

# DOPING E MANIPULAÇÃO GENÉTICA: UMA PERSPECTIVA JURÍDICO – CRIMINAL\*

Arthur Levy Brandão Kullok\*\*

## I – O problema do *doping* na sociedade atual

1. Em tempos de globalização, o fenômeno da dopagem se afigura meteórico. Meteórico, pois desde que começou a chamar uma maior atenção por volta dos anos sessenta do século passado (embora com raízes muitas mais antigas que remontam à era helênica) tem se mostrado cada vez mais como um objeto de regulação, discussão, estudos e manifestações político-sociais. Este fenômeno caminha muito próximo de uma outra esfera de valiosa consideração: o desporto. Uma constante alteração das formas e dos meios de combate tem acompanhado a evolução histórica da dopagem. É assim desde o primeiro caso de dopagem conhecido em 1904, praticado pela equipe do maratonista Thomas Hicks<sup>1</sup>, até o atual e futurístico motivo que nos traz até aqui.

Em tão pouco tempo, a dopagem atraiu a atenção das mais variadas esferas cotidianas, sejam jurídicas, políticas ou sociais. Especialmente, e aqui no que nos motiva a intervenção de hoje, o círculo jurídico-criminal. Isso sem desmerecer toda a atenção que o *doping* reclama nas demais esferas da nossa sociedade. Seja na discussão sobre uma agência mundial especialmente preparada para intervir em todos os aspectos relacionados com a dopagem, seja na manutenção econômica dos testes de combate ao *doping*, seja no âmbito político para aqueles que pretendem recepcionar os jogos olímpicos em seu país, seja no campo da ética, seja no âmbito filosófico, seja no âmbito da medicina que diariamente luta contra e a favor da dopagem, seja no âmbito jurídico que busca regular o combate à dopagem com normas de caráter administrativo, disciplinar, civil, laboral, processual, constitucional, penal ou seja, finalmente, naquele estrito e especial ponto de encontro que é objeto desta intervenção: o encontro entre o direito (penal) e a medicina (genética).

Como já se mencionou, as atenções sobre a dopagem se voltam a partir dos anos sessenta do século XX em razão dos casos de morte que vinham ocorrendo em competições

---

\* Este texto serviu de base para uma comunicação nas XXII Jornadas Internacionales sobre Derecho y Genoma Humano, organizadas pela Cátedra Interuniversitaria Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea. Registra-se aqui o agradecimento do autor pela recepção e pela oportunidade concedidas pela organização do evento. Em decorrência da finalidade precípua deste texto, foram dispensadas – em grande parte – as notas de rodapé que serviram de base para o desenvolvimento do artigo.

\*\* Mestre e doutorando em ciências jurídico-criminais na Universidade de Coimbra.

<sup>1</sup> SAVULESCU, Julian; FODDY, Bennett; CLAYTON, Matthew. Why we should allow performance enhancing drugs in sport. In: *British Journal of Sports Medicine*, Vol. 38, Issue 6, 2004, p. 666.

desportivas<sup>2</sup>. Assim, o Comitê Olímpico Internacional (COI) decidiu criar no ano de 1967 um comitê médico destinado a criação da primeira lista de substâncias proibidas. Rapidamente este combate também atraiu as atenções da esfera política. Neste sentido, o Conselho da Europa em 1967 elaborou a Resolução (67) 12 contra o *doping* no desporto. Em seguida os ordenamentos jurídicos nacionais também buscaram “lutar” contra o *doping* mediante o estabelecimento de tipos penais. Assim, Bélgica e França, em 1965, se tornaram os primeiros países a perseguir as condutas dopantes através do recurso ao direito penal<sup>3</sup>. Entretanto, a luta antidopagem viu – e acompanhou – o evoluir dos tempos. Deixou de ser efetuada pela comissão médica do COI, para se organizar em uma agência de atuação mundial (AMA), constituída em 1999 e com atuação a partir de 2004. Viu a sua lista de proibição ter atuação global e unificada para todos os esportes. Deixou-se de aplicar às pessoas para também ser aplicada aos animais, avançou dos testes de urina para os testes sanguíneos, do controle em competição para os controles fora de competição, viu-se também o estabelecimento de um dever de informação do atleta sobre o seu paradeiro (*whereabouts*), bem como o acréscimo de um controle continuado mediante o recurso ao passaporte biológico.

Em suma, um grande aparato tem se formado – e continua se formando – para o combate contra a dopagem. Diariamente não param de aparecer novas áreas problemáticas que tornam o estudo desta matéria um tanto movediço, exigindo um alto grau de conhecimento interdisciplinar àqueles que se propõem a estudar o *doping* desportivo.

Diversos escândalos funcionaram como propulsor de legislações contra o *doping*. O maior exemplo deles é a *operación Puerto* que levou a Espanha a editar – no mesmo ano – uma lei de combate a dopagem estabelecendo, entre outras coisas, um novo tipo penal. Não somente a partir da eleição por uma repressão criminal, mas também por isso, muitas tem sido as vozes que aparecem para reclamar a abolição dos controles *antidoping* ou ainda reclamar a sua saída do âmbito criminal.

