-a por fundamento de combate aos seus males<sup>361</sup>.

Olhando para a realidade normativa portuguesa, não seria, de todo, impossível imaginar a saúde pública como bem jurídico protegido nas incriminações dos crimes de administração de substâncias e métodos proibidos, tráfico de substâncias, associação criminosa<sup>362</sup> e na contraordenação de autodoping. Ainda aqui o maior problema a ser superado seria sem dúvida a opção político criminal de incriminação do autodoping, assumindo um caminho contrário à orientação já percorrida pelo legislador português ao descriminalizar o consumo de estupefacientes desde o ano 2000. Note-se que esta descriminalização retirou da esfera de proteção da saúde pública aquelas condutas que autolesionem o próprio usuário através do consumo de drogas.

As dificuldades enfrentadas pela adequação da saúde pública como bem jurídico tutelado nas condutas de autodoping encontram reflexos também no direito comparado. Neste sentido, a Alemanha não criminaliza o atleta que meramente consome substâncias ou métodos proibidos<sup>363</sup>, incrimina, tão somente, as condutas de colocar em circulação (*in den Verkehr zu bringen*), prescrever (*zu verschreiben*) ou aplicar (*bei anderen anzuwenden*) medicamentos proibidos em outra pessoa<sup>364</sup>. Desde 2007 o legislador acrescentou ainda a proibição das condutas de adquirir (*zu erwerben*) ou possuir (*zu besitzen*) quantidade não reduzida de medicamentos (*Arzneimittel*) que contenham as substâncias (*Wirkstoffe*) proibidas<sup>365</sup>. A Espanha, também, não criminalizou o autodoping<sup>366</sup>, previu apenas condutas

---

<sup>359</sup> KAYSER/ SMITH. Globalisation of anti-doping: the reverse side of the medal. Current anti-doping policy is sufficiently problematic to call for debate and change *in BMJ*, Vol. 337, 2008, p. 86.

<sup>360</sup> *Ibidem*.

<sup>361</sup> ESER. Deporte y justicia penal *in Revista penal*, n. 6, 2000, p. 63 (entendendo ainda que os crimes tutelam também a integridade física dos atletas); BECHIARELLI. *El delito de dopaje*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 51-60.

<sup>362</sup> Nucci aduz que o crime de quadrilha previsto na lei brasileira de combate às drogas protege a paz pública e secundariamente a saúde pública. NUCCI. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*, 4ª ed., São Paulo, RT, 2009, p. 366.

<sup>363</sup> ROXIN. *Doping e direito penal*, p. 33.

<sup>364</sup> AMG, §6, (1).

<sup>365</sup> AMG, §6, (2a). Questionando e duvidando que a mera posse de esteroides anabolizantes pode pôr em perigo a saúde pública. JAHN. *ZIS*, 2/2006, p. 61. O autor afirma também que o consumo de substâncias proibidas não prejudica a saúde pública. *Ibidem*.

<sup>366</sup> Por todos, BECHIARELLI. *El delito de dopaje*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 60 ss.

contra os *desportistas* por aqueles que: prescrevam (prescriban), proporcionem (proporcionen), dispensem (dispensen), fornecer (suministren), administrem (administren), ofereçam (ofrezcan) ou facilitem (faciliten) substâncias ou grupos farmacológicos proibidos, assim como métodos não regulamentados<sup>367</sup>. Estas opções indiciam um certo receio por parte do direito comparado com condutas relacionadas à saúde pública, com o âmbito subjetivo e com a exata maneira que o bem jurídico será lesado ou posto em perigo.

Visto os argumentos positivos invocados para a utilização da saúde pública como objeto de tutela dos crimes de dopagem, podem-se observar outros inúmeros argumentos contrários a tutela da saúde pública como bem jurídico do combate ao doping. Primeiramente deve-se atentar que a criminalização de qualquer conduta que envolva o fenômeno do doping no desporto deva estar estreitamente conexcionada com os fundamentos de combate estabelecidos pela Agência Mundial Antidopagem e pelos órgãos supraestatais que legislaram em favor da luta contra a dopagem. Como visto, não parece que estas legislações jurídico-desportivas e jurídico-internacionais indiciem a saúde pública como objeto autônomo sob o qual deve recair a tutela das condutas de dopagem, nem sequer aparenta ser a saúde pública a saúde referida nas diversas normativas internacionais, antes parece-nos que a saúde referida por tais normas é a saúde individual (integridade física) dos atletas que participam em competições desportivas<sup>368</sup>.

Em segundo lugar não se deve deixar de lado as fortes objeções em torno do conteúdo material do bem jurídico supraindividual da saúde pública, trazidos por um intenso debate doutrinário<sup>369</sup>. Mesmo assim, ainda que se confirme a existência deste bem jurídico coletivo, ainda que se entenda por uma elevada dignidade penal e necessidade de pena, não se pode esquecer o movimento legislativo português que evoluiu até fazer desaparecer do *codex* as incriminações que atentavam contra a saúde pública, transformando os crimes que antes tutelavam a saúde pública, em crimes que agora contam com condutas que ofendem ou colocam em perigo outros bens jurídicos de natureza individual, mas com vítimas indeterminadas e por isso denominados crimes de perigo comum<sup>370</sup>.

Não se pode deixar de referir que a ofensa ou o perigo a saúde pública iria, em última análise, ofender determinados bens jurídicos individuais, nomeadamente a integridade física dos atletas-vítimas. Esta postulação implica que, ao final, o bem jurídico protegido seria a integridade física dos atletas, recaindo sobre este bem jurídico a verdadeira lesão ou colocação em perigo. A aceitação desta situação traz consigo a questão da autolesão

---

<sup>367</sup> Art. 361 bis, n. 1 do CP espanhol. Em relação a listagem das condutas, deve-se sufragar as críticas de Queralt Jiménez contra o legislador espanhol, o qual «recorre a uma retórica casuística inútil». Segundo o autor todas aquelas condutas se resumem a apenas três condutas típicas: «prescribir (esto es, recetar), facilitar (hacer llegar el producto o método a um sujeto) o administrar (hacer que lo injiera, inoculárselo o dirigir su uso)». QUERALT JIMÉNEZ. Derecho penal español: Parte especial, 6ª ed., Barcelona, Atelier, 2011, p. 1031.

<sup>368</sup> Cf. *supra* 2.4.

<sup>369</sup> Cf. *supra* 2.5.

<sup>370</sup> Cf. *supra* 2.5.

do atleta e do relacionamento com o perigoso e indesejado paternalismo penal<sup>371</sup>. Além disso, a participação em autocolocação em perigo tornar-se-ia uma participação não punível de terceiros<sup>372</sup>.

Outra área problemática é a questão de postulação da saúde pública para proteger condutas de dopagem somente de uma certa camada da população<sup>373</sup>. Resta claro que a AMA ao idealizar o combate a dopagem não previu, nem prevê punição por autodoping ou controle de dopagem a quem não é atleta<sup>374</sup>. Este posicionamento implica que apenas os atletas federados e competidores profissionais podem ser submetidos aos exigentes controles antidopagem<sup>375</sup>. Fracionar o bem jurídico supraindividual com o intuito de atender somente a proteção de um determinado grupo de pessoas (atletas profissionais) seria, de todo, inadmissível por ofender o razoável critério da não divisibilidade dos bens jurídicos supraindividuais.

Caso se entenda que a saúde pública deve ser o bem jurídico tutelado na lei antidopagem, os sujeitos passivos do delito deveriam ser toda e qualquer pessoa. Este certamente não é o posicionamento da lei antidopagem portuguesa. Aqui, apenas os

---

<sup>371</sup> SCHUNEMANN. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y su interpretación in *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, 2007, p. 215; HEFENDEHL. *¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto in RECPC*, 04-14, 2002, p. 9; GRECO. *Doping e direito penal*, p. 57-60.

<sup>372</sup> Cf. *Supra* 2.6.

<sup>373</sup> Com dúvida quanto a claridade do dispositivo legal, Queralt Jiménez chega a afirmar que o CP espanhol só quis proteger os atletas de «recreo», excluindo assim os desportistas profissionais de competição. QUERALT JIMÉNEZ. *Derecho penal español, ob. cit.*, p. 1032.

<sup>374</sup> A definição de atleta, encontra-se no apêndice 1 do CMAD. «Qualquer pessoa que participe em um esporte a nível internacional (de acordo com a definição de cada Federação Internacional), a nível nacional (de acordo com a definição de cada organização nacional antidoping, inclusive mas não limitado somente àquelas pessoas pertencentes ao grupo alvo de atletas), bem como qualquer outro praticante desportivo que esteja submetido à jurisdição de algum signatário ou de qualquer outra organização desportiva que tenha aceite o código. Todas as disposições do código, como por exemplo, os controles e as autorizações de uso terapêutico, devem ser aplicadas aos praticantes desportivos de nível internacional e nacional. Algumas organizações nacionais antidopagem podem optar por realizar controles e aplicar as normas antidopagem em nível recreacional ou à praticantes desportivos da categoria *masters* que atualmente não possuem o nível atual ou potencial dos outros praticantes desportivos de alto calibre nacional. Não obstante, às organizações nacionais antidopagem não se exige que aplique todos os aspectos do código a estas pessoas. Poderão ser estabelecidas específicas normas nacionais para o controle de praticantes desportivos de nível não internacional ou não nacional, desde que tais normas não entrem em confronto com o código. Desta forma, um país pode optar por um controle a praticantes desportivos de categoria recreativa, mas não poderá exigir as autorizações de utilização terapêutica ou informações sobre a sua localização (*whereabouts*). Da mesma forma, a organização de um grande evento exclusivo para a categoria *masters*, pode realizar testes antidopagem, mas não poderá exigir antecipadamente autorizações de utilização terapêutica ou informações sobre a sua localização. Para a realização dos propósitos do art. 2.8 (administração ou tentativa de administração) e para propósitos de educação e informação antidopagem, considera-se atleta qualquer pessoa que participe em uma competição sob a autoridade de qualquer signatário, governo ou outra organização desportiva aceitante do código».

<sup>375</sup> Desenvolvidamente sobre os direitos fundamentais dos atletas, v. VIEWEG/ SIEKMANN (Ed.). *Legal comparison and the harmonisation of doping rules: Pilot study for the European Commission*, Berlin, Duncker & Humblot, 2007, p. 292 ss; CLÉBICAR. *Doping e direito: os Direitos Fundamentais como limites da regulação da dopagem desportiva*, Dissertação do 2º Ciclo de Estudos em Direito apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2010, p. 80 ss.

praticantes desportivos<sup>376</sup> podem ser sujeitos passivos dos crimes previstos no crime de administração de substâncias e métodos proibidos (art. 45), bem como somente os praticantes desportivos podem ser autores do ilícito de mera ordenação social previsto na lei (art. 49). O atual estado da questão indicia que o legislador português não pretendeu tutelar a saúde pública.

Caso a postulação da saúde pública como bem jurídico tutelado nos crimes de dopagem fosse admitida um verdadeiro obstáculo restaria dificilmente superado. A questão da dopagem em animais de competição. Justificar a existência, a dignidade e a necessidade de pena da saúde pública já é trabalho que a doutrina e os legisladores têm que enfrentar definitivamente mais cedo ou mais tarde, mas é fácil entender que a saúde pública se refere unicamente a seres humanos, o que dizer da proibição de uma conduta que pretende tutelar a saúde pública com finalidade de inibir a dopagem no esporte, mas que não irá punir o atleta profissional por uso de substância ou método proibido, mas sim uma conduta que almeja punir o atleta profissional que administrou uma determinada substância ou método proibido a um cavalo? Parece que nem o melhor dos conjuntos (cavaleiro/cavalo) poderá saltar este obstáculo de patamar olímpico.

Por último, mas não menos importante resta a dificuldade de idoneidade da proteção da saúde pública como bem jurídico tutelado nos casos de dopagem e a desconexão da saúde com os demais critérios de inclusão de substâncias e métodos na lista anual de proibição divulgada pela AMA. Como se sabe, para que qualquer substância ou método seja incluído na lista da AMA e conseqüentemente considerado proibido existe a concorrência de três critérios – mais um (efeito mascarante) –, sendo necessária a configuração de pelo menos dois deles para que a substância ou o método seja incluído na lista de proibição. Os critérios são os seguintes: potencial ou real aumento da performance desportiva; atual ou potencial risco de lesão à saúde do atleta e, violação do espírito desportivo<sup>377</sup>. Estes critérios trazem três implicações que precisam ser detalhadas. A primeira implicação demonstra que é possível a inclusão na lista anual da AMA de alguma substância ou de algum método que não tenha necessariamente que produzir risco de lesão à saúde dos atletas. Esta constatação traz sérias e inultrapassáveis conseqüências para a proteção da saúde pública, pois como é possível querer proteger algo que nem sequer é atingido? Como pode o próprio Estado – através da Portaria a que se refere o art. 8, n. 1 da L 38/2012 – incluir substâncias e métodos na lista de proibição<sup>378</sup> que não ofendem a saúde e querer por força da mesma lei proteger a saúde? Esta opção torna toda a construção dos tipos legais de crimes vazias de conteúdo, pois não poderiam tutelar a saúde pública, a incriminação só pode se dar

---

<sup>376</sup> Praticante desportivo segundo o Art. 2, *ii*) da L38/2012 é: «aquele que, inscrito numa federação desportiva, nacional ou estrangeira, treine ou compita em território nacional, bem como aquele que, não se encontrando inscrito, participe numa competição desportiva realizada em território português».

<sup>377</sup> Artigo 4.3.1 do CMAD.

<sup>378</sup> Em Portugal a lista atualmente em vigor (2013) está publicada pela Portaria n.º 22/2013, de 23 de janeiro da Presidência do Conselho de Ministros.

através de outro bem jurídico que possa englobar em sua totalidade todos os critérios possíveis de aferição da proibição consagrada pelo Código Mundial Antidopagem.

A segunda questão que poderia salvar a manutenção da saúde pública como bem jurídico nos crimes de dopagem ocorreria no caso de se exigir que o risco a saúde fosse um critério necessário para a inclusão na lista de substâncias e métodos proibidos, ou seja dos três critérios existentes atualmente, faz-se necessário a verificação de ao menos dois deles para a consagração da proibição sem, contudo, precisar qual deles será necessário para verificação. Portanto, no caso pretendido exigir-se-ia que a saúde pública fosse um critério necessário dentre os três. Ainda assim, dever-se-ia exigir também que no caso das substâncias e métodos mascarantes, estes só poderiam ser incluídos caso também oferecessem comprovados riscos para a saúde. No entanto, esta construção não passa de uma afirmação hipotética que se realizada poderia finalmente concretizar uma lesão ou perigo à saúde.

A terceira implicação se liga a difícil questão de delimitação entre o que é lesivo ou perigoso a saúde e conseqüentemente proibido legalmente e, o que é considerado lesivo ou perigoso a saúde, mas permitido. Pense-se no consumo de tabaco<sup>379</sup> que é legalmente permitido para maiores de dezoito anos, bem como na permissibilidade legal do consumo de álcool para maiores de dezoito anos, mas proibido para um determinado grupo de atletas devido ao potencial aumento da performance desportiva<sup>380</sup>. Nestes e noutros casos haveria uma tênue linha de fronteira que dificultaria o limite entre o punível e o não punível, entre atleta punido e não atleta impunível pelo consumo das mesmas substâncias. Seria difícil identificar quais substâncias e métodos põem realmente a saúde pública em perigo e são dignas e carentes de pena criminal. Além disso, concluir pela proibição de algumas substâncias somente contra os atletas, transformá-los-ia em uma espécie de subcamada social especialmente merecedora de uma proibição diferenciada. Porquê diferenciar o tratamento dos atletas dos demais membros da sociedade<sup>381</sup>? Seria muito difícil concordar com a proteção de uma saúde dita pública, mas fazer diferença entre os membros do corpo social. Se se quer proteger a saúde pública porque não proibir uniformemente todas as substâncias e métodos que incorrem em perigo a tal saúde pública? Pior ainda é reduzir o âmbito de proteção da norma a apenas uma (sub) camada de pessoas (atletas).

Posto isso, pode-se concluir que a saúde pública não oferece elementos seguros e precisos para a consagração como bem jurídico tutelado nos crimes e no ilícito de mera ordenação social previstos pela lei antidopagem portuguesa, bem como por qualquer legislação penal que pretenda se adequar aos ditames de um direito penal fragmentário,

---

<sup>379</sup> TAVARES. Doping: argumentos em discussão *in Movimento*, V. 8, n. 1, Janeiro/Abril, 2002, p. 46.

<sup>380</sup> Item P.1 da Lista de substâncias e métodos proibidos (Portaria n.º 22/2013, de 23 de janeiro da Presidência do Conselho de Ministros).

<sup>381</sup> Com a mesma indagação, LEITE. Doping e direito penal, p. 23-24; CASTANHEIRA. *O Fenómeno do Doping no Desporto: o atleta responsável e o irresponsável*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 39-40.

subsidiário, liberal, contratualista e regido pelo princípio de proteção de bens jurídicos dignos de tutela penal.