2. Em meio a toda esta problemática, a evolução dos nossos dias impôs um novo âmbito de consideração relacionado à dopagem: a genética, ou melhor o *doping genético*. Em virtude das possibilidades de manipulação do genoma humano, a Agência Mundial Antidopagem decidiu investir contra esta possibilidade de alteração dos resultados desportivos. Por isso, no ano de 2002 realizou-se a I Conferência sobre a dopagem genética, instituindo a proibição do *doping* genético como um *método proibido* desde a lista de 2003. Atualmente a lista de proibições de 2015 da AMA, em seu ponto M3. considera o *doping* genético como:

«*Lo siguiente, con el potencial de mejorar el rendimiento deportivo, está prohibido:*

- 1 – *La transferencia de polímeros de ácidos nucleicos o análogos de ácidos nucleicos;*
- 2 – *El uso de células normales o genéticamente modificadas».*

<sup>2</sup> Nomeadamente a morte de Knud Enemark Jensen durante os jogos olímpicos de Roma em 1960.

<sup>3</sup> Em França, loi n.º 65.412, de 1º de junho. Na Bélgica, Loi du 2 avril 1965 interdisant la pratique du doping à l'occasion des compétitions sportives, M.B. 6 mai 1965.

Ao se considerar o *doping* como uma questão estritamente proibida no âmbito desportivo, nada mais esperado do que coibir todas aquelas condutas que possam contrariar o *espírito desportivo*<sup>4</sup>. Portanto, visto que a genética pode ser utilizada como uma forma de alterações de resultados que não ocorreriam caso tal método não fosse utilizado, não vemos problemas em proibir o *doping* genético no *âmbito desportivo*. Por outro lado, em virtude dos recentes problemas e das sérias implicações que se encontram em volta dos bens jurídico-penais relacionados com as manipulações genéticas, alguns ordenamentos positivos têm enveredado pelo caminho da repressão penal das condutas de manipulações genéticas. Ocorre que existe toda uma gama de problemas político-criminais e dogmáticos que merecem ser muito bem resolvidos a fim de perseguir a criminalidade genética, sem olvidar o perigo das manifestações puramente simbólicas envolvendo o direito penal nesta específica área de criminalidade<sup>5</sup>.

Este é, portanto, o âmbito problemático de desenvolvimento desta comunicação: as implicações entre o *doping* e a genética e a relação entre a proibição desportiva e a repressão jurídico-criminal. Certo de que todas as legislações jurídico-criminais não abordaram especificamente a matéria, tanto como a jurisprudência ainda não teve a oportunidade de se manifestar sobre este problema, bem como são exíguas as contribuições doutrinárias sobre o assunto, tentaremos sistematizar a matéria, não esperando esgotar toda a problemática relativa ao tema, mas – de certa forma – buscando apresentar adequadas soluções político-criminais e corretos ajustes jurídico-dogmáticos, sempre alinhados com os interesses e os bens desportivos.

## II – O *doping* genético como problema jurídico-criminal

1. A presente abordagem, por motivos de tempo e espaço, não irá considerar os – sérios – problemas jurídico-processuais envolvendo o controle do *doping* e as proibições de prova em processo penal. Como ilustração disto pode se ter em consideração a recente decisão

---

<sup>4</sup> Segundo o novo Código Mundial Antidoping, o espírito desportivo é: «la celebración del espíritu humano, el cuerpo y la mente, reflejados en valores que hallamos en el deporte, como:

- Ética, juego limpio y honestidad
- Salud
- Excelencia en el rendimiento
- Carácter y educación
- Alegría y diversión
- Trabajo en equipo
- Dedicación y compromiso
- Respeto de las normas y de las leyes
- Respeto hacia uno mismo y hacia los otros Participantes
- Valentía
- Espíritu de grupo y solidaridad»

<sup>5</sup> Desenvolvidamente sobre as manifestações simbólicas do direito penal no âmbito da criminalidade genética, LUZÓN PEÑA, Luzón. Función simbólica del derecho penal y delitos relativos a la manipulación genética. In: *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001, p. 131-139. Ao final, conclui que (no caso espanhol) embora o legislador pudesse ter avançado com uma reflexão e com uma positivação mais bem acabada sobre o problema dos crimes genéticos, ainda assim entende que é legítima a intervenção penal neste domínio (desde que específicas medidas sejam adotadas), cf. p. 136.

do *Juzgado de lo penal n.º 21 de Madrid (Operación Puerto)*, onde foi decidido judicialmente que as provas colhidas durante o processo penal não seriam entregues (emprestadas) às associações desportivas. Certamente esta matéria envolve questões relevantes como os direitos fundamentais dos atletas, bem como os (in)fundados interesses de persecução criminal da dopagem. Por outro lado, ao se admitir a prossecução e a legitimidade do combate à dopagem no *âmbito desportivo*, não se configuraria razoável ou adequado transportar para os atuais controles antidopagem, as limitações advindas do restrito regime do direito processual penal.