## §17. DOS BENS JURÍDICOS PATRIMONIAIS

A atual vida contemporânea respira ares econômicos, embora em crise, onde o esporte avulta quantias cada vez maiores. Certo é que os contratos entre clubes, atletas, patrocinadores, emissoras de televisão, etc., envolvem direta e indiretamente a vida econômica de milhares de pessoas em toda a terra. Costa Andrade afirma que «A comunicabilidade com o capitalismo resulta ainda mais exposta na circunstância de o sucesso não se aferir apenas – e cada vez menos – em termos desportivos. A tendência é pelo contrário para a submissão do desporto à lógica mais pura do mercado»<sup>382</sup>. Será então que os direitos patrimoniais devem fundamentar a luta contra o *doping*? Será a concorrência desleal a resposta em que o direito penal irá encontrar para basear o ilícito material nos crimes de *doping*? Pensa-se que a resposta deve ser negativa.

Na linha de atribuir os interesses patrimoniais aos crimes de *doping*, encontra-se Roxin<sup>383</sup>. Assim, «altera-se a proteção corporal pela patrimonial, porquanto o bem jurídico tutelado passa a ser a realização de competição justa em razão de interesses econômicos, sendo possível, por conseguinte, punir tanto o autodoping quanto o doping realizado por terceiros, dada a equiparação legal, e estender eventual punição para a conduta proibida quando realizada em competições com animais»<sup>384</sup>.

As razões para não aceitar a tese de que o patrimônio é o bem jurídico típico da luta contra o *doping* são as seguintes: existem muitos crimes *v.g.* corrupção e branqueamento que embora suas condutas alcancem vantagens econômicas, o bem jurídico protegido não é o interesse patrimonial, na verdade, é fácil vislumbrar uma ofensa ao bem jurídico patrimonial, pois em muitos crimes existe a finalidade de obtenção de vantagens financeiras. Não se pode aceitar que apenas pelo motivo de envolvimento em interesses financeiros a tese do bem jurídico em casos de doping deve ser o patrimônio. Admissível é a possibilidade de ação de indenização civil dos lesados contra o autor de um crime de doping devido a perdas econômicas. Por fim, todo o percurso realizado a fim de sustentar o bem jurídico da ética desportiva deve ser utilizado em sede de criminalização do *doping*, pois em causa está uma competição desportiva e não interesses de indústrias. A lição de Costa Andrade merece acolhimento quando indica sob qual fundamento típico o direito penal deve encontrar o seu fundamento. O *doping* encontra o bem jurídico «(...) em nome da proteção

---

<sup>382</sup> COSTA ANDRADE. *RPCC*, 1992, p. 692.

<sup>383</sup> ROXIN *apud* LEITE/ GRECO, CLAUS ROXIN, 80 ANOS *in: Revista Liberdades*, nº. 7, 2011, p. 121.

<sup>384</sup> ROXIN *apud* BEM. A intervenção penal no doping desportivo *in: Curso de Direito Desportivo Sistemico*, Vol. II, 2010, p. 426.

de específicos valores ou bens jurídicos imanentes ao desporto»<sup>385</sup>. Evidentemente que o desporto abarca o patrimônio, mas não é somente este que satisfaz todo o âmbito de tutela contrárias às práticas de dopagem.

---

<sup>385</sup> COSTA ANDRADE. *RPCC*, 1992, p. 719.

## PARTE TERCEIRA

### CAPÍTULO IV DO BEM JURÍDICO TÍPICO DO CRIME DE *DOPING*

#### §17. DO BEM JURÍDICO DA ÉTICA DESPORTIVA

##### 1. *Evolução e contextualização histórico-doutrinal*

Como visto anteriormente, as práticas de dopagem na era moderna não recuam a muito tempo atrás, não mais que um século de história. É certo que o consumo de substâncias para aumentar a capacidade de rendimento remontam há muito mais tempo que o período de tempo relatado alhures<sup>386</sup>. No entanto, as mais precisas verificações a nível de ilicitude somente tem surgido nesta última época dita *moderna* dos jogos olímpicos<sup>387</sup>. Apenas a partir do movimento de regulamentação ocorrido a partir dos anos sessenta do século passado é que os Estados e as organizações desportivas puderam enfrentar autênticas questões normativas e, conseqüentemente buscar o fundamento material para a proibição de condutas que à época – e ainda hoje – lesavam o regular andamento das competições desportivas. Para além das desigualdades trazidas pelo uso de substâncias e métodos proibidos, verificavam-se, também, diversas agressões à integridade física dos atletas. A partir da convergência destes dois problemas o COI em 1967 através da sua comissão médica elaborou uma lista de substâncias proibidas para a aplicação nas Olimpíadas de inverno em Grenoble e de verão na cidade do México celebrados em 1968<sup>388</sup>.

Já na Olimpíada de verão do México houve a eliminação de Hans-Gunnar Liljenwall – por ter sido flagrado por consumo de álcool – e, conseqüente, perda da medalha de bronze conquistada pela equipe sueca nas provas de pentatlo moderno. Sem querer retornar a evolução histórica do controle antidopagem, pretende-se aqui atentar apenas para o fato de ter sido a comissão médica do COI que ficou responsável pela elaboração da lista. Esta constatação traz de imediato duas implicações. A primeira de que a verificação de substâncias e métodos proibidos dependem de análises biomédicas realizadas por especialistas na área do direito médico desportivo. A segunda implicação é a direta relação das substâncias e métodos proibidos com a integridade física dos atletas. Destas constatações, embora seja possível verificar uma direta relação do *doping* com a integridade

---

<sup>386</sup> Para uma breve síntese histórica sobre o consumo de substâncias que aumentam o rendimento durante a antiguidade. CASTANHEIRA. *O fenómeno do doping no desporto*, ob. cit., p. 25 ss. Para uma visão dos jogos Olímpicos da antiguidade. MESTRE. *Direito e Jogos Olímpicos*, Coimbra, Almedina, 2008, p.17-23.

<sup>387</sup> Sobre a normatização jurídico-desportiva na época moderna. MESTRE. *Direito e Jogos Olímpicos*, ob. cit., p.23-37.

<sup>388</sup> VICENTE MARTÍNEZ. *Derecho Penal del Deporte*, ob. cit., p. 382-383.

física, não parece que os bens jurídicos do halo de proteção envolvidos nas condutas de dopagem satisfaçam suficientemente e completamente o objeto de proteção da luta *antidoping*. Procura-se então uma resposta mais precisa para a correta fundamentação jurídico-criminal da proibição da dopagem no desporto.

Destarte, observa-se que no ano de 1965 a Bélgica e a França criminalizaram condutas relacionadas com a dopagem. A lei belga tutelava a ética desportiva e a integridade física<sup>389</sup>. Embora as primeiras leis *antidoping* da Bélgica e da França tenham sido revogadas, ainda existe a cominação penal para àquelas condutas relacionadas com o *doping*. Seria ocioso descrevê-las novamente, entretanto ainda se mostra recomendável a correta tipificação dos bens jurídicos tutelados. Na Bélgica, embora existam dificuldades de encontrar construções doutrinárias. É possível, todavia, seguir aquilo a que nos propomos neste trabalho ao afirmar que o mais aproximado enquadramento dogmático e político criminal para o bem jurídico tutelado na lei belga seja, em primeiro lugar, a ética desportiva em razão da lista de proibições possuir estreita relação com a lista publicada pela Unesco e pela AMA (segundo o art. 1, n. 6)<sup>390</sup> e pela modificação do *nomen juris* da lei vigente que reprime as práticas de dopagem. Anteriormente, no regime do *décret du 8 mars 2001* o título indicava uma proteção à saúde (*Décret relatif à la promotion de la santé dans la pratique du sport. A l'interdiction du dopage et à sa prévention en Communauté française*). No entanto, a epígrafe da nova lei de 2011 (*Décret relatif à la lutte contre le dopage*) retirou do título a menção de proteção da saúde. Em segundo lugar, seguindo as observações sobre a nova lei belga, resta a dúvida sobre a proteção de não atletas e onde o direito penal iria buscar a sua *ratio legis*. A dúvida reside, nomeadamente, na consideração de que a dopagem é proibida a todos os desportistas, sem mencionar, especificamente, se são sujeitos apenas os desportistas de elite (art. 5) ou também os demais desportistas amadores. Parece que a lei reservou apenas para os atletas de competição a tipificação das condutas previstas no artigo 6, exceto pela possibilidade de incriminação do *autodoping* (previsto nos n.º. 1º e 2º do artigo 6). Neste caso, e admitindo a possibilidade de controle aos atletas amadores, parece que um destes atletas pode estar sujeito ao cometimento do crime de dopagem. De qualquer forma, a incriminação a não atletas parece uma apócrifa incriminação à sujeitos que não participam do âmbito de existência do desporto profissional. Resta ainda a dúvida quanto à punibilidade do próprio atleta mediante o recurso paternalista de proteção da sua própria saúde (caso este seja o bem jurídico tutelado) ou, pior, atribuir a ética desportiva – como bem jurídico supraindividual e por isso não sujeito a autocolocação em perigo – a função de bem jurídico protegido a não atletas.

A França, em que pese, também, a ausência de construções doutrinárias sobre qual é o bem jurídico protegido, parece clarificar melhor o objeto de tutela, desde já, inscrevendo o motivo do ilícito de dopagem no âmbito da tutela da ética desportiva e, pasme, da exclusiva

---

<sup>389</sup> *Idem*, p. 386.

<sup>390</sup> A lista funciona como critério uniforme universal de proibição de substância e métodos proibidos com base em três critérios.

saúde dos desportistas<sup>391</sup>. O questionamento que se faz aqui, conexas-se apenas com a pergunta: como se pode proteger apenas uma seção específica da saúde em sociedade? Por último, ainda importa ressaltar que o mesmo código estabelece um ilícito jurídico-criminal de *doping* em animais<sup>392</sup>. Este enquadramento se afigura compatível com a função de tutela do bem jurídico ética desportiva<sup>393</sup>.

A Itália encontrou um quadro similar dos países francófonos, entretanto enfrentou um período de lacuna de uma específica lei *antidoping* o que trouxe alguns problemas para a correta intervenção do direito penal em condutas associadas à dopagem. A primeira intervenção criminal âmbito de uma específica lei antidopagem foi realizada no ano de 1971 (*Legge 26 ottobre 1971, n. 1099*)<sup>394</sup>. Todavia, após o período de vigência desta lei, o legislador italiano optou por revogar (*Legge 24.11.1981 n° 689*) aquelas condutas previstas na lei anterior, buscando agora sancionar o *doping* apenas através do crime de burla (*Truffa*), previsto no artigo 640 do *Codice Penale*. Sem demora, o legislador italiano enveredou em outro caminho em busca de punir os comportamentos associados à dopagem. Fê-lo, portanto, através do crime de *Frode in competizioni sportive* previsto no artigo primeira da *Legge 13 dicembre de 1989, n. 401*<sup>395</sup>. O famoso caso *Pantani* ainda chegou a tribunal com a acusação do crime de fraude em competições, mas a jurisprudência italiana sempre se mostrou reticente a aplicação deste delito aos casos de dopagem<sup>396</sup>. Ante a lacuna legislativa o legislador italiano (re) decidiu no ano 2000 intervir na área da dopagem através de uma lei específica (*Legge 14 dicembre 2000, n. 376*). Atualmente é através desta norma jurídico-criminal que vigora o regime jurídico *antidoping* na Itália. A doutrina tem se dividido quanto ao correto objeto de tutela do crime. Alguns têm optado pela tutela pluriofensiva dos crimes de *doping*. Esta doutrina recebe a aceitação de Bellini e Ariolli que advogam que a lei *antidoping* italiana protege a saúde individual, a saúde pública e a ética desportiva<sup>397</sup>. No mesmo sentido se posicionam Traversi e Errede<sup>398</sup>. Ainda no âmbito de uma *plurioffensività* do crime de *doping*, Flora aponta para a tutela de três bens jurídicos:

---

<sup>391</sup> Cf. art. l230-1 do *Code du Sport*. Este é o sentido que se depreende do texto legal. Agapito, num sentido diferente do texto, discordando da proteção apenas da saúde do atleta no caso da dopagem em humanos, afirma que o bem jurídico protegido é a saúde pública. AGAPITO. Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código Penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte) in: *RECPC*, 09-08, 2007, p. 8:28. Duell afirma que existe uma dupla tutela de bens jurídicos na França: a vida e a integridade física dos desportistas. DUELL *apud* VALLS PRIETO. La intervención del derecho penal en la actividad deportiva in: *RECPC*, 11-14, 2009, p. 14:13.

<sup>392</sup> Cf. art. l241-5 do *Code du Sport*.

<sup>393</sup> No mesmo sentido, AGAPITO. *RECPC*, 09-08, 2007, p. 8:28.

<sup>394</sup> Os bens jurídicos protegidos eram tanto a saúde do atleta, quanto a ética desportiva. Cf. ARIOLLI/ BELLINI. *Disposizioni penali in materia di doping*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 4.

<sup>395</sup> Desenvolvidamente sobre este período de lacuna de uma específica legislação *antidoping* na Itália. ARIOLLI/ BELLINI. *Disposizioni penali in materia di doping, ob. cit.*, p. 7-21; ERREDE. *Frode sportiva e doping*, 2ª ed., Bari, Cacucci, 2011, p. 69-74. Para Bonini, o legislador italiano percebeu que o crime de *Truffa* não era suficientemente seguro para perseguir as condutas de *doping*. BONINI. *Doping e diritto penale, ob. cit.*, p. 170.

<sup>396</sup> VICENTE MARTÍNEZ. *Derecho Penal del Deporte, ob. cit.*, p. 391.

<sup>397</sup> ARIOLLI/ BELLINI. *Disposizioni penali in materia di doping, ob. cit.*, p. 65-68.

<sup>398</sup> TRAVERSI. *Diritto penale dello sport*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 109; ERREDE. *Frode sportiva e doping, ob. cit.*, p. 75.

vida, saúde e ética desportiva<sup>399</sup>. Outros autores posicionam-se num plano de singularidade da proteção do bem jurídico tutelado. É o caso de Aiello que responde positivamente à intervenção penal através da proteção da saúde pública, restando para a ética desportiva apenas a relevância de ânimo da conduta<sup>400</sup>. Roca Agapito ao analisar a lei italiana assenta a proteção, tão só, na ética desportiva<sup>401</sup>. Por último existem aqueles que advogam uma tutela do patrimônio como bem jurídico da lei *antidoping*. Esta é a posição de Bonini, advogando que a proteção da dopagem em nome da concorrência desleal surge «como uma forma pós-moderna de delito contra o patrimônio» do crime de *autodoping*<sup>402</sup>. No entanto, para as condutas pertencentes as constelações do *heterodoping*, o autor admite a existência de dois bens jurídicos: a saúde e o patrimônio<sup>403</sup>. Este é o quadro doutrinal na Itália apresentando muitas variações e incertezas. Todo este quadro é fruto da ausência de consagração constitucional do direito ao desporto que direcione a mais específicas indicações sobre a problemática do *doping*, bem como da ausência de uma específica lei que consagre os valores desportivos. As construções doutrinárias baseiam-se apenas no artigo primeiro da L. 376/2000<sup>404</sup> e de suas próprias convicções doutrinárias. Por fim, resta a constatação de que a tutela do bem jurídico da ética desportiva tem acolhido a recepção da doutrina dominante.

A experiência alemã também possui as suas particularidades. Apresentando – assim como a doutrina italiana – uma diáspora de soluções motivadas pela ausência de legislação jurídico-constitucional e jurídico-ordinária a respeito do desporto. Ainda no ano de 1970 Kohlhaas questionava a necessidade de criação de um específico tipo legal de crime que respondesse aos problemas trazidos pelo *doping* no âmbito da responsabilidade médica e do consentimento<sup>405</sup>. Os anos foram avançando e a partir dos conhecidos casos ocorridos na antiga República Democrática Alemã (RDA) – período que concentrou a soma de mais de 600 medalhas olímpicas entre os jogos de verão e inverno de 1956 a 1988 – os alemães ampliaram as investigações sobre qual deveria ser o fundamento do combate jurídico-criminal ao *doping*. Esta diáspora de soluções até o momento não encontra um terreno pacífico. A literatura aponta para diversos bens jurídicos penais. Ainda existem tentativas de solução segundo outros tipos legais de crime, nomeadamente inscrevendo a proibição

---

<sup>399</sup> FLORA *apud* VICENTE MARTÍNEZ. *Derecho Penal del Deporte*, *ob. cit.*, p. 416.

<sup>400</sup> AIELLO. La Legge antidoping e i suoi riflessi sull'assetto dei rapporti tra ordenamento statale ed ordenamento sportivo in: GAMBOGI (org.). *Profili attuali di diritto sportivo e nuova legge antidoping*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 50.

<sup>401</sup> AGAPITO. *RECPC*, 09-08, 2007, p. 8:31.

<sup>402</sup> BONINI. *Doping e diritto penale*, *ob. cit.*, p. 164-165. O autor ainda afirma que proteger o autodoping em nome da saúde incorreria numa indevida tutela de bens jurídicos contrário ao moderno direito penal de cunho não paternalista. *Ibidem*. Criticamente quanto a proteção do patrimônio no crime de doping. ARIOLLI/ BELLINI. *Disposizioni penali in materia di doping*, *ob. cit.*, p. 66-67.

<sup>403</sup> BONINI. Doping tra sanzione penale e giustizia sportiva: il ruolo discriminante del dolo specifico in: *Diritto Penale Contemporaneo*, Rivista Trimestrale, 2/2013, p. 168.

<sup>404</sup> «L'attività sportiva è diretta alla promozione della salute individuale e collettiva e deve essere informata al rispetto dei principi etici e dei valori educativi richiamati dalla Convenzione contro il doping [...]».

<sup>405</sup> KOHLHAAS. *NJW*, 1970, p. 1958-1960.

da dopagem através dos crime de homicídio, lesão corporal ou burla<sup>406</sup>. Mais recentemente uma doutrina vem afirmando que o *doping* é um problema patrimonial e o inscreve em nome da proteção da concorrência desleal<sup>407</sup>. Em atenção a problemática da dopagem, o legislador federal alemão finalmente inseriu uma proibição penal de condutas relacionadas ao *doping*. Inscreveu-as não numa específica lei *antidoping*, antes inserindo-as na já existente lei de medicamentos (*Arzneimittelgesetz*). Como já visto *supra*, a Alemanha proíbe as condutas de *heterodoping* (aplicar e prescrever), tráfico e a posse de quantidades não pequenas de medicamentos ou substâncias proibidas. Quanto ao adequado bem jurídico protegido pela lei alemã, pode-se constatar com base em três argumentos idôneos que o bem jurídico é a ética desportiva e a saúde pública. O primeiro argumento, como sempre, é a vinculação da lista de substâncias e medicamentos proibidos à lista de proibição de substâncias e métodos proibidos elaborada pelo Conselho da Europa (§6a, (2)) que não privilegia somente o critério de lesão à saúde dos atletas. O segundo argumento liga-se a epígrafe do *paragraph*, o qual fala em proibição de medicamentos para fins de *doping* no desporto<sup>408</sup>. Embora não seja necessário se entender que a epígrafe significa especificamente o objeto de proteção, caso o legislador entendesse proteger somente a saúde (pública ou individual) poderia ter se utilizado de outro título. Por último, não é de se desconsiderar a fundamentação da lei de 2007 que considerou o *doping* como destruidor dos valores éticos-morais do desporto e da saúde pública. Também referenciou a importância dos atletas de elite como exemplos (*Vorbildfunktion*) para os demais praticantes desportivos não profissionais e o impacto que as suas condutas possuem para a saúde pública<sup>409</sup>.

A Espanha só conheceu uma específica legislação *antidoping* a partir do ano de 2006 (*Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre*)<sup>410</sup>. Em relação a proibição de comportamentos associados à dopagem no âmbito do direito penal, a lei só estabeleceu um tipo legal de crime a ser inserido no capítulo dos crimes contra a saúde pública. A literatura penal vem ao longo destes último anos reivindicando a correta determinação do bem jurídico protegido. Pode-se dizer que a corrente que repousa a proteção do bem jurídico saúde pública tem recebido o apoio da doutrina dominante<sup>411</sup>. Entretanto, existe uma corrente que permanece

---

<sup>406</sup> Por todos, HEGER: Zur Strafbarkeit von Doping im Sport *in*: JA, 2003, p. 76-83.

<sup>407</sup> Por todos, ROXIN. Doping e direito penal, *ob. cit.*, p. 45.

<sup>408</sup> É sabido que o *doping* agride privilegiadamente dois específicos fundamentos. A saúde individual dos praticantes desportivos e a ética desportiva (inclui-se aqui a igualdade de oportunidades). Por todos, MOCCIA. La lotta Internazionale contro il doping *in*: GREPPI/ VELLANO (Orgs.). *Diritto internazionale dello sport*, 2ª ed., Torino, G. Giappichelli Editore, 2010, p. 207.

<sup>409</sup> *Bundestagsdrucksache 16/5526*, letra A (*Problem und Ziel*)

<sup>410</sup> Sobre a “gestação” do processo de concretização da intervenção jurídico-criminal na Espanha. VICENTE MARTÍNEZ. *Derecho Penal del Deporte*, *ob. cit.*, p. 394-417.

<sup>411</sup> BECHIARELLI. *El delito de dopaje*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 51; CONDE. *Derecho penal: parte especial*, 18ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 664; BIDASOLO/ MIR PUIG (Dir.). *Comentarios al código penal: reforma LO 5/2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 789; QUINTERO OLIVARES (Dir.)/ MORALES PRATS (Coord.). *Comentarios al*

advogando a favor da proteção da ética desportiva<sup>412</sup>. Em nosso juízo, a própria lei assegura a proteção da ética e da saúde pública. O fundamento para esta assertiva advém daquela mesma argumentação utilizada para a configuração da ética como bem jurídico na lei alemã. Seria inseguro dogmaticamente aceitar a proibição das substâncias e dos métodos proibidos apenas com base no critério da saúde pública, tendo em vista que a lista de proibição privilegia também outros critérios que não necessariamente ofendem apenas a saúde<sup>413</sup>.

A dopagem em Portugal apresenta um dos quadros mais desenvolvidos e sistematizados no plano normativo. No entanto, em que pesem os desenvolvimentos no âmbito do direito do desporto, o combate a dopagem tem apresentado lacunas em sua delimitação jurídico-criminal. Portanto, para não se tornar repetitivo, neste momento, registre-se apenas o moderno e preparado aparato normativo que respalda a luta *antidoping*. A Constituição possui menção expressa de um direito à cultura física e ao desporto, mais precisamente uma obrigação de prevenir a violência no desporto como tarefa pública<sup>414</sup>. Há uma Lei de Bases da Atividade Física e do Desporto (Lei n.º 5/2007, de 16 de janeiro) que em seu artigo 3 consagra expressamente o princípio da ética desportiva. Este artigo relaciona diretamente o princípio da ética desportiva com a incumbência do Estado de prevenir e reprimir a dopagem. O artigo 18, n. 4 exclui expressamente do âmbito das questões estritamente desportivas as infrações à ética desportiva, nomeadamente aquelas situadas no âmbito da dopagem. A jurisprudência tem ratificado o entendimento de forma pacífica sobre a questão, assinalando que a dopagem excede as questões estritamente desportivas<sup>415</sup>. Para fechar, por completo, o quadro normativo antidopagem no ordenamento jurídico português a Lei n. 38/2012, de 28 de Agosto estabelece um acurado regime jurídico antidopagem. Realizada esta breve exposição histórico-doutrinal, cabe agora buscar o verdadeiro substrato material para o bem jurídico da ética desportiva.

---

*código penal*, Tomo III, 5ª ed., Cizur Menor, Thomson Arazandi, 2008, p. 271; VICENTE MARTÍNEZ. *Derecho Penal del Deporte*, *ob. cit.*, p. 427. Em sentido contrário advogando a proteção da saúde individual de forma imediata e a ética desportiva de forma mediata. ZAPATERO *et. all.* (Dir.). *Comentarios al código penal*, Madrid, Lustel, 2007, p. 794-795. Advogando a favor da proteção da concorrência desleal caso se incriminasse o *autodoping*. VALLS PRIETO. *RECPC*, 11-14, 2009, p. 14:9. Por último, advogando a dupla tutela, tanto da vida, quanto da saúde dos desportistas. TOMILLO. *Comentarios al código penal*, 2ª ed., Valladolid, Lex Nova, 2011, p. 1375.

<sup>412</sup> SUÁREZ LOPES *apud* VALLS PRIETO. *RECPC*, 11-14, 2009, p. 14:8; HUIDOBRO *apud* VICENTE MARTÍNEZ. *Derecho Penal del Deporte*, *ob. cit.*, p. 425-426.

<sup>413</sup> A lista de proibição espanhola será elaborada pelo *Consejo Superior de Deportes* (CSD) segundo o enquadramento das listas de proibição do Conselho da Europa e da AMA. Cf. item I da exposição de motivos c/c o art. 12 da *Ley Orgánica* 7/2006

<sup>414</sup> Sobre a constitucionalização do desporto em Portugal. MEIRIM. O desporto no *fundamental*: um valor lusófono, *Separata de Povos e Culturas*, n. 9, 2004, p. 249 ss; *idem*. A Federação Desportiva como Sujeito Público do Sistema Desportivo, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 127-174; CANOTILHO/ MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa*: anotada, Vol. 1, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 931-938.

<sup>415</sup> Assim vem decidindo o STA. Ac. de 21-09-2010, processo n. 0295/10. «[...] de modo a não se considerarem questões estritamente desportivas subtraídas à jurisdição do Estado, as decisões que ponham em causa direitos fundamentais, direitos indisponíveis ou bens jurídicos protegidos por outras normas jurídicas para além dos estritamente relacionados com a prática desportiva (corrupção, "dopagem", etc.)».

## 2. Existe um bem jurídico ética desportiva?

Antes de mais, faz-se necessário estabelecer o ponto de partida em dois aspectos. Em primeiro lugar, observam-se as relações do direito (estadual) com o desporto. Em segundo lugar, analisa-se a definição de desporto. Quanto ao primeiro objeto de reflexão e ponto de contato intrínseco desta reflexão jurídico-criminal sobre o sistema desportivo, importa sublinhar que já não é possível afastar da alçada do direito público as suas relações com o sistema desportivo, nomeadamente reconhecendo a função do direito penal como proteção de bens jurídicos carentes de pena. Leal amado ao responder a pergunta sobre as relações entre o direito e o desporto, deixa a entender que, em princípio, deveria haver um distanciamento entre ambos, seriam sistemas incompatíveis entre si. «*Prima facie*, dir-se-ia até que entre desporto e direito não deveria existir qualquer espécie de relacionamento, mas sim uma ignorância mútua ou uma recíproca indiferença – afinal, o desporto seria recreação, divertimento, lazer, o direito, esse, ocupar-se-ia das coisas sérias (e, porventura, aborrecidas) da vida». Ao final, acaba por concluir que «as relações entre desporto e direito não só existem como não poderiam ser mais estreitas, desde logo na medida em que a própria existência do desporto (*rectius*, do desporto de competição) pressupõe, invariavelmente, a regra (regras técnicas, leis do jogo). Com efeito, qualquer pessoa pode correr, nadar ou brincar com uma bola, tudo isto sem obedecer a regras; mas já ninguém poderá ganhar uma corrida, disputar um jogo sem regras (regras que determinem, por exemplo, qual a distância a percorrer, ou se a bola é jogável com os pés ou com as mãos). A regra é parte integrante do desporto, a regra participa da sua essência, pois só a regra permite a medição de forças, possibilitando o apuramento de quem ganha e de quem perde»<sup>416</sup>.

Esta relação evidenciada no ganhar ou perder, apresentará especial relevância na satisfação dos motivos daqueles que buscam ganhar a qualquer preço. Daqueles que, importando-se ou não com as regras, continuam se favorecendo de atitudes desleais a fim de alcançar o mais desejado lugar: o pódio. Esta relação de ganhar ou perder também é evidenciada por Eser ao indagar quais são as relações entre «desporto e justiça, bola e balança»<sup>417</sup>, conclui que, tanto ali como aqui existe um elemento comum: a luta pela vitória ou pela derrota<sup>418</sup>. Trata-se, precisamente, daquele «código binário», que tem como pontos polares de orientação ganhar/perder ou vitória/derrota»<sup>419</sup>. É nesta luta que se insere o praticante desportivo que se dopa, o que vale mais: perder honrosamente segundo a frase imortalizada por Pierre de Coubertin de que «mais vale competir do que ganhar» ou deve seguir o ilegítimo caminho do desempenho artificialmente modificado? Sabendo que o

---

<sup>416</sup> LEAL AMADO. *Vinculação versus Liberdade: O processo de Constituição e Extinção da relação Laboral do Praticante Desportivo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 20-21.

<sup>417</sup> ESER. *Deporte y Justicia Penal in: Revista Penal*, n. 6, 2000, p. 53.

<sup>418</sup> *Ibidem*.

<sup>419</sup> COSTA ANDRADE. *As lesões (e a morte) no desporto in: COSTA ANDRADE et. all. Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 686.

sistema desporto tem reagido contrafaticamente às condutas dos atletas dopados e do seu *staff*. Cabe delimitar se o direito penal e o seu aparato estigmatizador devem intervir nesta verdadeira luta.

Não se deve olvidar de uma delimitação do conceito de desporto, a fim de alcançar a verdadeira essência do combate ao *doping*. Em primeiro lugar, com Leal Amado pode-se dizer que até o momento não logrou sucesso a obtenção de um preciso conceito de desporto. É antes de mais, «um fenómeno algo rebelde e de limites bastante imprecisos, difícil de aprisionar numa qualquer definição. Daí o paradoxo: sendo um fenómeno de todos conhecido e por todos compreendido, o certo é que nem os maiores especialistas lograram, até hoje, defini-lo de modo inteiramente satisfatório»<sup>420</sup>. Da mesma forma, como bem observa Jorge Leite, a tarefa de definir direito tem sido praticamente inalcançável pelos filósofos<sup>421</sup>. Mesmo assim, ninguém duvida que o direito exista ou possa ser compreendido. Partindo desta afirmação e, buscando aclarar os significados e os sentidos do desporto e da ética desportiva, visando uma melhor compreensão do objeto de estudo tentar-se-á num primeiro momento esclarecer os valores do desporto no mundo antigo, em seguida as relações do desporto na sociedade moderna e o atual papel da ética desportiva no meio daquele mundo sistêmico.

O desporto praticado no mundo antigo – nomeadamente em Olímpia –apresenta pontos de contato com o atual subsistema autônomo do desporto. Como ponto de contato entre o passado e o presente podem ser evidenciados o sentimento de *união nacional*, tão evidenciado nos atuais jogos modernos, mas tão difícil de se conceber numa Grécia formada geopoliticamente pelas *polis*, autônomas e isoladas entre si, mas unidas em volta de uma competição<sup>422</sup> em que a glória da vitória recompensaria também, de forma indireta, a glória da cidade<sup>423</sup>. Transpondo para a realidade moderna, é possível estabelecer um paralelo entre a glória da cidade a qual o atleta grego pertencia e a glória dos países que hoje se sentem orgulhosos de figurar no topo da classificação de medalhas conquistadas durante as competições olímpicas<sup>424</sup>. Esta glória que manifesta a individualidade nacional de um povo, é dependente da conduta de seus atletas-cidadãos. «Assim sendo, o herói desportivo é percebido como aquele que consegue, com trabalho e esforço, superar-

---

<sup>420</sup> LEAL AMADO. *Vinculação versus Liberdade: O processo de Constituição e Extinção da relação Laboral do Praticante Desportivo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 17.

<sup>421</sup> JORGE LEITE *apud* LEAL AMADO. *Vinculação versus Liberdade: O processo de Constituição e Extinção da relação Laboral do Praticante Desportivo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 18.

<sup>422</sup> SILVA. Os jogos olímpicos na Grécia antiga. Um certame de ideal e de glória *in*: OLIVEIRA (Coord.). *O Espírito Olímpico no novo milénio*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 2000, p. 58.

<sup>423</sup> LEÃO. Os honorários dos atletas vencedores (a propósito de Plutarco, *Sol.* 23.3) *in*: OLIVEIRA (Coord.). *O Espírito Olímpico no novo milénio*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 2000, p. 83; SILVA. Os jogos olímpicos na Grécia antiga. Um certame de ideal e de glória *in*: OLIVEIRA (Coord.). *O Espírito Olímpico no novo milénio*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 2000, p. 66.

<sup>424</sup> Sublinhe-se também a não distante experiência do séc. XX, onde vivenciou-se uma “luta de sistemas” durante a época da guerra fria. Cf. COSTA ANDRADE. As lesões (e a morte) no desporto *in*: COSTA ANDRADE *et. all.* *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 692.

se a si próprio e que, incorporando valores como a saúde, a força e a virilidade, se torna metáfora do corpo da Nação»<sup>425</sup>. O *doping* viola, precisamente, o *como*, o *caminho* que o atleta-representante nacional empreenderá para superar a si mesmo.

Os atleta do mundo grego, vistos como aqueles que superavam a si mesmo, buscando o reconhecimento dos deuses e o aplauso dos espectadores<sup>426</sup>, preferiam a dignidade da competição à humilhação da velhice em desonra e sem glória<sup>427</sup>. Aos gregos mais importava a nobreza da competição do que a expansão territorial dos persas, os quais não compreendiam aquela nobreza pertencente ao povo grego. Para os gregos, a linguagem da pobreza e da liberdade<sup>428</sup>, transformava os atletas numa «dimensão pacífica das arte da guerra»<sup>429</sup>.

Evidentemente que os atletas conheciam que os “louros da vitória” não trariam apenas o prêmio, *ab initio*, estabelecido daquela coroa com folhas de oliveira despicienda de valores econômicos. Ainda que a partir das codificações de Sólon os atletas tenham passado a receber quantias significativas pelas vitórias<sup>430</sup>, a base da superação e do sucesso eram antes, como hoje, uma busca de realização de valores intrínsecos, proporcionados e refletidos *do* e *no* desporto. Se antes os valores que estavam por detrás da conquista de uma coroa simbólica, da popularidade e da glória eram o culto da superioridade física, o gosto pela disputa igual e a nobreza. Nos tempos modernos, embora se reconheça a alteração socioeconômica daqueles atletas bem sucedidos, não é apenas a evolução patrimonial que está por detrás do anseio da vitória, pois o mesmo reconhecimento popular, heroísmo, glória e superioridade do mundo arcaico ainda se fazem bem presentes nas motivações daqueles que enveredam pelos caminhos da dopagem.