2. Faz-se necessário, neste momento, estabelecer um confronto entre as posições que admitem ou liberalizam o *doping* e aquelas que defendem a sua proibição. Primeiramente, vale ressaltar que existem duas formas de se enxergar a regulação no mundo jurídico-desportivo. De um lado, existem os países que se orientam segundo uma postura *não intervencionista* do Estado no desporto, como, *v.g.*, o Brasil, os EUA e o Reino Unido. Por outro lado, existem países que preferem regular a problemática desportiva através de um *sistema intervencionista* do Estado no desporto, como, *v.g.*, Portugal e Espanha. A partir deste quadro surge uma verdadeira diáspora de soluções.

Antes de mais, importa mencionar a posição de autores que defendem a abolição dos controles antidopagem, tal qual se encontram atualmente. Pretendem estes autores uma liberação das substâncias e dos métodos, a fim de que se obtenha *mais justiça e mais saúde* através de “controles antidopagem” tão somente sobre os índices de saúde dos competidores, permitindo uma maior intervenção dos médicos desportistas e um maior acesso para todos os atletas dos “mecanismos artificiais”<sup>6</sup>.

De um outro lado deste problema, encontram-se as posições – maioritárias – que entendem que o *doping* deve ser proibido. Contudo, faz-se necessária a realização de uma separação entre dois grupos distintos. Se por um lado, existem aqueles que defendem uma proibição do *doping* no âmbito desportivo (disciplinar e administrativo) e simultaneamente no âmbito criminal<sup>7</sup>. Por outro lado, há um grupo que advoga a proibição do *doping* no âmbito desportivo, mas não sufraga a dopagem como um necessário objeto de tutela penal mediante a criação de um tipo penal específico<sup>8</sup>.

Pensamos que o melhor enquadramento da questão deve se posicionar ao lado daqueles que defendem a proibição da dopagem no âmbito desportivo e rechaçam a intervenção jurídico-criminal no fenômeno do *doping*. Quanto a admissibilidade da proibição da dopagem no direito desportivo, cremos que efetivamente o *doping* faz mal ao desporto. Além disso, não vemos problemas para uma definição puramente formal do *doping*, visto que o estabelecimento de um conceito material sobre o que efetivamente significa *doping* para o “campo de jogo” não produziria certezas, mas sim incertezas<sup>9</sup>. Desta forma, acredita-se que

<sup>6</sup> BLACK, Terry; PAPE, Amelia. The ban on drugs in sport. In: *Journal of Sports & Social Issues*, 21(1), 1997, p. 83-92; SAVULESCU; FODDY; CLAYTON. *Op. cit.*, p. 666-670; KAYSER, Bengt; MAURON, Alexandre; MIAH, Andy. Current anti-doping policy: a critical appraisal. In: *BMC Medical Ethics*, 8:2, 2007.

<sup>7</sup> Por todos, BECHIARELLI, Cortés. *El delito de dopaje*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 39-42.

<sup>8</sup> Por todos, TURNER, George. Ist ein Anti-Doping Gesetz erforderlich? In: *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1992, p. 121-123.

<sup>9</sup> Alaor Leite apresenta uma crítica quanto às definições puramente formais ou materiais de doping defendendo uma definição *teleológica* relacionando-a com o objeto de proteção do tipo penal. Cf. LEITE, Alaor. O doping

andou bem a AMA ao estabelecer a definição de *doping* como *todas aquelas violações às regras antidopagem* previstas no Código Mundial Antidopagem (CMA). Deste modo, verifica-se a dopagem quando, p. exemplo, em um atleta se encontra uma substância proibida; quando um atleta se nega a um controle antidopagem; quando alguma pessoa administra uma substância ou um método proibido em um atleta; quando alguém manipula o controle antidopagem; quando alguém trafica alguma substância ou um método proibido<sup>10</sup>. Todas estas formas de violação às regras antidopagem afrontam o espírito desportivo, a desejada e esperada igualdade natural entre os competidores, a integridade física dos atletas, a representação nacional, o respeito às regras inerentes ao desporto, o modelo de corpo e de sucesso que os atletas representam, além de outros valores próprios ou propriamente desportivos.

A lista de substâncias ou métodos proibidos é editada anualmente e possui como fundamento de inclusão três critérios orientadores que corroboram com a afirmação de que o *doping* é contrário ao espírito desportivo e a todos os seus valores. Assim, para que uma substância ou um método seja considerado proibido precisa que se enquadre em ao menos dois dos seguintes três critérios: *potencial ou real aumento da performance desportiva; atual ou potencial risco de lesão à saúde do atleta e, violação do espírito desportivo*. Será ainda considerada proibida aquela substância ou método que tenha o potencial de mascarar alguma substância ou método já considerado proibido<sup>11</sup>.

Acreditamos que o modelo em vigor estabelecido pela AMA é adequado à luta contra a dopagem. Mesmo as restrições aos direitos dos atletas se dão em nome de um maior alcance dos controles antidopagem, a fim de reduzir a quantidade de atletas dopados. Um maior controle pode ser capaz de abrilhantar a competição apenas com os atletas “limpos” como aconteceu na última Copa do Mundo de Futebol em 2014, a qual não registrou nenhum caso de dopagem, bem como pode justificar a reanálise dos testes realizados nos Jogos Olímpicos de 2008, recentemente anunciados pelo COI. Tudo isso em nome da entrega da medalha, da honra e da glória somente para aqueles atletas que passaram toda uma vida em busca de um resultado e que durante o seu percurso não se utilizaram de nenhum meio artificial para o alcançar.

Interessantemente aqueles autores que defendem uma “abolição” dos controles *antidoping*, da forma como existem hoje, fazem-no idealizando uma melhor competição desportiva, querendo que com isso as competições sejam mais justas e mais saudáveis!! A solução colocada por eles é a mesma que criticam. Como – na hipótese de Savulescu, Foddy e Clayton – acabar com os custos do controle *antidoping*, como tornar as competições mais justas e os atletas mais saudáveis se a proposta destes autores é que todos os atletas que

---

como suposto problema jurídico-penal: um estudo introdutório. In: Roxin, Claus; Greco, Luís; Leite, Alaor. *Doping e Direito Penal*. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 19-23. Em sentido crítico, Sérgio 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. Cf. CASTANHEIRA, Sérgio. Um primeiro olhar sobre o novo regime jurídico da luta contra a dopagem no desporto. In: *Desporto & Direito*, Ano 7, nº 20, 2010, p. 188.

<sup>10</sup> Cf. artigo 2º do CMA.

<sup>11</sup> Cf. artigo 4.3 do CMA.

competem além dos índices celulares seguros não poderão competir? Desta forma, mantêm-se os controles, mantêm-se a proibição e mantêm-se o *doping*! A proibição – da forma que é colocada atualmente – é saudável, entretanto esta forma hiperbolizada de restrição dos direitos fundamentais *não pode ter lugar no âmbito jurídico-criminal*. Dificilmente se elaborariam – como não se têm elaborado – tipos penais dogmaticamente adequados e político-criminalmente justificáveis. Esta é a nossa posição. Portanto, como se verá a seguir, até acreditamos que existe um bem jurídico penal adequado para o combate ao *doping*, entretanto acreditamos que este bem jurídico, bem como toda a forma de controle contra o *doping*, é suficiente e satisfatoriamente protegido pelo combate mediatizado pelo sistema jurídico-desportivo. A entrada do direito penal somente criaria uma «*assimetria entre as regras do jogo*» (Costa Andrade).

Em suma, todo o combate contra o *doping* deveria e poderia ser concretizado unicamente pelo sistema jurídico-desportivo, restando ao direito penal a intervenção apenas a favor de específicos bens jurídicos-penais que se avultariam necessitados de tutela autonomamente, como por exemplo a integridade física pelo crime de ofensas corporais, a vida pelo crime de homicídio ou a vida intrauterina pelo crime de aborto.

3. Por conseguinte, com o intuito de se estabelecer a proibição do *doping* (e consequentemente do *doping* genético) no campo jurídico-criminal faz-se necessária a verificação de três passos: a identificação de um bem jurídico típico, a verificação da dignidade de pena deste bem jurídico e das condutas que o ofendam e a constatação empírica da necessidade de pena criminal das condutas violadoras daquele bem jurídico. Em outras palavras, a realização de um juízo sobre a constatação de um autêntico e legítimo *bem jurídico-penal necessitado de pena*.

Assim, caso se pretenda incriminar as condutas relacionadas ao *doping*, precisa-se, em primeiro lugar, identificar qual seria (ou qual é) o bem jurídico que deve ser protegido pelo direito penal. A resposta não é fácil. Na verdade, a resposta só pode vir tomando em consideração *o mesmo motivo de proibição da dopagem em todo o universalizado sistema jurídico-desportivo*: a violação do espírito desportivo (o que, em termo penais ainda que não seja – reconhecidamente – o termo mais preciso, chamaremos de ética desportiva)<sup>12</sup>. Como visto, o espírito desportivo implica a reunião de diversos valores que por si só poderiam ser criminalmente tutelados. Isso nos indica uma outra conclusão: a ética desportiva é um bem jurídico que reúne diversos bens jurídicos-penais em seu entorno. Diríamos que é um bem jurídico complexo em si mesmo. Uma reunião de valores propriamente desportivos, juntamente com a integridade física, a (questionável) saúde pública, a vida, a vida intrauterina, a liberdade e o patrimônio (incluindo a concorrência desleal).