Como ponto de encontro derradeiro para realizar uma transição entre o Olimpismo clássico e o moderno, destaca-se o poder pedagógico que o desporto possuía e possui em ambos os mundos, em ambas as sociedades, a de ontem e a de hoje. Na Grécia o valor do desporto manifestava-se em competição e fora de competição, sendo um fenômeno que se distinguia como uma verdadeira forma de vida, mais ainda, manifestava-se como a expressão da cultura e dos valores de um povo. Irradiava, portanto, suas implicações no sistema social e no sistema individual. «Assim, a prática desportiva detinha um enorme

---

<sup>425</sup> SANTOS. Desporto, nação e identidade nacional *in*: MESTRE *et. all.* *O desporto para além do óbvio*, Lisboa, Instituto do Desporto de Portugal, 2003, p. 27.

<sup>426</sup> SILVA. Os jogos olímpicos na Grécia antiga. Um certame de ideal e de glória *in*: OLIVEIRA (Coord.). *O Espírito Olímpico no novo milénio*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 2000, p. 58.

<sup>427</sup> Cf. Píndaro ao apresentar a prece de Pélops a Posidon. SILVA. Os jogos olímpicos na Grécia antiga. Um certame de ideal e de glória *in*: OLIVEIRA (Coord.). *O Espírito Olímpico no novo milénio*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 2000, p. 64-65.

<sup>428</sup> SILVA. Os jogos olímpicos na Grécia antiga. Um certame de ideal e de glória *in*: OLIVEIRA (Coord.). *O Espírito Olímpico no novo milénio*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 2000, p. 69-71.

<sup>429</sup> SILVA. Os jogos olímpicos na Grécia antiga. Um certame de ideal e de glória *in*: OLIVEIRA (Coord.). *O Espírito Olímpico no novo milénio*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 2000, p. 58.

<sup>430</sup> LEÃO. Os honorários dos atletas vencedores (a propósito de Plutarco, *Sol.* 23.3) *in*: OLIVEIRA (Coord.). *O Espírito Olímpico no novo milénio*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 2000, p. 75 ss.

poder pedagógico e visava o equilíbrio, fundamental no ser humano, entre corpo e espírito»<sup>431</sup>. Este equilíbrio, ao que parece refletido na excelência das condutas dos atletas, é ainda um ideal de vida realizada e feliz neste mundo desencantado com as frustrações que a cada dia a nós se impõem. Certo de que toda esta breve exposição sobre o helenismo aponta, certamente, já para aqueles valores imanentes ao desporto, ou no mínimo para aquela *Ritterlichkeit* de que fala Schneider-Grohe<sup>432</sup>. Neste período de renascimento dos jogos Olímpicos, um papel fundamental é atribuído ao Barão Pierre de Coubertin que com influências do passado, projeta o Olimpismo da modernidade. «Importa, antes de tudo que o helenismo conserve, no Desporto, o carácter nobre e cavalheiresco que o distinguiu, no passado, de modo que possa continuar, na educação dos povos modernos, o papel admirável que lhe atribuem os mestres gregos»<sup>433</sup>.

Posto isto, chegamos ao desporto atual. Nem mesmo Isócrates ao sublinhar a alegria da improvável reunião das *polis* gregas, poderia prever que agora não mais as cidades circunvizinhas se aproximam em razão do desporto, atualmente, neste mundo globalizado, são as nações que do Oriente ao Ocidente se reúnem para, atentamente, acompanhar os jogos desportivos. Este foi um dos contributos da globalização, carregou os jogos Olímpicos da Grécia para todo o globo. Atualmente, de forma mais ou menos interessada, todos reconhecem que «o desporto se converteu numa dimensão tão evidente da civilização e cultura que a sua ausência da vida contemporânea é, pura e simplesmente, inimaginável»<sup>434</sup>.

É irrazoável deixar de reconhecer o valor que o desporto tem alcançado para a sociedade, principalmente a partir da maior exposição midiática voltada para os acontecimentos desportivos ocorridos no século passado. Século que é chamado por alguns como o século do desporto ou ainda nas palavras de Leal Amado «tenha sido ou não o século do desporto, é indiscutível que o séc. XX foi o século do triunfo do desporto profissional»<sup>435</sup>. Fala-se ainda que o desporto «é uma realidade omnipresente e incontornável na história do século XX. Fenómeno social “total”»<sup>436</sup>. Pode-se falar também que o desporto «se transformou no fenómeno cultural de maior magia, no mundo contemporâneo»<sup>437</sup>. Por fim, na síntese de Costa Andrade «No plano fenomenológico avulta

---

<sup>431</sup> SILVA. Os jogos olímpicos na Grécia antiga. Um certame de ideal e de glória in: OLIVEIRA (Coord.). *O Espírito Olímpico no novo milénio*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 2000, p. 65.

<sup>432</sup> SCHNEIDER-GROHE. *Doping: Eine kriminologische und kriminalistische Untersuchung zur Problematik der künstlichen Leistungssteigerung im Sport und zur rechtlichen Handhabung dieser Fälle*, Lübeck, Max Schmidt-Römhild, 1979, p. 164.

<sup>433</sup> BARÃO PIERRE DE COUBERTIN apud SÉRGIO. O desporto e o ser in: MESTRE et. all. *O desporto para além do óbvio*, Lisboa, Instituto do Desporto de Portugal, 2003, p. 112.

<sup>434</sup> COSTA ANDRADE. *Consentimento e acordo em direito penal, ob. cit.*, p. 316.

<sup>435</sup> LEAL AMADO. *Vinculação versus Liberdade: O processo de Constituição e Extinção da relação Laboral do Praticante Desportivo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 7.

<sup>436</sup> CONSTANTINO. (Re) Pensar o desporto in: MESTRE et. all. *O desporto para além do óbvio*, Lisboa, Instituto do Desporto de Portugal, 2003, p. 55.

<sup>437</sup> SÉRGIO. O desporto e o ser in: MESTRE et. all. *O desporto para além do óbvio*, Lisboa, Instituto do Desporto de Portugal, 2003, p. 111.

sobremaneira o que CAILAT expressivamente designa por “desportivização do planeta”. E é assim tanto no plano individual e microsociológico como no plano macrosociológico, nacional, transnacional e mesmo planetário. Praticado pelos atletas e observado pelos telespectadores, o desporto é transmitido pelos mais poderosos meios de comunicação de massas, impondo a sua presença em todos os espaços do cotidiano. Desde os círculos mais fechados da reserva familiar, aos espaços públicos e abertos, passando por espaços semi-públicos como a escola, a empresa, etc. Na vida desencantada e secularizada das nossas sociedades o desporto veio polarizar encantamentos. E ocupar uma parte significativa do espaço deixado pelo sagrado e pela religião, uma instituição e uma experiência de que o desporto, é em boa medida, sucedâneo e com a qual mantém, em qualquer caso, significativos momentos de comunicabilidade»<sup>438</sup>.

O moderno subsistema desportivo autónomo recebeu – desde a sua concepção – a influência do racionalismo<sup>439</sup>, do liberalismo<sup>440</sup> e do capitalismo<sup>441</sup>. O moderno «desporto comunica a todos (praticantes, espectadores, público em geral) um sentido de objetividade, racionalidade, igualdade de oportunidades e induz um sentimento generalizado de pertença e igualdade»<sup>442</sup>. No plano desta cara autonomização do desporto e, no que pertine diretamente ao nosso objeto de estudo, faz-se necessário clarificar a separação entre as diferentes espécies de regras do jogo. Antes de mais, importa destacar que «A regra é parte integrante do desporto, a regra participa da sua essência, pois só a regra permite a medição de forças»<sup>443</sup>. No mesmo prisma pode-se afirmar que «a norma (regra ou lei) é essencial ao desporto, já que não se pode imaginar desporto sem leis»<sup>444</sup>. Estas regras encontram o seu substrato na referência aos valores imanentes ao desporto. Na formulação de Costa

---

<sup>438</sup> COSTA ANDRADE. As lesões (e a morte) no desporto *in*: COSTA ANDRADE *et. all. Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 685-686. Sobre o espaço ocupado pelo desporto no lugar da religião, pode-se sufragar as palavras de Leal Amado: «Trata-se mesmo, em certo sentido, de uma nova forma de religião (a religião dos nossos tempos, supostamente secularizados)». LEAL AMADO. Desporto e direito: aversão, indiferença ou atracção? *In*: MESTRE *et. all. O desporto para além do óbvio*, Lisboa, Instituto do Desporto de Portugal, 2003, p. 81.

<sup>439</sup> «assim como o capitalismo interiorizou a Razão na sociedade, também o Desporto interiorizou a Razão no corpo». SÉRGIO. O desporto e o ser *in*: MESTRE *et. all. O desporto para além do óbvio*, Lisboa, Instituto do Desporto de Portugal, 2003, p. 112.

<sup>440</sup> «[...] o desporto emerge mesmo como a expressão mais decantada da sociedade burguesa e liberal, reivindicando-se a justo título dos princípios e dos valores arquetípicos daquele modelo de organização social e política: igualdade, liberdade, concorrência e igualdade de oportunidades, todos podendo aceder aos seus *goals* supremos». COSTA ANDRADE. As lesões (e a morte) no desporto *in*: COSTA ANDRADE *et. all. Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 685-686.

<sup>441</sup> «Sucedede que, ao mesmo ritmo que o planeta se foi desportivizando, o desporto, esse foi-se mercantilizandando. E a tal ponto se mercantilizou que aí temos o que hoje é pacificamente reconhecido como uma nova indústria: a indústria do desporto, *rectius*, a indústria capitalista do desporto!». LEAL AMADO. Desporto e direito: aversão, indiferença ou atracção? *In*: MESTRE *et. all. O desporto para além do óbvio*, Lisboa, Instituto do Desporto de Portugal, 2003, p. 82.

<sup>442</sup> COSTA ANDRADE. As lesões (e a morte) no desporto *in*: COSTA ANDRADE *et. all. Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 687.

<sup>443</sup> LEAL AMADO. *Vinculação versus Liberdade: O processo de Constituição e Extinção da relação Laboral do Praticante Desportivo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 19-20.

<sup>444</sup> COSTA ANDRADE. As lesões (e a morte) no desporto *in*: COSTA ANDRADE *et. all. Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 690.

Andrade as «regras técnicas, em geral acompanhadas de referências mais ou menos expostas à ética desportiva, às exigências do fair play ou aos valores do espírito olímpico»<sup>445</sup>. É justamente aqui que há o separar das águas.

Atendendo àquela *assimetria das regras do jogo*, em que de um lado se encontram as regras do desporto, enquanto do outro lado situam-se as regras do direito penal. Evidentemente que por razões meramente relativas as *questões estritamente desportivas* o direito penal não deve interferir, pois à violação das regras do jogo já correspondem as sanções desportivas pertinentes<sup>446</sup>. Por outro lado, existem aquelas “leis do jogo” que atingem o limiar qualificado do ilícito penal. Nesta posição se enquadram, dentre outros, a corrupção desportiva, a violência desportiva e a dopagem. Nestes caso e, mais especificamente no caso da dopagem, as «violações das regras, pela sua violência e desproporcionalidade e pela gravidade de lesões produzidas, perde a conexão de sentido com o jogo, mesmo o jogo jogado com o mais exasperado e agónico empenhamento»<sup>447</sup>. Segundo tudo o que foi dito, é possível sufragar a proposta de Greco em distinguir as *regras regulativas*, das *regras constitutivas*. Aquelas se manifestam como regras dentro da atividade, enquanto nestas a violação representa o abandono da atividade<sup>448</sup>. Nesta classificação, sublinha-se que não existe um abismo entre as duas classes de regras, sendo que mesmo as regras regulativas estão referenciadas com as propriedades (essência) da própria atividade<sup>449</sup>. Embora seja de se sufragar a classificação de Greco, não se deve da mesma forma prosseguir com a sua linha de raciocínio.

Embora Greco entenda que o *doping* possa ser uma violação de uma regra constitutiva não aceita os fundamentos desta relação. Rejeita, pois, a explicação de que a competição deve ser leal. Para Greco, bastaria que se retirasse a proibição das substâncias e dos métodos que nenhuma desvantagem seria obtida<sup>450</sup>. Para este efeito, bastaria que se retirasse o fundamento de proibição estabelecido numa mera *convenção* entre atletas. Afirma ainda que esta explicação, acaba por se tornar num «[...] *essencialismo ingênuo*, que aparece em vários momentos. Em primeiro lugar, essa definição pressupõe a existência de algo como uma essência do esporte [...]»<sup>451</sup>. A segunda explicação rejeitada por Greco é a validação da dissonância entre a regra constitutiva do desporto e o *doping* em função de que o *doping* atacaria «[...] *uma essência do ser humano ou de seu corpo*. Com isso, exclui-se de antemão que o esporte seja, ainda que em parte, um empreendimento de redefinição

---

<sup>445</sup> COSTA ANDRADE. As lesões (e a morte) no desporto *in*: COSTA ANDRADE *et. all. Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 690.

<sup>446</sup> Neste sentido, COSTA ANDRADE. As lesões (e a morte) no desporto *in*: COSTA ANDRADE *et. all. Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 690.

<sup>447</sup> COSTA ANDRADE. As lesões (e a morte) no desporto *in*: COSTA ANDRADE *et. all. Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 719.

<sup>448</sup> GRECO. Sobre a legitimidade de punição do autodoping nos esportes profissionais, *ob. cit.*, p. 71 (com referências).

<sup>449</sup> *Idem*, p. 72.

<sup>450</sup> *Idem*, p. 73.

<sup>451</sup> *Idem*, p. 75.

do próprio ser humano e de seu corpo»<sup>452</sup>. A explicação correta que relaciona a violação das regras constitutivas com o *doping* assenta não na violação do esporte, mas sim da violação de uma regra *convencional*, definida individualmente por cada esporte em questão. Em razão deste caráter privatístico da lista de proibição de substâncias e métodos, Greco advoga que o Estado não possui legitimidade para decidir sobre as regras do jogo.

Seria ocioso demonstrar, todo o valor que envolve o desporto e as suas implicações de sentido e suas funções na sociedade. No entanto, não se pode fugir daquilo que realmente o *doping* trata. O *doping* é diametralmente oposto aos valores imanentes do desporto e, mais restritivamente em seu âmbito jurídico-criminal, nomeadamente à ética desportiva. Resgatando os valores das regras para o desporto nos gregos em que as regras eram igualmente sagradas, assim como o juramento dos competidores<sup>453</sup>. «O desporto sempre se recusou a aceitar que o jogo era uma competição entre desiguais. Afirmou sempre o contrário: que seria um espaço de confronto e de avaliação de desempenhos corporais, onde a suposta igualdade de oportunidades permitiria que os melhores vencessem»<sup>454</sup>. Voltando a afirmação de Leal Amado, só «a regra permite a medição de forças»<sup>455</sup>. Portanto, a dopagem confunde-se com o sacrossanto do desporto, confunde-se com a sua própria finalidade: a concessão de igualdade de oportunidades(v.g.) para que aquele – melhor – apresente o seu desempenho superior, superando aos outros e alcançando a vitória. O alvo do atleta, é a *vitória*. O caminho é o *esforço*. A chance de realizar e alcançar a sua glória é a *competição*. Qualquer destes elementos se viciados, importam na redução da verdade e conseqüentemente o espírito desportivo. Portanto, o desporto jamais irá admitir uma “revogação” da dopagem. O desporto é um jogo. Um jogo limpo! Em sede pragmática, é ainda mais incerto afirmar que as proibições que recaem sobre a dopagem (condutas, substâncias e métodos) podem ser manejados pelos atletas e por qualquer esporte a partir de uma ideia de discricionariedade. É sabido que todas as Federações Desportivas Internacionais<sup>456</sup> e todos os Comitês Olímpicos nacionais<sup>457</sup> sujeitam-se às normas estabelecidas pela Carta Olímpica e pelo Código Mundial Antidopagem. Desta forma, não há independência de qualquer país ou desporto em escolher se quer ou não aderir a proibição da dopagem. Como já visto *supra* a Agência Mundial Antidoping possui exatamente esta função harmonizadora e agregadora de competências mundial para o planejamento, execução e fiscalização do programa mundial antidopagem. A única exceção – conhecida – ao Movimento Olímpico, conseqüentemente também do programa mundial antidopagem são os desportos profissionais americanos

---

<sup>452</sup> *Idem*, p. 75-76

<sup>453</sup> SILVA. Os jogos olímpicos na Grécia antiga. Um certame de ideal e de glória *in*: OLIVEIRA (Coord.). *O Espírito Olímpico no novo milénio*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 2000, p. 62.

<sup>454</sup> CONSTATINO. (Re) Pensar o desporto *in*: MESTRE *et. all.* *O desporto para além do óbvio*, Lisboa, Instituto do Desporto de Portugal, 2003, p. 57.

<sup>455</sup> LEAL AMADO. *Vinculação versus Liberdade: O processo de Constituição e Extinção da relação Laboral do Praticante Desportivo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 20.

<sup>456</sup> Art. 25 da Carta Olímpica.

<sup>457</sup> Art. 27 da Carta Olímpica.