---

<sup>12</sup> No mesmo sentido, COSTA ANDRADE, Manuel da. As lesões corporais (e a morte) no desporto. In: Costa Andrade, Manuel da *et al* (Org.). *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 719-720; CASTANHEIRA, Sérgio. *O fenómeno do doping no desporto: o atleta responsável e o irresponsável*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 39-64 (embora admita que o critério é um pouco vago); LEAL AMADO, João. *Vinculação versus Liberdade: O processo de Constituição e Extinção da relação Laboral do Praticante Desportivo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 74.

Acreditamos que a ética desportiva é certamente um bem reconhecido pelo direito. A fim de confirmarmos a sua dimensão jurídico-criminal, dever-se-á conhecer o significado do seu conceito.

Em primeiro lugar a ética desportiva *representa a essência do esporte* que está relacionada com a própria essência do ser humano e do seu corpo<sup>13</sup>. Enquanto houver esporte, haverá a ética desportiva. O espírito desportivo e a ética desportiva, encontram-se numa relação de mútua identidade. Seria ocioso demonstrar, todo o valor que envolve o desporto e as suas implicações de sentido e suas funções na sociedade<sup>14</sup>. Entretanto, pode-se dizer que o desporto em si, possui um valor intrinsecamente atribuído, o qual é irradiado para todos os cidadãos, sejam espectadores, dirigentes, médicos, treinadores, atletas profissionais ou de recreação. Por outro lado, a ética desportiva é “apenas” um princípio pertencente ao subsistema autônomo do desporto, mas diferentemente deste último, não se aplica ao mesmo âmbito subjetivo (ou seja, deve-se aplicar somente às competições organizadas pelas federações desportivas deixando de fora da sua abrangência a proteção de atletas amadores ou não federados).

Entendendo que o bem jurídico deve ser entendido como «a 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»<sup>15</sup>. O estado que merece ser mantido, por ser socialmente valioso, no âmbito do bem jurídico ética desportiva não pode ser singularizado, pelo contrário é particularmente composto de diversos outros valores. A ética desportiva funciona como uma fórmula concentrada onde se refletem os valores do espírito desportivo: *fair play*, verdade desportiva, integridade física, educação, carácter, 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 os atletas merecem uma igualdade de oportunidades, a qual é característica marcante das competições desportivas. O espírito desportivo é a celebração do corpo e da mente, finalmente, é a essência do Olimpismo. Assim, na síntese de José Manuel Constantino, «[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>16</sup>. Em suma, o alvo do atleta, é a *vitória*. O caminho é o *esforço*. A oportunidade de realizar e alcançar a sua glória é a *competição*. Qualquer vício nestes elementos importa a redução da verdade e, conseqüentemente, uma ofensa ao espírito desportivo causando diversos danos à

<sup>13</sup> Em sentido contrário, advogando que as infrações por *doping* não têm a ver com uma infração à essência do esporte, nem podem ser justificadas em nome de uma ofensa ao corpo e a essência do ser humano, mas sim em virtude de uma mera convenção, GRECO, Luís. Sobre a legitimidade da punição do autodoping nos esportes profissionais. In: Roxin, Claus; Greco, Luís; Leite, Alaor. *Doping e Direito Penal*. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 75-76.

<sup>14</sup> Para uma visão sobre as implicações do desporto na sociedade, COSTA ANDRADE. *Op. cit.*, p. 685-694.

<sup>15</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral*. Tomo 1. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 114; do mesmo autor, 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.

<sup>16</sup> (Re) Pensar o desporto. In: Mestre, Alexandre Miguel *et al.* *O desporto para além do óbvio*. Lisboa: Instituto do Desporto de Portugal, 2003, p. 20.

sociedade (como expectadora dos acontecimentos desportivos), à juventude, às organizações dos eventos, às nações, aos governos, aos patrocinadores, aos atletas e à toda uma gama de pessoas que vivem direta e indiretamente associadas ao desporto.

É somente a ética desportiva a única que pode de forma suficiente oferecer argumentos de proibição da dopagem em consonância com o CMA, ao contrário, *v.g.*, do patrimônio que não é um interesse ou valor tutelado pelo CMA. Esta relação direta com o CMA oferece ainda os argumentos necessários para fundamentar a proibição das substâncias e dos métodos na lista anual, bem como a repressão do *doping* nos animais (que a proteção da integridade física ou da vida não poderiam oferecer). Além disso, é o único bem jurídico que encontra um respaldo universal, em todos os ordenamentos, da mesma forma que o CMA se aplica em todos os países. Isso eliminaria as discrepâncias em torno do direito comparado que tem encontrado diferentes núcleos de tutela para a proteção do *doping*. Por exemplo, a Itália protege a saúde dos atletas e a saúde pública, a Alemanha e a Espanha a saúde pública e Portugal a ética desportiva.