(NBA, NFL, NHL, MLB), mesmo assim todos possuem regras proibitivas de substâncias ou métodos proibidos. Além do mais, é desconhecido o “poder” de decisão dos atletas sobre as regras antidopagem. É conhecido que os atletas serão convidados para apresentar sugestões durante o processo de modificação do CMA<sup>458</sup>, mas as deliberações devem ser aprovadas pela maioria de dois terços do *Foundation Board* da AMA<sup>459</sup>.

O segundo argumento de Greco contrário ao *doping* como violação de uma regra constitutiva liga-se à rejeição das relações entre a essência do corpo e o *doping*. Greco nega estas relações, ou ao menos nega que a essência do corpo esteja encravado no próprio conceito de desporto. Com efeito, pode-se acolher a formulação de Gadamer que «põe a tónica na des-subjectivação individual do desporto, face à subjectivação pelo próprio desporto. Com o conseqüente “primado do jogo sobre a consciência do jogador”. O desporto ganha assim uma realidade própria, e um sentido autónomo, independente da consciência dos sujeitos individuais que nele intervêm. Em síntese, “o jogo torna-se dono dos jogadores”»<sup>460</sup>. Significa dizer que o corpo ou os próprios atletas têm que se submeter às anteriores e autónomas regras do jogo. Desta forma, o sistema individual cede passagem para a preservação da autonomia sistêmica “coletiva” do desporto. Existe uma necessária relação entre o uso do corpo e os elementos intrínsecos do desporto. O desporto se converte numa forma de «contra-sociedade» que «o coloca em contra-ciclo com a marcha do processo civilizacional e do progresso tecnológico é a sua conatural vinculação ao corpo, às emoções que o corpo desperta, ao símbolos de que é portador e aos sentidos que produz. Na sua expressão mais simples, “o desporto é uma acção social experimentada através do corpo (*Körperlich erlebtes*) e com significado simbólico”. Na formulação convergente de LUHMANN, o desporto “legitima o comportamento para o próprio corpo através do sentido do mesmo corpo, não isento, é certo de ascese mas no fundo valendo como antítese da ascese, isto é, não negativa, mas positivamente. E fá-lo sem dependência de domínios de sentido (*Sinndomänen*) de qualquer outra providência”»<sup>461</sup>.

Ficam, portanto, assinaladas as estreitas relações entre o corpo, o desporto e o *doping*, sendo todos três integrantes da essência do desporto de antes e de hoje, porventura, de sempre! São elementos indissociáveis entre si. Com isto, resta a dizer que a infração *antidoping* é uma infração à regra do desporto. O desporto com regras é apenas

---

<sup>458</sup> Art. 23.6.1 do CMA.

<sup>459</sup> Art. 23.6.3 do CMA. O *Foundation Board* da AMA é possui por 38 integrantes, igualmente divididos entre representantes indicados pelos governos mundiais e por representantes do Movimento Olímpico. Dentre os representantes do Movimento Olímpico, está a comissão de atletas do COI, a qual é representada no *Foundation Board* por quatro membros. Significa que não são os atletas que podem decidir quanto ao que é proibido e permitido em termos de dopagem. Quanto a, suposta, ameaça que poderia rondar uma eventual revogação das regras de proibição do *doping* e assim acabar com a vantagem desleal da qual fala Greco, pode-se adiantar que no dia 15/11/2013 foi aprovado no 4º Congresso mundial *antidoping* o novo Código Mundial Antidopagem, que entrará em vigor a partir de 1º de janeiro 2015, apresentando medidas mais rigorosas àqueles flagrados numa violação das regras *antidoping*.

<sup>460</sup> COSTA ANDRADE. As lesões (e a morte) no desporto *in*: COSTA ANDRADE *et. all. Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 689.

<sup>461</sup> *Idem*, p. 693.

aquele em que há competição, logo o *doping* só é proibido naquele específico âmbito de realização das competições profissionalmente organizadas. Há de se fazer, neste momento, a separação das águas. Esta separação traz consigo implicações pragmáticas nos planos dogmáticos, político-criminais e normativo. O que se quer deixar claro é o seguinte. O desporto em si, possui o seu valor intrinsecamente atribuído, o qual é irradiado em todas os cidadãos, sejam espectadores, dirigentes médicos, treinadores, atletas profissionais ou de recreação. Por outro lado encontra-se a ética desportiva. Esta é já um *princípio* pertencente ao subsistema autônomo do desporto, mas diferente deste em seu conteúdo nuclear, privilegiadamente em seu âmbito subjetivo. É o que depreende-se da própria leitura da LBAFD ao delimitar a aplicação da ética não para o desporto, nem para a atividade física, mas sim no âmbito da atividade desportiva. Esta última, pertencente às práticas realizadas especificamente no âmbito do desporto de alto rendimento, profissional. Todas as vezes que a LBAFD se refere às práticas desportivas o faz em atenção ao profissionalismo, quando assim não se refere (em apenas duas ocasiões) expressamente delimita o outro âmbito de aplicação subjetiva<sup>462</sup>.

A relação entre a ética e o desporto afigura-se, atualmente, invertida. Antes poderia dizer-se que o desporto – como atividade física voltada para o aperfeiçoamento da saúde, da promoção do bem-estar e do desenvolvimento do ser humano para a guerra – precedia a importância da ética desportiva – restrita apenas àqueles atletas do Olimpo. No entanto, devido ao movimento globalizado que imprimiu um *boom* de divulgação do desporto profissional, atraindo os olhares das nações, da *funcionalidade-político-ideológica*, influenciando milhares de jovens, crianças e praticantes de atividade física recreacional, agora todos submetem-se à imagem, às regras, aos domínios da atividade desportiva de alto rendimento e profissional. Diga-se que os valores se inverteram. Já não é mais o desporto que através de seus valores atrai a participação das pessoas. Agora é o brilho da competição organizada e profissionalizada que as atrai. Daí a máxima importância de através do estabelecimento da repressão da dopagem, garantir reações contrafáticas que protejam os valores desportivos e, por último, defender o próprio desporto. É, pois, a ética o atual paradigma de todo o subsistema autônomo do desporto.

Portanto, faz-se necessário estabelecer o conteúdo material do bem jurídico ética desportiva. Segundo a definição de bem jurídico delineada por Figueiredo Dias<sup>463</sup>, é possível subsumir a ética desportiva como *unidade funcional de aspecto axiológico em que se procura exprimir o interesse da pessoa e da comunidade na manutenção de um estado reconhecido socialmente como valioso*. O estado que merece ser mantido, justamente por ser socialmente e valioso no âmbito do bem jurídico ética desportiva não pode ser singularizado, pelo contrário é particularmente composto de diversos outros valores. É na

---

<sup>462</sup> Nomeadamente os arts. 23, n.º. 4 e 28, n.º. 2. Por exclusão, o âmbito aqui se refere, respectivamente, aos âmbitos não profissionais e escolares.

<sup>463</sup> FIGUEIREDO DIAS. Direito penal e estado-de-direito material: sobre o método, a construção e o sentido da doutrina geral do crime in: Revista de Direito Penal, 31, 1982, p. 44; *Idem*. *DP I*, p. 114.

ética desportiva que como fórmula concentrada se refletem os valores do *espírito desportivo*: *fair play*, verdade, integridade física, educação, caráter, trabalho em equipe, dedicação, compromisso, respeito às normas, respeito próprio e aos demais participantes, superação, solidariedade. Ou numa fórmula mais reduzida *par conditio* que significa que o *doping* atenta contra a igualdade de oportunidades própria da competição desportiva. Por isso, o *doping* é contrário a essência do espírito desportivo! O espírito desportivo é a celebração do corpo e da mente, finalmente, é a essência do Olimpismo. Este radical qualificado chamado de ética desportiva carrega consigo um visível halo de proteção expressado pelos seguintes bens jurídicos penais: a vida, a integridade física, a saúde pública e o patrimônio. Com Leal Amado pode-se dizer que o *doping* «faz mal aos desportistas (o que já de si é grave) e ao próprio desporto (o que é gravíssimo)»<sup>464</sup>. O *doping* é um «comportamento desleal, através do qual se altera artificialmente o rendimento desportivo do praticante, desvirtuando e desacreditando a própria competição»<sup>465</sup>. Segundo Meirim, a consagração legislativa do princípio da ética desportiva «enobrece o quadro normativo do sistema desportivo»<sup>466</sup>. É ainda um caráter que vincula todo o sistema<sup>467</sup>. Com Costa Andrade pode-se afirmar que «Sistematicamente proibido e punido no contexto do desporto como ilícito disciplinar, não está excluída a possibilidade do sancionamento criminal do doping, em nome da protecção de específicos valores ou bens jurídicos imanentes ao desporto»<sup>468</sup>. Em suma, o *doping* se revela contrário a toda e qualquer desvantagem artificial corporal ou ainda à manifestações corpóreas contrárias a pureza do corpo<sup>469</sup>.

A aceitação da ética possui claros efeitos pragmáticos e desmistificadores. Neste sentido, só a ética desportiva como bem jurídico tutelado nos ilícitos de *doping* pode reunir com segurança e sem se valer de critérios esdrúxulos ou de tentativas de redução demasiada do âmbito de proibição das substâncias e dos métodos interditos. Somente a ética desportiva reúne os três critérios estabelecidos pela AMA como delimitadores materiais da interdição de substâncias e métodos. Como visto *supra* os critérios são: *potencial ou real aumento da performance desportiva*; *atual ou potencial risco de lesão à saúde do atleta* e, *violação do espírito desportivo*. A substância ou o método poderá ainda ser considerado proibido se possuir efeito mascarante de alguma outra substância ou método proibido. Não é difícil enquadrar a ética desportiva como *ratio* de proibição por detrás destes critérios. O *potencial ou real aumento da performance desportiva*, viola a

---

<sup>464</sup> LEAL AMADO. *Vinculação versus Liberdade: O processo de Constituição e Extinção da relação Laboral do Praticante Desportivo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 74.

<sup>465</sup> *Ibidem*.

<sup>466</sup> MEIRIM. *A Lei de Bases da Actividade Física e do Desporto: Estudos, Notas e Comentários*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 130.

<sup>467</sup> MEIRIM. *A Federação Desportiva como Sujeito Público do Sistema Desportivo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 467.

<sup>468</sup> COSTA ANDRADE. As lesões (e a morte) no desporto *in*: COSTA ANDRADE *et. all. Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 719.

<sup>469</sup> Esta referência se faz para garantir resposta àqueles que questionam a inclusão das chamadas drogas sociais na lista de substâncias e métodos proibidos.

igualdade de oportunidades como elemento integrante do conteúdo material do bem jurídico ética desportiva. No mesmo sentido deve ser o enquadramento do critério *atual ou potencial risco de lesão à saúde do atleta*, pois como sabido a integridade física do atleta é um dos elementos do conteúdo da ética desportiva, estando aquela englobada no halo de proteção da ética desportiva. Em seguida, falar em *violação do espírito desportivo* como critério de proibição é sinónimo de violação da ética desportiva, pois ambas estão numa relação de mútua identidade. Semelhantemente, somente uma ofensa à ética desportiva poderá justificar a inclusão de substâncias ou métodos mascarantes ou aparentados na lista de proibição, pois contende com os valores agregados inseridos no conteúdo do bem jurídico ética desportiva. Em suma, esta solução não apresenta os problemas, evidentes, que a qualificação da vida, da integridade física, da saúde pública e do património enfrentariam caso fossem o bem jurídico típico dos ilícitos de dopagem. Na formulação de Costa Andrade. «A punição a título de ofensa corporais representaria uma apócrifa integração na área de tutela da incriminação de interesses – nomeadamente de interesses ou valores pertinentes à ética e à *fairness* desportiva – que nada têm a ver com a integridade física. Representaria, noutros termos, uma “*permuta do bem jurídico (Rechtsgutsvertauschung)*” (STERNBERG-LIEBEN), para o qual o intérprete e aplicador da lei não estão legitimados»<sup>470</sup>. A tipificação da ética desportiva como bem jurídico tutelado nos crimes de *doping*, desmitifica a incerteza do âmbito de subjetivação do crime<sup>471</sup>. Pois, atende-se à razão de que o âmbito de tutela do bem jurídico realiza os seus efeitos apenas onde se verifica a expressão dos seus sentidos. Isto é, no âmbito da competição desportiva organizada. Como é de se prever, a própria lei não delimita a aplicação apenas àqueles que estão devidamente federados, antes aplica-se a todos aqueles que participam de alguma competição desportiva organizada. Ou seja, o registro na federação desportiva nacional portuguesa é mera formalidade. O que importa mesmo é a possibilidade de chegar ao pódio, é a possibilidade de ganhar de outrem. Isto sim é tutelado. Como é sabido, só quem pode ganhar é aquele que está participando, para este incorrerão as normas e as sanções que protegem a dignidade da competição. Normas que protegem a ética desportiva<sup>472</sup>.

Em atenção ao exposto, pode-se auferir que o desporto, suas regras e suas implicações, principalmente a partir da década de sessenta do século passado, não estão mais alheias ao ordenamento jurídico estadual. O desporto possui dignidade constitucional, o Estado é incumbido de incentivar, promover e difundir a cultura física e o desporto. O profissionalismo é mais do que tolerado, é incentivado<sup>473</sup>. «O Estado passa a valorar o

---

<sup>470</sup> COSTA ANDRADE. As lesões (e a morte) no desporto *in*: COSTA ANDRADE *et. all. Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 719-720.

<sup>471</sup> Bastante discutida na Espanha. Por todos, QUERALT JIMENEZ. *Derecho penal español: parte especial*, 6ª ed., Barcelona, atelier, 2011, p. 1030-1033.

<sup>472</sup> Cf. Art. 2, *ii*) da Lei nº. 38/2012. No mesmo sentido, MACHADO/ LEMOS. Lei nº. 27/2009, de 19 de Junho, que estabelece o regime jurídico da luta contra a dopagem no desporto *in*: AA.VV. – PLMJ. *A nova legislação do desporto comentada*, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal - Coimbra Editora, 2010, p. 192.

<sup>473</sup> LEAL AMADO. *Vinculação versus Liberdade: O processo de Constituição e Extinção da relação Laboral do Praticante Desportivo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 73.

desporto, não como algo de instrumental, isto é, não apenas pelos seus efeitos salutíferos, mas como um fenómeno relevante em si mesmo, com a sua axiologia própria (competição fair play, melhoria contínua dos resultados). Os fins do ordenamento desportivo deixaram de ser algo de relativamente indiferente para o legislador; agora eles são também fins públicos, isto é, o Estado assume a atividade desportiva, toma-a a sério, preocupa-se com a tutela da competição, procura preservar a sua autenticidade, afirma e faz seu o valor da «verdade desportiva»<sup>474</sup>. A dopagem se insere numa posição de máxima atenção pública pelo legislador. A LBAFD deixa estabelecido no artigo 18, n.º 4 que em relação aos efeitos da justiça desportiva «*as decisões e deliberações disciplinares relativas a infracções à ética desportiva, no âmbito da violência, da dopagem, da corrupção, do racismo e da xenofobia não são matérias estritamente desportivas*». Portanto, todo o ordenamento jurídico português apresenta sem deixar dúvidas que a problemática da dopagem é um assunto do Estado, deve por ele ser regulado e também por ele protegido.

Reconhece-se que existe uma gabaritada corrente de autores que negam a possibilidade da ética desportiva se tornar um bem jurídico penal<sup>475</sup>. Ocorre que eles não buscam fundamentar aprofundadamente as suas posições. Alegam tão somente que o direito penal não pode tutelar a ética por ser igual a tutelar a moral, os valores ou os sentimentos<sup>476</sup>. Antecipando desde já a conclusão das seguintes considerações, pode-se afirmar que a ética desportiva não é a mesma coisa do que a tutela de meros valores morais, ideológicos ou sentimentais! Estes últimos possuem a característica de em razão de um determinada vontade, muitas vezes específicas e uma só parte da comunidade, embasados em ideologias absolutistas, desejam propagar ou fazer inserir nos demais ambientes sociais as suas específicas vontades. Estas morais, sentimentos, ideologias ou valores não recebem o aplauso de toda a teia social, são formados por meras idiosincrasias e procuram introduzir no pensamento comum os seus mesmos interesses. V.g. a pureza da raça, a apologia a uma certa religião ou outra qualquer doutrina política, econômica, social ou cultural<sup>477</sup>. A ética desportiva também não contende com aquelas ideias expostas por Roxin como exigências para uma concreta delimitação liberal e crítica do conceito de bem jurídico<sup>478</sup>. A ética desportiva não é uma mera ideologia, não é uma mera ilicitude moral, não é um sentimento, não é um tabu, não é formada por um conteúdo abstrato indescritível, nem sequer se relaciona com nenhum destes obstáculos exigidos como critérios de delimitação do conceito de bem jurídico penal. Ocorre que o desporto, mais especificamente a ética desportiva não procurou o Estado, a fim de exigir o seu reconhecimento, o caminho é justamente o contrário, foi o Estado que reconheceu e valorou a ética desportiva. Elevando-a, desde a LBSD em 1990, a dignidade de princípio fundamental do sistema

---

<sup>474</sup> *Ibidem*.

<sup>475</sup> Por todos, ROXIN. *Doping e Direito Penal, ob. cit.*, p. 39.

<sup>476</sup> Cf. GRECO. *Sobre a legitimidade de punição do autodoping nos esportes profissionais, ob. cit.*, p. 72.

<sup>477</sup> Cf. FIGUEIREDO DIAS. *DP I*, p. 125.

<sup>478</sup> ROXIN. *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?, ob. cit.*, p. 449 ss.

desportivo, inserida no quadro dos princípios constitucionais<sup>479</sup>, mantendo-se presente até hoje nas legislações jurídico-desportivas do ordenamento português.

Por fim, cabe ressaltar que se se fosse pensar o conceito do bem jurídico da ética desportiva à luz da concepção de Jakobs, seria ainda mais fácil de se contemplar a proibição jurídico-criminal do *doping*. Pois, é inegável que já existe uma sistemática proibição da dopagem no ordenamento jurídico-desportivo e no ordenamento jurídico-estadual. Assim, as violações das regras *antidoping* deveriam ser contrafaticamente reacionadas pela imposição de uma pena criminal. Ainda sob o olhar de uma concepção sistêmica, a posição de Amelung também não deveria encontrar maiores dificuldades em sancionar o *doping* pela via do direito criminal. Pois, como já demonstrado, hoje vivemos no “planeta desporto” e as suas implicações sociais são mais que explícitas mesmo perante os olhos do menos atencioso cidadão. A todo o tempo estão a decorrer competições desportivas, a todo o tempo se fala em desporto. Ou como fala Umberto Eco, existem três instâncias do desporto: «o *desporto na primeira pessoa*, praticado pelo desportista, o *desporto ao quadrado*, enquanto espectáculo observado pelo público «voyeurista», e o *desporto ao cubo*, enquanto discurso sobre o espectáculo desportivo (discurso da imprensa desportiva, o qual, por sua vez, engendra um discurso sobre a imprensa desportiva, elevando o desporto à potência *n*)»<sup>480</sup>. «Trata-se mesmo, em certo sentido, de uma nova forma de religião (a religião dos nossos tempos, supostamente secularizados) e, independentemente dos juízos de valor que se formulem – do «desporto-escola de virtudes» ao «desporto-ópio do povo», do «desporto-é-cultura» ao «desporto-é-guerra», do «desporto-educação» ao «desporto-alienação», do «desporto-patriotismo» ao «desporto-chauvinismo» – , o certo é que na actual civilização do espectáculo, da informação e dos lazeres, a sua importância não tem paralelo»<sup>481</sup>.

### 3. Princípio da dignidade penal. A ética desportiva é um autêntico bem jurídico penal?

Refletindo sobre a lição da criminologia de que o legislador penal deve estar atento ao movimento de neocriminalização de comportamentos danosos ao sistema social<sup>482</sup>, deve, sem dúvida, a ciência do direito penal atentar para as constelações de condutas ocorridas no subsistema autônomo do desporto em sede de dopagem. A fim de responder aos reclames das neocriminalizações a ciência conjunta do direito penal deve proceder a exigentes critérios de legitimação, sem os quais não será possível se falar de um bem jurídico penal necessitado de pena. Neste sentido, impõe-se, neste momento, a necessidade de aferição da legitimação negativa operada pelo princípio da dignidade penal.

---

<sup>479</sup> Art. 2, nº. 2, a) da LBSD.

<sup>480</sup> ECO *apud* LEAL AMADO. *Vinculação versus Liberdade: O processo de Constituição e Extinção da relação Laboral do Praticante Desportivo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 28.

<sup>481</sup> LEAL AMADO. *Vinculação versus Liberdade: O processo de Constituição e Extinção da relação Laboral do Praticante Desportivo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 28.

<sup>482</sup> FIGUEIREIDO DIAS/ COSTA ANDRADE. *Criminologia, ob. cit.*, p. 434 ss.

Analisar-se-á a ética desportiva sob o prisma dos planos *transistemático*, *axiológico-teleológico* e *jurídico-sistemático* da dignidade penal.

A verificação de satisfação do plano transistemático é realizado através de duas referências. A primeira é a ordem constitucional. Aquela verificação de «analogia material» da qual fala Figueiredo Dias<sup>483</sup>. Como já, porventura, demonstrado, a ética desportiva encontra expressão direta no artigo 79 da Constituição da República Portuguesa. Neste dispositivo constitucional, o número dois estabelece as imposições dirigidas ao Estado em matéria de cultura física e desporto. Nomeadamente a tarefa pública de adotar as medidas necessárias, apropriadas e proporcionais à prevenção e punição das manifestações antidesportivas como a dopagem<sup>484</sup>. Importa ainda ressaltar que o direito a cultura física e ao desporto é um direito fundamental<sup>485</sup>. Em relação a segunda referência que presta continência ao plano transistemático, a proporcionalidade em sentido estrito, urge demonstrar a relação entre a pena criminal e a conduta. Significa que, faz-se imperioso aferir se a conduta proibida possui dignidade para lesionar ou pôr em perigo o bem jurídico, a fim de ser merecedora de uma pena criminal. Neste sentido, qualquer conduta que de forma precisa (*v.g. autodoping, heterodoping* ou tráfico) oferecer uma agressão a um bem jurídico de valor fundamental e estatuto de direito fundamental como o é a ética desportiva, pode ser sim passivo de uma sanção penal.

No plano axiológico-teleológico é preciso realizar mais dois juízos. O da dignidade de tutela do bem jurídico e a potencialidade de ofensa a danosidade social. É verdade que é possível duvidar da materialização deste plano em sede de verificação de dignidade penal do bem jurídico ética desportiva. Mas, ainda que se atenta ao caráter fragmentário do direito penal, ainda que se duvide se a ética corresponde àquela dimensão e liberdade fundamental da pessoa<sup>486</sup>. É inegável que o um bem situado na parte I da CRP, referente aos direitos fundamentais, concretizado como um bem jurídico reunificador de outros bens jurídicos inseridos em seu halo de proteção, tais como a vida, a integridade física, a saúde pública e o patrimônio não pode deixar de ser, ainda que abstratamente, valorado positivamente. Neste sentido, há de se afirmar que a ética desportiva possui sim dignidade de tutela.

Por outro lado, é preciso realizar o juízo empírico-criminológico (Sporleder de Souza) típico da danosidade social. Têm-se que saber se a ofensa à ética desportiva é capaz de ser considerada como uma conduta de elevada «intolerabilidade social»<sup>487</sup> ou recair sob uma generalizada «desaprovação ético-social»<sup>488</sup>. Em boa parte já foi dito que sim. A ética desportiva faz mover as placas das bases sociais. Basta ver a plethora de reações sobre os

---

<sup>483</sup> FIGUEIREIDO DIAS. *DP I*, p. 120.

<sup>484</sup> CF. CANOTILHO/ MOREIRA, Constituição da República Portuguesa: anotada, Vol. 1, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 934.

<sup>485</sup> MEIRIM. O desporto no *fundamental*: um valor lusófono, *Separata de Povos e Culturas*, n. 9, 2004, p. 259.

<sup>486</sup> COSTA ANDRADE. *RPCC*, 1992, p. 197.

<sup>487</sup> COSTA ANDRADE. *RPCC*, 1992, p. 184.

<sup>488</sup> OTTO *apud* COSTA ANDRADE. *RPCC*, 1992, p. 185.

famosos casos de *doping*, nomeadamente os casos dos atletas de corrida Ben Johnson, Carl Lewis, Katerina Thanou, Konstantinos Kenteris, Marion Jones, Veronica Campbell-Brown, Sherone Simpson, Nesta Carter e Asafa Powell; do jogador de futebol Maradona; dos ciclistas Marco Pantani, Alberto Contador, Roberto Heras, Jan Ullrich e Lance Armstrong; do saltador Javier Sotomayor; dos nadadores Rebeca Gumão e César Cielo; do atleta mais bem pago do Baseball de todos os tempos Alex Rodriguez; da inteira cúpula política da extinta DDR; do escândalo médico da operação Puerto; do escândalo do laboratório Bay Area Laboratory Co-operative (BALCO); do escândalo da clínica Biogenesis. Estes são alguns dos exemplos que figuram na lista das práticas desleais de *doping* no desporto. Como visto na parte final, o *doping* possui em si um potencial de danosidade social global. As bases do próprio sistema de saúde pública pode ser frontalmente afetado em casos como os laboratórios e as clínicas participam de organizações que promovem o *doping*. Quiçá não seja ainda pior o envolvimento de uma determinada filosofia política que venha a assumir o poder e transformar o desporto numa forma de dominação através da diminuição do valor do corpo e da dignidade da pessoa humana, tal como ocorreu no caso da extinta DDR. Ainda é possível ver o potencial de risco da danosidade social nas práticas de *doping* que geram reflexos sobre a infância e a juventude.

Por último, ao submeter a ética desportiva ao plano jurídico-sistemático da dignidade penal, pergunta-se se este bem encontra ou tem encontrado um valor digno de observância e tutela pelo Estado, mais precisamente de tutela penal estatal. Neste seguimento, verifica-se que o legislador português tem sido prolixo ao criminalizar condutas contrárias à ética desportiva. O título e o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 390/91, de 10 de Outubro que criminalizava o *heterodoping*, tinha como *interesse fundamental a proteção da lealdade, da correção da competição e do seu resultado e o respeito pela ética na atividade desportiva*. Esta lei foi sucedida pela Lei n.º 50/2007, de 31 de Agosto. O título da própria lei já é emblemático<sup>489</sup> e condiciona o bem jurídico protegido penalmente pelas condutas lá descritas, nomeadamente a corrupção ativa e passiva, o tráfico de influência e a associação criminosa. Também é de se sublinhar que todo o quadro evolutivo das leis *antidoping* em Portugal obedecem ao bem jurídico da ética desportiva. Foi assim com o Decreto-Lei n.º 374/79 de 8 de Setembro, em seguida com o Decreto-Lei n.º 105/90 de 23 de Março, também com o Decreto-Lei n.º 183/97, de 26 de Julho, com a Lei n.º 27/2009, de 19 de Junho. Por último, o atual regime estabelecido pela Lei n.º 38/2012, de 28 de agosto<sup>490</sup>.

---

<sup>489</sup> V., a anotação realizado por FARIA/ ALVES. Lei n.º 50/2007, de 31 de Agosto, que estabelece um novo regime de responsabilidade penal por comportamentos susceptíveis de afectar a verdade, a lealdade e a correção da competição e do seu resultado na actividade desportiva in: AA.VV. – PLMJ. *A nova legislação do desporto comentada*, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal - Coimbra Editora, 2010, p. 9 ss.

<sup>490</sup> Para uma visão da evolução histórica do controle antidopagem em Portugal. CASTANHEIRA. *O fenómeno do doping no desporto*, ob. cit., p. 109 ss.

Com Castanheira pode-se afirmar, seguramente, que a lei *antidoping* em Portugal sanciona as condutas criminosas com fundamento na ética desportiva<sup>491</sup>.

Este quadro é, sem dúvida, um tratamento singular apresentado pelo legislador português em face aos outros ordenamentos do direito comparado<sup>492</sup>. Importa, ainda desvelar que o legislador embora tenha reconhecido e amparado a luta contra a dopagem no bem jurídico ética desportiva. Optou por valorar diferentemente as condutas associadas ao *heterodoping* das condutas associadas ao *autodoping*. Sancionando com pena criminal as primeiras e com pena de coima as segundas. Isto é, enquanto as condutas de associadas ao *heterodoping* foram valoradas como crimes, as condutas associadas ao *heterodoping* das condutas associadas ao *autodoping* foram valoradas como ilícito de mera ordenação social. A explicação, talvez, se encontre no fato de reconhecer à autonomia individual imbricada com o *autodoping* um menor desvalor da ação. Entende-se, perfeitamente, que a ética é um bem jurídico supraindividual. Entende-se, também, que o legislador pretendeu afastar o selo do crime sobre o atleta. Por isso, sujeitou-o apenas a responsabilidade contraordenacional (para além da responsabilidade civil e disciplinar). Entretanto, não se entende, nem crê-se justificado a diferenciação entre o regime dos crimes e das contraordenações na lei *antidoping*. Entendido que o bem jurídico é o mesmo, entendido que tanto as condutas tipificadas pelos crimes de tráfico e de administração de substâncias e métodos proibidos possuem potencial risco de agressão ao bem jurídico típico da ética desportiva, quanto as condutas tipificadas como *autodoping*, não se vê justificativa para a distinção entre os regimes. Operou o legislador uma desproporcional medição da dignidade penal. Precisamente entre as condutas proibidas, o bem jurídico tutelado e a modalidade de sanção imposta. As condutas de *autodoping* podem lesar a competição da mesma forma que as demais condutas tipificadas pela lei como crime. A bem da verdade, mesmo que se entenda plenamente proporcional e ajustada a tipificação do crime de tráfico de substâncias e métodos proibidos, enquanto no crime de tráfico de substâncias e métodos proibidos se opera uma antecipação da tutela penal em relação à proteção do bem jurídico, no caso do *autodoping* já se afigura possível uma agressão diretamente relacionada com uma competição em concreto. Não há uma antecipação da tutela penal, o que há é a própria violação do bem jurídico. Pior ainda, como explicar que um atleta que adultera um procedimento de controle antidopagem responde por contraordenação, enquanto aquele que participa nesta autocolocação em perigo é sancionado com um crime? Tudo bem, entender-se que a autocolocação em perigo não exclui o crime pelo fato do bem jurídico não estar ao dispor do atleta, mas sancionar uma participação em contraordenação consentida na figura de um crime é manifestamente desproporcional. Portanto, sem pretender invocar a maior e melhor das razões, propõe-se ao legislador que equipare os regimes sancionatórios do *heterodoping* e do tráfico de substâncias e métodos proibidos

---

<sup>491</sup> Em que pese a sua afirmação ter sido na vigência da lei anterior, a qual já possuía o mesmo regime jurídico-criminal da atual. CASTANHEIRA. *O fenómeno do doping no desporto, ob. cit.*, p. 63.

<sup>492</sup> Na expressão de Meirim, «sem paralelo em termos de direito comparado». Cf. MEIRIM. *A Federação Desportiva como Sujeito Público do Sistema Desportivo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 467.

com o do *autodoping*. Neste sentido, ou todos os comportamentos transformam-se em contraordenação ou todos os comportamentos transformam-se em crime ou, por fim, quiçá na mais acertada das soluções deixe-se a repressão da dopagem apenas no âmbito do sistema jurídico-desportivo. Numa última linha, em jeito de síntese, sublinhe-se que a ética desportiva, vistos os planos de superação à decantação do bem jurídico, agora pode-se afirmar que a ética desportiva é considerada como um bem jurídico digno de tutela penal, ou seja, com dignidade jurídico-penal, numa só expressão: *a ética desportiva é um bem jurídico penal*<sup>493</sup>.

### *3. Princípio da necessidade de pena. A ética desportiva deve ser sancionada através de uma intervenção jurídico-criminal?*

Em vias de enfrentamento das mais acertadas soluções para os conhecidos males provenientes da dopagem, já passado em revista o juízo de legitimação negativo da dignidade penal. É hora de realizar o juízo de legitimação positiva, representado pelo princípio da necessidade de pena. Nesta sede, privilegiar-se-á dois dos subprincípios do princípio da proporcionalidade em sentido amplo. A idoneidade e a necessidade de pena. A começar pela adequação ou idoneidade da ética desportiva como fundamento da ilicitude material dos crimes (e da contraordenação) de *doping*. Em primeiro lugar, é de se reafirmar brevemente que apenas a ética desportiva é capaz de solucionar todas as manifestações repressivas que advém das violações das regras antidopagem. Em segundo lugar e, mais precisamente no âmbito empírico de avaliação da adequação das penas criminais para reprimir aquelas condutas consideradas socialmente relevantes e dignas de agressão ao bem jurídico penal ética desportiva, é nosso entendimento que a pena criminal não parece ser a melhor resposta estatal para as violações de dopagem. Em primeiro lugar porque as penas previstas pelo CMA são adequadas para imprimir uma finalidade de prevenção geral e de prevenção especial. Além do mais, as penas previstas pelo ordenamento jurídico-desportivo parecem apresentar uma melhor adequação àquilo que é pedido como repressão de uma conduta dopante. É mais importante para um atleta – que passou a vida inteira em busca de subir ao pódio, cantar o hino do seu país, receber a premiação financeira, receber os aplausos e os louvores da vitória, o reconhecimento nas ruas, o orgulho da medalha ao peito, o reconhecimento pela superação e esforço – as conquistas no campo desportivo do que a própria liberdade. Neste sentido, as penas desportivas são mesmo mais rigorosas. Atingem ao âmago de toda a ação delituosa. Conseguem imprimir uma função preventiva especial muito mais socializadora do que a pena criminal. Não que as cadeias não tenham sido feitas para os atletas (pois as cadeias são feitas para qualquer um que infringir as leis penais), mas parece que existe uma dissonância da repressão realizada pela lei penal sobre o atleta, não pelo estigma do crime (criminalização secundária), mas sim porque é no campo

---

<sup>493</sup> Parafrazeando Figueiredo Dias. Cf. FIGUEIREDO DIAS. *DP I*, p. 120.

de jogo que o atleta se realiza, é lá que a pena de invalidação<sup>494</sup>, suspensão<sup>495</sup> ou até de banimento<sup>496</sup> penetrará tão profundamente que faz qualquer atleta receber a influência dissuasora da finalidade preventiva geral. É pelo desporto que o atleta luta. É lá que o atleta desleal deve ser repreendido. Além do mais, quiçá possa-se perguntar aos atletas se eles preferiam passar algum tempo preso, três<sup>497</sup> ou cinco anos<sup>498</sup> no máximo ou pagar uma coima por uma infração antidopagem<sup>499</sup>, mas manter os troféus, as medalhas, o nome no rol dos vencedores, os valores recebidos ou perder tudo isso e ficar livre. Livre para não poder sequer voltar ao “trabalho”, visto que agora foi banido para sempre do desporto, banido de praticar qualquer atividade desportiva no âmbito de todo o Movimento Olímpico.