Neste passo, importa saber se este valor jurídico pode ser considerado um valor jurídico-penal. Este é o juízo sobre a dignidade penal (*Strafwürdigkeit*), o qual, segundo Costa Andrade, possui três planos: o plano transistemático, o plano axiológico-material e o plano jurídico-sistemático<sup>17</sup>. Quanto ao enquadramento no plano transistemático, dever-se-á verificar se o bem jurídico encontra-se naquela relação de mútua referência (Figueiredo Dias) com a Constituição. Para aqueles que defendem uma teoria constitucionalista dos bens jurídicos – como nós<sup>18</sup> – far-se-á necessário encontrar um dispositivo constitucional que contenha uma relação de correspondência de sentido (analogia material) com a ética desportiva, a fim de se avançar com uma possível incriminação de dopagem. No caso português, bem como no brasileiro e no espanhol, é possível visualizar o amparo constitucional do desporto como direito fundamental, visto que é possível encontrar referências ao desporto nos artigos 79, 217 e 43, n.º 3 das respectivas constituições. Por outro lado, caso não se encontrasse uma referência constitucional, entender-se-ia que o Estado não valoriza ou não erige o desporto como um direito fundamental e assim não se poderia avançar com uma incriminação fundada num valor não constitucional<sup>19</sup>.

Quanto à correspondência com o plano axiológico-material, faz-se necessária a realização de mais dois juízos: um sobre a *dignidade de tutela do bem jurídico* e outro sobre a sua *danosidade social*. Um bem jurídico como a ética desportiva que funciona como uma fórmula

<sup>17</sup> A Dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 1992, p. 184.

<sup>18</sup> Em sentido contrário, FÁRIA COSTA, José Francisco de. *O perigo em direito penal (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)*. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 198-199; do mesmo autor. Sobre o objecto de protecção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não liberal. In: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 2013, p. 161-162.

<sup>19</sup> Em relação à problemática constitucional sobre a consagração da ética desportiva, vale ressaltar a posição de José Manuel Meirim. Segundo a sua concepção, embora o desporto seja francamente declarado como um direito fundamental (cf. O desporto no fundamental: um valor lusófono. Separata de: *Povos e Culturas*, n. 9, 2004, p. 249-259), o combate à dopagem não encontra respaldo jurídico-constitucional no artigo 79 da CRP (cf. MEIRIM, José Manuel. *A Federação Desportiva como Sujeito Público do Sistema Desportivo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 149 *apud* CASTANHEIRA, Sérgio. *O fenómeno do doping no desporto*. *Op. cit.*, p. 116).

concentrada de outros bens jurídicos-penais de alta importância e que carrega consigo toda a dimensão associada ao desporto como um direito fundamental, não deve – ainda que abstratamente – ser desmerecido de sua dignidade penal. Por outro lado, é preciso realizar um juízo empírico-criminológico típico da danosidade social. Não se pode negar que a ética desportiva faz mover as placas das bases sociais. Basta ver a plétora de reações sobre os famosos casos de *doping*, nomeadamente os casos dos atletas Maradona, Alberto Contador, Roberto Heras, Lance Armstrong; da inteira cúpula política da extinta DDR; do escândalo médico da operação Puerto; do escândalo do laboratório Bay Area Laboratory Co-operative (BALCO) ou do escândalo da clínica Biogenesis. Estes são alguns dos exemplos que demonstram o potencial lesivo da violação à ética desportiva. A lesão da ética desportiva – através do *doping* – possui em si um potencial de danosidade social global. Será possível ainda identificar e ressaltar um alto grau de danosidade social pela prática de *doping* que pode resultar em efeitos negativos sobre a infância e a juventude<sup>20</sup>.

Quanto ao plano jurídico-sistemático, seria sim possível identificar uma qualificada dignidade jurídica que fizesse incluir a tutela da ética desportiva no âmbito de proteção do direito penal – como está previsto em Portugal para os casos de *heterodoping* – ou seria ainda possível tutelar a ética desportiva através do direito administrativo sancionador (como estão regulados em Portugal os casos de *autodoping*). Muito embora esta distinção, operada em nome do mesmo bem jurídico, conduza a uma discrepância axiológica e sistemática.

Todavia, é na análise sobre o juízo de carência de tutela penal (*Strafbedürfnis*) que mais fortemente se encontram argumentos para a não incriminação da dopagem. A partir da análise dos subprincípios da *necessidade* e da *adequação*, provenientes do princípio da proporcionalidade é que se podem extrair elementos convincentes de que o *doping* não deve ser questão do direito penal, ainda que se admita a dignidade penal da ética desportiva. Posto isto, é nosso entendimento que a pena criminal não é a reação mais adequada ao combate contra o *doping*. Imagine, o que vale mais para o atleta: ser condenado de 06 meses a dois anos de prisão (que em muitos ordenamentos terá o seu cumprimento inicial suspenso) e continuar mantendo o seu nome no rol dos vencedores ou ser suspenso de 02 anos até toda a vida e ainda perder os ganhos da vitória como os prêmios, os recordes e as medalhas? Além do mais, as sanções disciplinares são suficientes para alcançar os intentos de prevenção geral e de prevenção especial. Cremos que as sanções desportivas são mais rigorosas do que as penas estabelecidas pelos ordenamentos criminais dos quais se têm conhecimento. É pelo desporto que o atleta luta. Deve ser no desporto que o atleta desleal deve ser repreendido.