Vistos os enquadramentos no âmbito da idoneidade, passa-se agora para o âmbito da necessidade. Aqui se resume uma boa parte da legitimação jurídico-criminal de uma conduta lesiva ou perigosa a um bem jurídico, é o último e derradeiro estágio para a determinação de uma conduta como criminosa. Também aqui, como no âmbito da idoneidade, não se demonstra suficientemente caracterizada e clarificada a necessidade de uma pena criminal como forma de repressão da luta contra o *doping*. Vale colher a lição de Costa Andrade. «Para além de se desdobrar numa estreitíssima malha de leis e regulamentos, a disciplina do desporto caracteriza-se pela quase-perfeição das suas normas, tendencialmente aplicadas sem cifras negras dignas de registo»<sup>500</sup>. Posto isso, atendendo ao carácter de ultima ratio do direito penal, não se pode concordar com uma expansão da criminalização onde não há, visivelmente, lacunas de punibilidade. O sistema desportivo é tão efetivo, que enquanto muito se vê punições por *doping*, quase que diariamente, pouco ou nada se vê de punições criminais por *doping*. Atente que não são poucos os países que criminalizam estas condutas. Criar (ou manter) uma lei penal para ser fadada a consideração de letra morta, mais que um abuso da pedida efetividade da lei penal, é uma deslegitimação da própria proibição da norma.

---

<sup>494</sup> Art. 10.1. do CMA.

<sup>495</sup> Art. 10.2. do CMA.

<sup>496</sup> Art. 10.7.3. do CMA.

<sup>497</sup> Art. 45 da Lei n.º 38/2012, de 28 de agosto.

<sup>498</sup> Art. 44 da Lei n.º 38/2012, de 28 de agosto.

<sup>499</sup> Art. 50 da Lei n.º 38/2012, de 28 de agosto.

<sup>500</sup> COSTA ANDRADE. As lesões (e a morte) no desporto *in*: COSTA ANDRADE *et. all. Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 691.

## CAPÍTULO V DO CRIME DE *DOPING* TIPIFICADO NA LEI PORTUGUESA

### §16. O REGIME JURÍDICO-CRIMINAL DA LEI N. 38/2012, DE 28 DE AGOSTO

#### 1. *Notas introdutórias*

Ao observar o atual regime da luta antidopagem em Portugal, devem ser alguns pontos. O primeiro, apenas os atletas participantes de uma competição desportiva podem ser sujeitos ao controle antidopagem<sup>501</sup>. Em segundo lugar as violações das regras antidopagem são as mesmas previstas pelo CMA<sup>502</sup>. Em terceiro lugar, a importante temática do *doping* em animais fica esclarecida da seguinte forma: haverá responsabilidade disciplinar pela violação de uma regra *antidoping* com animais<sup>503</sup>. Já mais discutível é a possibilidade de responsabilidade contraordenacional, não em virtude do uso de substância ou método proibido pelo animal, mas sim pelo fato do atleta praticar alguma conduta em sede de controle de dopagem ou de recolha de amostras que acabe por infringir as condutas do artigo 49, nº. 1. Da mesma forma e ainda com a mesma indagação da punibilidade por contraordenação de doping em animais, fica a dúvida quanto à possibilidade de subsunção dos núcleos do tipo do artigo 44 a alguma conduta relacionada a uma violação das regras antidopagem com animais. Aparentemente, embora estranho e sem prejuízo de ulteriores reflexões, é possível o crime por violação das regras de *doping* em animais. A lista de substâncias e métodos proibidos é aprovada por portaria do membro do Governo responsável pela área do desporto e depois divulgada pela ADoP<sup>504</sup>. A autoridade responsável para a instrução e aplicação das sanções disciplinares aos atletas são as federações desportivas por delegação da ADoP<sup>505</sup>. A ação penal será pública em razão da não regulamentação expressa em contrário. Desde 2009 que a lei *antidoping* conta com uma inovação: a inclusão expressa da responsabilidade das pessoas coletivas<sup>506</sup>. Apenas a contraordenação pode ser realizada na forma negligente<sup>507</sup>.

---

<sup>501</sup> Art. 4 c/c 2, ii) da Lei n.º 38/2012, de 28 de agosto.

<sup>502</sup> Art. 3 da Lei n.º 38/2012, de 28 de agosto.

<sup>503</sup> Art. 32, nº. 6 c/c 73, nº. 4 da Lei n.º 38/2012, de 28 de agosto.

<sup>504</sup> Art. 8 da Lei n.º 38/2012, de 28 de agosto.

<sup>505</sup> Art. 59 da Lei n.º 38/2012, de 28 de agosto.

<sup>506</sup> Art. 47 da Lei n.º 38/2012, de 28 de agosto.

<sup>507</sup> Art. 49, nº. 4 da Lei n.º 38/2012, de 28 de agosto.

## 2. O crime de tráfico de substâncias e métodos proibidos

Este tipo legal de crime foi incluído apenas com a Lei n.º 27/2009, de 19 de Junho. O bem jurídico típico é, sem dúvida, a ética desportiva. São dezessete condutas típicas possíveis. Destaca-se a diferença entre a pena deste crime com o crime de *tráfico e outras actividades ilícitas* previsto no Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro. Naquele a pena base é de 6 meses a 5 anos de prisão, enquanto neste a pena base é de 4 a 12 anos de prisão ou segundo o n.º. 2 do artigo 21 a pena será de 5 a 15 anos de prisão. O ponto mais duvidoso aqui é a coincidência entre a conduta prevista no artigo 44 de quem *ilicitamente detiver substâncias e métodos proibidos* e a prevista no artigo 49, n.º. 1, c) de quem tem a *posse em competição, bem como fora de competição de qualquer substâncias e métodos proibidos*<sup>508</sup>. Realmente, não existem sequer indícios deixados pelo legislador de como se aferir esta distinção. Quais critérios utilizar? Pensa-se que o único critério que pode oferecer uma redução das dificuldades normativas advém de uma interpretação teleológica sobre a conduta, aliada a critérios objetivos de quantidade a serem estabelecidos, ao menos pela jurisprudência, enquanto o legislador não resolve as negativas implicações desta igualdade de tratamento por ele próprio. Uma via de resolver estes problemas – no caso das substâncias proibidas serem umas das chamadas drogas sociais – seria se valer de uma interpretação sistemática e utilizar o mesmo critério do consumo de drogas previsto no artigo 2, n.º. 2 da Lei n.º. 30/2000, de 29 de Novembro. Ou seja, o montante não deve exceder a quantidade necessária para o consumo médio individual para um período de 10 dias.

## 3. O crime de administração de substâncias e métodos proibidos

O tipo legal do artigo 44 possui sete verbos nucleares. Este tipo legal de crime, é o que mais se assemelha ao que se chama de Heterodoping. O bem jurídico penal é, sem dúvida, a ética desportiva. Quanto às problemáticas deste crime, encontra-se a desnecessidade da expressão *com ou sem o seu consentimento*. Deve-se entender que o legislador pretendeu deixar fora de dúvida todas as menções a um bem jurídico típico da integridade física neste crime. Mas se o legislador queria indicar qual era o bem jurídico típico que facilitasse o percurso de todos e definisse logo na epígrafe da Secção que os crimes seriam contrários a ética desportiva. Desta forma, dada a reconhecida natureza supraindividual do bem jurídico não seria de forma alguma possível a manifestação válida do consentimento por ausência do pressuposto da livre disponibilidade do bem jurídico. A agravação para o dobro dos limites máximo e mínimo é uma inovação da Lei n.º 27/2009, de 19 de Junho.

---

<sup>508</sup> A mesma observação foi feita por Alar Leite. Cf. LEITE. O doping como suposto problema jurídico-penal: um estudo introdutório, *ob. cit.*, p. 12.

#### 4. O crime de Associação criminosa

Este crime é outra novidade introduzida pela Lei n.º 27/2009, de 19 de Junho. O bem jurídico típico é a ética desportiva, invés da ordem pública do crime do artigo 299 do CP<sup>509</sup>. Assume-se aqui o entendimento de que o bem jurídico protegido deve ser aquele dos crimes efetivamente praticados<sup>510</sup>. No caso da lei em exame. Como todos os crimes tutelam a ética desportiva o bem jurídico típico deve acompanhar os demais ilícitos materiais.

#### 5. A contraordenação de autodoping

As condutas subsumidas no artigo 49 podem ser associadas àquelas condutas chamadas como *autodoping*, embora não se contemplem as mesmas condutas daquelas violações às regras antidopagem previstas no artigo 3, as quais mais facilmente se assumiriam como condutas autodoping. O bem jurídico protegido neste ilícito de mera ordenação social é a ética desportiva. Como já ficou dito acima, o legislador valorou as condutas de *heterodoping* e de *autodoping* diferentemente, o que causa uma incerteza jurídica, nomeadamente quanto ao estatuto daquele que participa na conduta de outrem numa das condutas proibidas pelo artigo 49. Restando desproporcional a medida das penas e o próprio estatuto jurídico pertinentes para uma e para outra conduta.

---

<sup>509</sup> FIGUEIREDO DIAS. *Comentário Conimbricense do Código Penal*, art. 299, §4.

<sup>510</sup> No mesmo sentido, ESTELLITA/ GRECO. Empresa, quadrilha, (art. 288 do CP) e organização criminosa: uma análise sob a luz do bem jurídico tutelado *in: RBCC*, 91, 2011, p. 398 ss.

## CONCLUSÃO

Em atenção a toda a evolução do discurso apresentado, podem-se deduzir algumas conclusões:

1 – Para fins de determinação do bem jurídico típico não se faz necessário um conceito material de *doping*. Entretanto, os critérios de inclusão das substâncias e dos métodos proibidos na lista de proibição devem estar umbilicalmente ligados ao bem jurídico típico precisamente determinado;

2 – O *doping* é um fenômeno de escala global, porventura, semelhantemente ao planetização do desporto. Desta forma, o combate ao *doping* também deve se apresentar em escalas globais mediante as exigências do ordenamento jurídico-desportivo. Portanto, o bem jurídico que fundamenta materialmente o crime de *doping*, só pode ser o mesmo bem jurídico que está por detrás da proibição do doping no sistema desportivo. O *doping* é uma violação das regras constitutivas do desporto em geral e não de uma só modalidade. No mesmo sentido da universalidade do combate ao *doping* no sistema desportivo, o bem jurídico penal deve ser o mesmo em todos os ordenamentos jurídicos estaduais, invariável de nação para nação;

3 – O princípio do bem jurídico tem se apresentado como o mais idôneo fundamento de legitimação da intervenção jurídico-criminal. No processo de criminalização dois macroprincípios auxiliam o poder delimitador do conceito de bem jurídico: a dignidade penal e a carência de tutela penal;

4 – O fenômeno do *doping* concentra a violação de diversos bens jurídicos. No entanto, estes bens jurídicos de forma autônoma não se revelam idôneos para garantir de forma plena e justificada a total tutela dos valores imanentes ao desporto. Aqueles bens jurídicos integram, não mais que, o halo de proteção do bem jurídico tipicamente tutelado;

5 – O bem jurídico típico nos crimes de doping só pode ser a ética desportiva, tanto pelo valor reconhecido valor social que suporta, quanto pelo seu inegável conteúdo material que contempla diversos outros valores que também são violados a partir dos comportamentos associados à dopagem. A ética desportiva é, portanto, uma fórmula concentrada de bens jurídicos;

6 – O ordenamento jurídico português erigiu a ética desportiva como bem jurídico penal típico nos crimes e nas contraordenações previstas na lei antidopagem;

7 – Por fim, como forma de apreensão geral dos sentidos expostos ao longo do discurso, é de se reconhecer que: em primeiro lugar, existe sim um autêntico bem jurídico denominado ética desportiva; em segundo lugar reconhece-se que este bem jurídico pode ser elevado à categoria de bem jurídico penal, pois superou o degrau de legitimação imposto pela dignidade penal; no entanto, em último lugar. Pode-se dizer que o bem jurídico ética desportiva não é carente de tutela penal. Restando, outrossim, às instâncias eminentemente desportivas o papel de reação contrafática às violações da sua área de tutela.

## BIBLIOGRAFIA

**AGAPITO, Luis Roca.** Los nuevos delitos relacionados con el Dopaje in Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea), 2007, núm. 09-08, p. 8:1-60.

**AGUADO CORREA, Teresa.** El principio de proporcionalidad en derecho penal, Madrid, EDERSA, 1999.

**AHLERS, Rainer.** Doping und strafrechtliche Verantwortlichkeit: zum strafrechtlichen Schutz des Sportlers vor Körperschäden durch Doping, Baden-Baden, Nomos, 1994

**ALBRECHT, Hans- Jörg.** Violencia y deporte. Fenomenología, explicación y prevención, Revista Penal, 2001, págs. 25-39.

**AMELUNG, Knut.** El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos in: HEFENDEHL (Ed.). La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Madrid, Marcial Pons, 2007.

**ARIOLLI, Giovanni/ BELLINI, Vincenza.** Disposizioni penali in materia di doping, Milano, Giuffrè, 2005.

**BEM, Leonardo Schmitt de/ et alli.** As relações conexas entre o desporto e o direito penal in Direito desportivo: tributo a Marcílio Krieger, Editora Quartier Latin, 2009.

\_\_\_\_\_. Homicídio e lesões no âmbito da prática desportiva: contributo para a desconsideração da conduta desportiva criminosa consolidado no estudo dogmático da violência intrínseca ao desporto, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2007.

**BECK, Ulrich.** Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986 (há tradução de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás, 1998)

**BECHIARELLI, Cortés.** El delito de dopaje, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007

**BITENCOURT, Cezar Roberto.** Tratado de Direito Penal, vol. I, 17ª ed., Editora Saraiva, 2012.

**BONINI, Sérgio.** Doping e Diritto Penale, padova Cedam, 2006.

**BORGES, Francisco.** O crime de desobediência à luz da constituição, Almedina, Lisboa, 2011

**BOTTKE, Wilfried.** Doping als Straftat? In: HIRSCH/ WOLTER/ BRAUNS. FS-Kohlmann, Köln. Otto Schmidt, 2003, p. 85 ss.

**BUENO, Cecília Rodríguez.** Dopaje, McGraw-Hill, 1992.

\_\_\_\_\_. Perspectiva actual de la detección de las sustancias dopantes en el deporte in Revista Aranzadi de Derecho de deporte y entretenimiento – RJD, 7, 2002, p. 29-35.

**BUSATO, Paulo César.** Doping, delimitação do interesse jurídico-penal e a fórmula omissiva in Revista Brasileira de Ciências Criminais, Vol. 95, Ano 20 - março-abril 2012, pág. 147-162.

**CALCIANO, Mariangela Claudia.** Diritto dello Sport – il sistema della Responsabilità nell'analisi giurisprudenziale, Giuffrè, 2010.

**CASINI, Lorenzo.** Il Diritto Globale dello Sport, Giuffrè, 2010.

**CASTANHEIRA, Sérgio.** O fenómeno do doping no desporto – O atleta responsável e o irresponsável, Almedina, 2011.

\_\_\_\_\_. Um primeiro olhar sobre o novo regime jurídico da luta contra a dopagem no desporto in Desporto e Direito, nº. 20, ano 7, 2010.

**COCCIA, Massimo/ et. al.** Diritto dello Sport, Le Monnier Università, 2008.

**CORREIA, Eduardo.** Direito penal e direito de mera ordenação social in Boletim da Faculdade de Direito, Vol. 49, 1973, p. 257-281.

**COSTA ANDRADE, Manuel da.** A Dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 2, fasc. 2, 1992.

\_\_\_\_\_. As lesões corporais (e a morte) no desporto in Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2003, p. 675-720.

\_\_\_\_\_. Comentário ao artigo 149 do código penal in Comentário Conimbricense do código penal, Coimbra Editora, 1997.

\_\_\_\_\_. Comentário ao artigo 149 do código penal in Comentário Conimbricense do código penal, 2ª ed., Coimbra Editora, 2012.

\_\_\_\_\_. Consentimento e acordo em direito penal, Coimbra Editora, 1991.

\_\_\_\_\_. Contributo para o conceito de contra-ordenação: a experiência alemã in Revista de Direito e Economia, 1980/1981, p. 81-121.

**COSTA, Ricardo/ BARBOSA, Nuno (Coords.).** I Congresso de Direito do Desporto – Memórias, Almedina, 2005.

\_\_\_\_\_. II Congresso de Direito do Desporto – Memórias, Almedina, 2007.

**DAVID, Décio Franco.** Doping em Direito Penal: existe um bem jurídico a ser tutelado? In Revista Liberdades, nº. 10, março/agosto de 2012, p. 39-63.

**D'ÁVILA, Fábio.** Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo in: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

**DAMIÃO DA CUNHA, José Manuel.** Comentário Conimbricense do Código Penal, art. 282 EPSTEIN, Adam. Sports Law, Thomson, 2003.

**ESER, Albin.** Deporte y justicia penal in Revista Penal, nº 6, 2000.

**ESTELLITA/ GRECO.** Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa: uma análise sob a luz do bem jurídico tutelado in RBCC, 91, 2011

**FARIA COSTA, José de.** A importância da recorrência no pensamento jurídico: um exemplo: a distinção entre o ilícito penal e o ilícito de mera ordenação social in Revista de Direito e Economia, nº. 1-2 (Jan.-Dez. 1983), p. 3-51.

**FERNANDES, Antonio Scarance.** Processo Penal Constitucional. 3ª ed., Editora Revista dos Tribunais, 2002.

**FERNANDEZ, Gonzalo.** Bien jurídico y sistema del delito: un ensayo de fundamentación dogmática, Montevideo, B de f, 200

**FERRÉ OLIVE/ NUNEZ PAZ/ TERRA DE OLIVEIRA/ COUTO DE BRITO.** Direito Penal Brasileiro: Parte Geral – Princípios fundamentais e Sistema; Revista dos Tribunais, 2011

**FERREIRA DA CUNHA, Maria da Conceição.** Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1995

**FIGUEIREDO DIAS, Jorge de.** Direito penal parte geral – Questões fundamentais a doutrina geral do crime, tomo I, Coimbra Editora, 2007.

\_\_\_\_\_. Direito processual penal, Reimp. Facsimile da 1ª edição de 1974, Coimbra Editora, 2004.

\_\_\_\_\_. Lei criminal e controlo da criminalidade – O processo legal-social de criminalização e de descriminalização in Revista da Ordem dos Advogados, 1976, p. 69-98.

\_\_\_\_\_. O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal, 6ª edição, Coimbra Editora, 2009.

\_\_\_\_\_. Lei criminal e controlo da criminalidade – O processo legal-social de criminalização e de descriminalização in Revista da Ordem dos Advogados, 1976, p. 69-98.

\_\_\_\_\_. Para uma dogmática do direito penal secundário : um contributo para a reforma do direito pena económico e social português, Separata de: "Revista Leg. e de Jurisprudência", Coimbra Editora, 1984.

**FIGUEIREDO DIAS, Jorge de (Dir.).** Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

**FISCHER, Ulrich.** Über den galoppierenden Unschuldverlust des Sports oder: Die Welt will betrogen sein in Neue Juristische Wochenschrift, 15, 2005, Seite: 1028-1029.

**FLÁVIO GOMES, Luiz.** Norma e bem jurídico no direito penal, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002

**FRIEDMANN, Theodore.** How Close Are We to Gene Doping? In: Hastings Center Report, v. 40, n. 2, 2010.

**GARDINER, Simon/ et alli.** Sports Law, Cavendish Publishing Limited, 1998.

**GENTILE, Giorgio.** L'armonizzazione della normativa antidoping in Rivista di diritto ed economia dello sport, Vol. IV, fasc. 1, 2008, p. 23-56.

**GOMES CANOTILHO, J. J./ MOREIRA, Vital.** Constituição da República portuguesa anotada, vol. I, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

**GOMES CANOTILHO, J. J.** Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª ed., Almedina, 2003.

**GÓMEZ TOMILLO, Manuel.** Derecho administrativo sancionador: parte general: teoría general y práctica del derecho penal administrativo, 2ª ed., Thomson: Aranzadi, 2008.

**GONZÁLEZ, Carmen Pérez.** Las obligaciones de los Estados en materia de prevención, control y sanción del dopaje en el deporte, Thomson: Aranzadi, 2008.

\_\_\_\_\_. La represión del dopaje en el ámbito de la Unión Europea in Revista Aranzadi de Derecho de deporte y entretenimiento – RjD, 7, 2002, p. 17-26.

**GRAYSON, Edward.** Sport and the law, 2ª ed., Butterworths, 1994.

**GRECO, Luís/ LEITE, Alaor.** Direito penal e doping, Boletim IBCCRIM, nº 219, ano 18, 2011, p.11-12.

**GRECO, Rogério.** Curso de Direito Penal – Parte geral, vol. I, Impetus, 2010.

\_\_\_\_\_. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal in: ZENKNER SCHMIDT, Andrei (org.). Novos rumos do direito penal contemporâneo: livro em homenagem ao Prof. D. Cezar Roberto Bitencourt, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006

**HAISMA/ DE HON.** Gene doping in: International Journal of Sports Medicine, v. 27, issue 4, 2006

**HEFENDEHL, Roland.** *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático*, Marcial Pons, 2007.

**HEFENDEHL, Roland.** ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto, in: *RECPC*, 04-14, 2002.

**HEGER, Martin.** Zur Strafbarkeit von Doping im Sport in: *JA*, Heft 1, 2003, p. 76 ss.

\_\_\_\_\_. Zum Rechtsgut einer Strafnorm gegen Selbst-Doping in: *SpuRt*, 4/2007, p. 153 ss.

**HOULIHAN, Barrie.** *Dying to win: doping in sport and the development of anti-doping policy*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 1999.

**JAHN, Matthias.** Doping zwischen Selbstgefährdung, Sittenwidrigkeit und staatlicher Schutzpflicht Materieell-strafrechtliche Fragen an einen Straftatbestand zur Bekämpfung des eigenverantwortlichen Dopings in: *ZIS*, 2006, p. 57 ss.

**JAKOBS, Günther.** *Derecho Penal: parte general – fundamentos y teoría de la imputación*, Trad. Joaquin Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo, 2 ed., Madrid, Pons, 1997.

**JESCHECK, Hans- Heinrich/ WEIGEND, Thomas.** *Tratado de derecho penal: parte general*, trad. de Miguel Olmedo Cardenete, 5ª edición, renovada y ampliada, Comares, 2002.

**KAYSER, Bengt/ SMITH, Aaron.** Globalisation of anti-doping: the reverse side of the medal. Current anti-doping policy is sufficiently problematic to call for debate and change in *BMJ*, Vol. 337, 2008

**KINDHÄUSER, Urs/ NEUMANN, Ulfried/ PAEFFGEN, Hans-Ulrich.** *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 2, 4 Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2013.

**KLOESEL, Arno/ CYRAN, Walter.** *Arzneimittelrecht - Kommentar*, Stuttgart, Deutscher Apotheker Verlag, 124. Akt.-Lfg. 2013.

**KOHLHAAS, Max.** *NJW*, 1970

**KROGMANN, Mario.** *Grundrechte im Sport*, Duncker und Humblot, 1998.

\_\_\_\_\_. Zur Doping-Gesetzgebung im Ausland – Teil 1 in *Spurt: Zeitschrift für Sport und Recht*, Heft 1, 1999, Seite: 19-20.

\_\_\_\_\_. Zur Doping-Gesetzgebung im Ausland – Teil 2 in *Spurt: Zeitschrift für Sport und Recht*, Heft 2, 1999, Seite: 61.

\_\_\_\_\_. Zur Doping-Gesetzgebung im Ausland – Teil 3 in Spurt: Zeitschrift für Sport und Recht, Heft 4, 1999, Seite: 148-149.

\_\_\_\_\_. Zur Doping-Gesetzgebung im Ausland – Teil 4 in Spurt: Zeitschrift für Sport und Recht, Heft 1, 2000, Seite: 13-14.

\_\_\_\_\_. Zur Doping-Gesetzgebung im Ausland – Teil 5 in Spurt: Zeitschrift für Sport und Recht, Heft 3, 2000, Seite: 106-109.

**LIOTTA, Giuseppe.** *Ativittà Sportive e Responsabilità dell'organizzatore*, Jovene, 2005.

**LEAL AMADO, João/ COSTA, Ricardo (Coords.).** *Direito do Desporto Profissional – Contributos de um Curso de Pós-Graduação*, Almedina, 2011.

**LEAL AMADO, João.** *Vinculação versus Liberdade: O processo de Constituição e Extinção da relação Laboral do Praticante Desportivo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

**MACHADO, Rubens Approbato/ et alli.** *Curso de Direito Desportivo Sistemico*, vol. 2, Editora Quartier Latin, 2010.

**MAGALHÃES GOMES, Mariângela.** *O princípio da proporcionalidade no direito penal*, São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2003

**MARINUCCI, Giorgio/ DOLCINI, Emilio.** *Manuale di diritto penale: parte generale*, 3ª ed., Giuffrè, 2009.

**MARIVOET, Salomé.** *The ethical problems of doping in sport, facts and regulation process: the portuguese case in the international framework* in *Revista portuguesa de ciências do desporto*, Vol. 11, supl. 1, 2011, p. 342-348.

**MAURACH, Reinhart/ ZIPF, Heinz.** *Derecho penal: parte general*, Vol. 1, trad. Jorge Bofill Genzsch, Enrique Aimone Gibson, Editorial Astrea, 1994.

\_\_\_\_\_. *Derecho penal: parte general*, Vol. 2, trad. Jorge Bofill Genzsch, Enrique Aimone Gibson, Editorial Astrea, 1995.

**MEIRIM, José Manuel.** *Ética desportiva – a vertente sancionatória pública* in *Revista portuguesa de ciência criminal*, Ano 2, fasc. 1, 1992.

\_\_\_\_\_. *Os magistrados fazem mal ao desporto?* in *Julgar*, nº. 2, 2007, p. 55-77.

\_\_\_\_\_. *A Lei de Bases da Actividade Física e do Desporto: Estudos, Notas e Comentários*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

**MENNEA, Pietro Paolo.** *Diritto Sportivo Europeo – scritti su alcune problematiche de diritto sportivo europeo*, Seconda edizione, Delta 3, 2004.

**MIR PUIG, Santiago.** *Derecho penal: parte general*, 8ª Edición, Editorial Reppertor, 2008.

- MISSA, Jean-Noël/ NOUVEL, Pascal.** *Philosophie du dopage*, puf, 2011.
- MØLLER, Verner.** *The Doping Devil*, Books on Demand, 2008.
- MONIZ, Helena.** *Agravação pelo resultado? contributo para uma autonomização dogmática do crime agravado pelo resultado*, Coimbra Editora, 2009.
- MUÑOZ CONDE, Francisco/ ARÁN, Mercedes García.** *Derecho penal: parte general*, 6ª edición, Tirant lo Blanch, 2004.
- NELLA, Luca Di.** *Manuale di Diritto dello Sport*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010.
- NUCCI, Guilherme.** *Manual de direito penal: parte geral, parte especial*, 6ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- O'LEARY, John.** *Drugs and Doping in Sport: social-legal perspectives*, Cavendish Publishing Limited, 2001.
- OLMEDA, Alberto Palomar.** Las alternativas en la represión del dopaje deportivo in Revista Aranzadi de Derecho de deporte y entretenimiento – RjD, 7, 2002, p. 37-66.
- PAUL, Christian.** *Grenzwerte im Doping: Naturwissenschaftliche Grundlagen und rechtliche Bedeutung*, Duncker & Humblot, 2004.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel.** El bien jurídico en el derecho penal, Sevilla, Publicaciones de la Universidade de Sevilla: Serie Derecho 19, 1974.
- QUERALT JIMÉNEZ, José.** *Derecho penal español: Parte especial*, 6ª ed., Barcelona, Atelier, 2011
- QUINTERO OLIVARES (Dir.) / MORALES PRATS (Coor.).** *Comentarios al Código Penal*, Tomo III, 5ª ed., 2008, Cizur Menor, Thomson Aranzadi.
- PRADO, Luiz Regis.** *Curso de Direito Penal Brasileiro*, vol. 1, 11ª ed., Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- \_\_\_\_\_. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*, 5ª ed., Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- RAMOS, Rafael Teixeira/ LEITE, Victor Hugo.** Direito desportivo e o direito ao desporto na constituição brasileira in *Desporto e Direito*, ano 7, nº. 20, 2010, p. 151-181.
- RAMOS, Rafael Teixeira.** Doping e o Contrato Laboral Desportivo no direito comparado, Brasil – Portugal in *Revista Brasileira de Direito Desportivo*, Vol. 9, pág. 50-59.
- RIBEIRO DE FARIA.** Comentário Conimbricense do Código Penal, artigo 143, p. 302-303
- ROCHA, Luiz Carlos.** *Doping na Legislação Penal e Desportiva*, Edipro, 1999.

**ROXIN, Claus/ GRECO, Luís/ LEITE, Alair.** Doping e direito penal, São Paulo, Editora Atlas, 2011.

**ROXIN, Claus.** Acerca da problemática do direito penal da culpa in Boletim da Faculdade de Direito, Vol. 59, 1983, p. 1-29.

\_\_\_\_\_. Culpa e responsabilidade : questões fundamentais da teoria da responsabilidade in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 1, fasc. 4, 1991, p. 503-541.

\_\_\_\_\_. Derecho penal : parte general, trad. de la 2. ed., alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Thomsom: Civitas, 2007.

\_\_\_\_\_. Política criminal y sistema del derecho penal, traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde, 2. ed., 2. Reimpresión, Hammurabi, 2006.

**SALMISTRARO, Marina.** Il doping e il diritto penale: problemi e prospettive della legge 14 dicembre 2000, n.376 in *Critica del Diritto*, 2002, p. 01-24.

**SANINO, Mario/ VERDE, Filippo.** *Il Diritto Sportivo*, Seconda edizione, 2008.

**SANTOS DA SILVA, Méri Rosane.** *O debate ético e bioético na Educação Física*, Tese de Doutorado apresentada à Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2003.

*SAVULESCU, Julian/ FODDY, Bennett/ CLAYTON.* why we should allow performance enhancing drugs in sport in *British Journal of Sports Medicine*, Volume 38, Issue 6, December, 2004, p. 666–670.

**SCHILD, Wolfgang.** *Sportstrafrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2002.

**SCHÖNKE, Adolf/ SCHRÖDER, Horst.** *Strafgesetzbuch: Kommentar*, 28 neu bearbeitete Auflage von Albin Eser (Gesamtredaktion), München, Beck, 2010.

**SCHÜNEMANN, Bernd.** O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Número 53, Ano 13, mar.-abril de 2005, p. 09-37.

**SIEKMANN, Robert / VIEWEG, Klaus.** Legal Comparison and the Harmonisation of Doping Rules: Pilot Study for the European Commission, Duncker & Humblot, 2007.

**SILVA, Alessandra Santana da.** *Doping - Aspectos Penais*, Lumen Juris, 1999.

**SILVA DIAS, Augusto.** Entre comes e bebes: debate de algumas questões polémicas no âmbito da proteção jurídico-penal do consumidor (a propósito do Acórdão da Relação de Coimbra de 10 de Julho de 1996) in: *RPCC*, 1992

**SILVEIRA, Maria Valadão e.** *Sobre o crime de incitamento ou ajuda ao suicídio*, 2ª edição, AAFDL, 1997.

**SOTTAS / ROBINSON/ RABIN/ SAUGY.** *Clinical Chemistry*, 2011

**SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinícius.** *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: Contributo para a Compreensão dos Bens Jurídicos Supra-Individuais*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

**STRATENWERTH, Günther.** La criminalización em los delitos contra bienes jurídicos colectivos in: HEFENDEHL (Ed.) *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

**TAVARES.** Doping: argumentos em discussão in *Movimento*, V. 8, n. 1, Janeiro/Abril, 2002.

**TURNER, George.** Ist ein Anti-Doping Gesetz erforderlich? in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Heft 4, April 1992, p. 121-123.

\_\_\_\_\_. Die Einwilligung des Sportlers zum Doping in: *Neue Juristische Wochenschrift*, 1991, Heft 46, p. 2943-2945.

**VAL ARNAL, José Jesus.** ¿Se respetan los derechos fundamentales y los principios informadores del derecho sancionador de los deportistas en el Código Mundial Antidopaje? In: *Revista Aranzadi de Derecho de deporte y entretenimiento*, nº 11, 2004-1, p. 45-66.

**VALLS PRIETO, Javier.** La intervención del derecho penal en la actividad deportiva in: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 11-14, 2009, p. 14:1-25.

**VALORI, Guido.** *Il Diritto nello Sport: principi, soggetti, organizzazione*, Seconda edizione, 2009.

**VELLANO, Michele/ GREPPI, Edoardo.** *Diritto Internazionale dello Sport*, Seconda edizione, G. Giappichelli Editore, 2010.

**VICENTE MARTÍNEZ, rosário.** *Derecho penal del Deporte*, Barcelona, Bosch, 2010

**VOY, Robert/ DEETER, Kirk.** *Drugs, sport, and politics*, Leisure Press, 1991.

**WAYNE, Wilson/ DERSE, Edward.** *Doping in elite sport: the politics of drugs in the olympic movement*, Human Kinetics, 2001.

**WELLS, DJ.** Gene doping: the hype and the reality in: *British Journal of Pharmacology*, issue 3, 2008.

**ZAFFARONI, Eugenio/ PIERANGELI, José Henrique.** *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*, 5ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2004.