Vistas as coisas no plano da idoneidade, passa-se ao plano da necessidade. Difícilmente se mostraria caracterizada uma necessidade de pena por *doping*, haja vista que o sistema desportivo persegue as condutas antidesportivas de forma eficiente e eficaz. Desta forma, não sobriaria espaço à intervenção penal, em virtude desta modalidade de intervenção estadual ser considerada como a *ultima ratio* do sistema jurídico, altamente vinculada (e vinculada) pelo seu caráter de subsidiariedade. Criar (ou manter) uma lei penal para ser

---

<sup>20</sup> Um panorama do ordenamento jurídico português sobre a proteção dos jovens praticantes desportivos, incluindo o combate à dopagem, pode ser visto em: LEAL AMADO, João; MEIRIM, José Manuel. *A proteção dos jovens praticantes desportivos*. Lisboa: Centro de Estudos e Formação Desportiva, 2002.

fadada a consideração de letra morta, mais que um abuso da requisitada efetividade da lei penal, é uma deslegitimação da própria proibição da conduta.

### III – O problema das manipulações genéticas no direito penal

1. Após delinear uma posição sobre a ilegitimidade da intervenção penal no âmbito da dopagem, cabe agora analisar alguns aspectos sobre a incriminação das condutas de manipulações genéticas. Antes de mais, vale ressaltar uma importante distinção que irá influenciar as nossas conclusões acerca do confronto entre as condutas de dopagem e as de manipulações genéticas. A distinção da conclusão radica na divisão entre as manipulações genéticas sobre as *células germinais* (ou de linha germinal) e sobre as manipulações genéticas sobre as *células somáticas*.

As intervenções sobre as células germinais significam as intervenções sobre os gametas masculinos e femininos, enquanto que as manipulações sobre as células de linha germinal significam as intervenções sobre os óvulos fecundados: zigotos ou células em estado embrionário, mas, todavia, não totipotentes<sup>21</sup>. As intervenções nas células somáticas significam a extração e o cultivo *in vitro* de células do sujeito, introdução em células cultivadas *in vitro* do gene normal e a reintrodução destas células geneticamente modificadas no mesmo sujeito<sup>22</sup>. Dito isto, em termos jurídico-criminais, aponta-se a proteção das manipulações genéticas somáticas através da tutela da *integridade física*<sup>23</sup>, enquanto que as manipulações genéticas germinais ou em linha germinal são protegidas pela tutela da *identidade genética* (bem jurídico supraindividual)<sup>24</sup>.

2. Ambas as possibilidades de manipulações genéticas podem ser realizadas com ou sem *finalidade terapêutica*. Desde já, cabe ressaltar, que as manipulações genéticas inseridas no âmbito desportivo poderão estar inseridas no regime das *Autorizações de Utilização Terapêutica*, previstas no artigo 4.4 do CMA. Por conseguinte, ainda que se tenha em consideração a existência de um crime de *doping* (o que consequentemente engloba o *doping* genético), as condutas daqueles que realizarem alguma manipulação genética com finalidade terapêutica estarão cobertos por uma *cláusula de exclusão da tipicidade*, haja vista que muitas legislações que incriminam as práticas de dopagem têm estabelecido cláusulas de exclusão da responsabilidade em função de finalidades terapêuticas (como ocorre com o CMA), v.g.: Portugal (art. 44, Lei n.º 38/2012), Espanha (art. 361bis, CP), França (art. 232-9, 2º, Code du Sport) e Itália (art. 1, n.4, Legge 376/2000).

3. O segundo problema que se coloca em relação ao *doping* genético ocorre nos casos em que o ordenamento jurídico prescreva tanto um específico crime de *doping*, quanto um específico crime de manipulação genética, como é, v.g., o caso da Espanha (artigos 361bis

<sup>21</sup> MANTOVANI, Ferrando. Manipulaciones genéticas, bienes jurídicos amenazados, sistemas de control y técnicas de tutela. In: *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 1, 1994, p. 97.

<sup>22</sup> *Idem*, p. 101.

<sup>23</sup> Cf. ROMEO CASABONA, Carlos María. *Del gen al derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Centro de Estudios sobre Genética y Derecho, 1996, p. 463.

<sup>24</sup> Cf. SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinícius. *Bem jurídico penal e engenharia genética humana. Contributo para a Compreensão dos Bens Jurídicos Supra-Individuais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, *passim*.

e 159 do código penal, respectivamente), desde que esta manipulação não possua caráter terapêutico. Desde já, identifica-se uma diferença a nível do bem jurídico-penal tutelado em cada um dos tipos penais. De um lado, identifica-se a proteção dos bens jurídicos integridade genética do embrião pré-implantatório e inalterabilidade e intangibilidade do património genético da espécie humana no caso do art. 159 do CP espanhol<sup>25</sup>. Por outro lado, segundo a construção aqui desenhada, aponta-se a ética desportiva como o bem jurídico protegido no crime de dopagem do artigo 361bis do CP, embora a inserção sistemática do tipo no código penal o situe no capítulo dos delitos contra a saúde pública.

Todavia, embora existam duas previsões legais que aparentemente se sobrepõem, é possível estabelecer uma diferença em relação ao tipo objetivo de cada um dos crimes. Desta forma, é possível afirmar que não existirá confronto entre as manipulações genéticas somáticas e as manipulações genéticas germinais ou em linha germinal. Isto significa que as manipulações genéticas somáticas não foram (ou não deveriam ter sido) contempladas pelo artigo 159 do CP<sup>26</sup>. Por outro lado, esta modalidade de manipulação genética será, por excelência, a modalidade escolhida para a transferência de genes com intuito de *human enhancement* prevista na lista de substâncias e métodos proibidos pela AMA. De outra forma, as manipulações genéticas germinais ou em linha germinal estão proibidas através do que dispõe o crime do artigo 159 do CP, porém não possuem um lugar de aplicação no âmbito do *doping* desportivo, visto que não produzem benefícios aos indivíduos, mas somente aos seus descendentes<sup>27</sup>.

Por conseguinte, há de se fazer uma distinção relevante. Em primeiro lugar, quando houver concurso de leis penais, o que só poderá ocorrer no caso das *manipulações genéticas somáticas* (v.g., em Portugal, entre o crime previsto no art. 143 do CP e o crime previsto no art. 45 da Lei n.º 38/2012), a solução se dará pelo critério da unidade de lei (Figueiredo Dias), ou seja pelo critério da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*), visto que a finalidade das condutas e o seu sentido de ilícito dirigem-se a uma violação das regras desportivas, ofendendo, portanto, a ética desportiva, *afastando, assim, a aplicação do tipo penal de lesão corporal*.

Em segundo lugar, situam-se as *manipulações genéticas germinais*, aqui não haverá concurso de normas por quatro motivos. Primeiro porque um gameto ou um embrião não pode ser considerado um atleta, assim como não se enquadra no âmbito de aplicação subjetiva das leis penais antidopagem. Segundo porque a realização de manipulações genéticas germinais encontra uma enorme distância espacial e cronológica em relação a qualquer lesão ou perigo à ética desportiva. Isso seria uma grande antecipação da tutela penal, a qual não é de forma alguma, sensata, dogmática ou desejada. Terceiro porque não existirá aumento da performance dos atletas em caso de manipulações germinais, visto que estas só produzem benefícios aos seus descendentes. Em último lugar, poder-se-á dizer que as consequências para as gerações futuras seriam muito significativas para justificar somente a tutela da ética desportiva.

<sup>25</sup> Cf. ROMEO CASABONA. *Op. cit.*, p. 467.

<sup>26</sup> Cf. *Idem*, p. 463-464.

<sup>27</sup> Cf. MANTOVANI. *Op. cit.*, p. 94.

Em suma, no âmbito das competições desportivas, uma conduta de *doping* genético, operada em células somáticas, deverá ser punida pelo crime de *doping* em razão da especificidade da atuação delitiva, enquanto que as manipulações genéticas germinais ou em linha germinal não podem, nem devem ser perseguidas criminalmente pelo tipo penal de dopagem. Por fim, poder-se-á afirmar que as técnicas de clonagem – ainda que objetivadas para a competição desportiva, v.g.: o desejo de possuir dois Cristianos Ronaldos na mesma equipe – preencheriam somente o tipo penal relativo à ofensa à identidade e irrepetibilidade do ser humano (em Portugal, art. 36 da Lei n.º 32/2006) e não ao crime de *doping*, visto que o sentido do ilícito relacionado à clonagem ultrapassa, certamente, os limites desportivos.

## CONCLUSÃO

Diante do exposto, reiteram-se as seguintes considerações: a) o *doping* deve ser proibido no âmbito jurídico-desportivo, pois afronta o espírito desportivo; b) o direito penal não deve intervir no fenômeno da dopagem, mesmo na dopagem genética. Deve, portanto, perseguir as condutas relacionadas com a dopagem através de outros crimes que tutelam específicos bens jurídico-penais; c) aqueles países que pretenderem incriminar as condutas de *doping*, deverão orientar a intervenção penal através da tutela da ética desportiva (que não significa uma tutela da moral!). Entretanto, cabe ressaltar que a ética desportiva pode possuir merecimento de pena, mas dificilmente apresenta necessidade de pena, principalmente porque o sistema desportivo combate a dopagem de forma mais eficiente e eficaz; d) o *doping* genético relativo às manipulações genéticas em células somáticas (naqueles países que incriminam a dopagem) deve ser processado pelo tipo penal que tutela a ética desportiva e não através da tutela da integridade física, em virtude da especialidade da norma penal antidopagem; e) as manipulações genéticas germinais ou em linha germinal devem permanecer proibidas segundo a proteção do bem jurídico identidade genética, visto que não chegam a lesionar ou pôr em perigo a ética desportiva.