



A Violação à Regra Antidopagem por falha de Localização à Luz da Teoria Geral do Delito

Antidoping Violation Whereabouts Failure in Light of the General Theory of Crime

La Violación a la Regla Antidopaje por Falla de Localización a la Luz de la Teoría General del Delito

Tatiana Mesquita Nunes

Universidade de São Paulo

Advocacia-Geral da União

proftatianamesquitanunes@gmail.com

Resumo

Por meio de vertente metodológica dogmático-jurídica, a partir de pesquisa normativa, doutrinária e jurisprudencial específica do objeto de análise, o artigo propõe-se ao estudo da aplicabilidade dos elementos conformadores da teoria geral do delito (a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade) como elementos interpretativos da infração à norma antidopagem prevista no artigo 121 do Código Brasileiro Antidopagem (art. 2.4. do Código Mundial Antidopagem) denominada “falha de localização” (*whereabouts failure*). A partir da investigação da evolução da infração na legislação antidopagem nos Códigos Mundiais de 2003, 2009, 2015 e 2021, apresenta-se sua estruturação atual, enfatizando a descrição do tipo na norma vigente e suas peculiaridades. Com base em estudo doutrinário, são também introduzidos os elementos componentes da teoria geral do delito, quais sejam, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, os quais servem à interpretação do tipo “falha de localização” pretendida neste artigo. Na parte final, e com lastro em tal interpretação, o tipo antidopagem da “falha de localização” é detalhadamente analisado, inclusive por meio do estudo de precedentes relevantes da Corte Arbitral do Esporte, permitindo a apresentação não apenas de uma interpretação razoável para sua atual representação, como também de crítica quanto à sua conformação atual e de sugestão de “*lege ferenda*” para sua futura adequação.

Palavras-chave: Direito Desportivo. Antidopagem. Violações. Teoria Geral do Delito. Falha de Localização.

Abstract

Through a dogmatic-legal methodological approach, based on specific normative, doctrinal, and jurisprudential research related to the object of analysis, the article aims to study the applicability of the constitutive elements of the general theory of crime (typicality, unlawfulness, and culpability) as interpretative elements of the anti-doping rule violation provided for in Article 121 of the Brazilian Anti-Doping Code (art. 2.4 of the World Anti-Doping Code) called ‘whereabouts failure.’ Based on the investigation of the evolution of the infraction in anti-doping legislation in the 2003, 2009, 2015, and 2021 World Codes, its current structure is presented, emphasizing the description of the violation in the current regulation and its peculiarities. Built on a doctrinal study, the components of the general theory of crime are also introduced,

namely, typicality, unlawfulness, and culpability, which serve to interpret the ‘whereabouts failure’ violation as intended in this article. In the final part, grounded in such interpretation, the anti-doping violation of ‘whereabouts failure’ is thoroughly analyzed, including through the study of relevant precedents from the Court of Arbitration for Sport, allowing for the presentation of not only a reasonable interpretation of its current representation but also a critique of its current structure and a ‘lege ferenda’ suggestion for its future adaptation.

Keywords: Sports Law. Anti-Doping. Violations. General Theory of Crime. Whereabouts Failure.

Resumen

A través de una vertiente metodológica dogmática-jurídica, a partir de una investigación normativa, doctrinal y jurisprudencial específica sobre el objeto de análisis, el artículo se propone estudiar la aplicabilidad de los elementos conformadores de la teoría general del delito (la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad) como elementos interpretativos de la infracción a la norma antidopaje prevista en el artículo 121 del Código Brasileño Antidopaje (art. 2.4 del Código Mundial Antidopaje), denominada ‘falla de localización’ (*whereabouts failure*). A partir de la investigación de la evolución de la infracción en la legislación antidopaje en los Códigos Mundiales de 2003, 2009, 2015 y 2021, se presenta su estructura actual, enfatizando la descripción del tipo en la norma vigente y sus peculiaridades. Con base en un estudio doctrinal, también se introducen los elementos componentes de la teoría general del delito, a saber, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, que sirven para la interpretación del tipo de ‘falla de localización’ pretendida en este artículo. En la parte final y basándose en tal interpretación, se analiza detalladamente el tipo antidopaje de ‘falla de localización,’ incluyendo el estudio de precedentes relevantes del Tribunal de Arbitraje Deportivo, lo que permite presentar no solo una interpretación razonable de su representación actual, sino también una crítica sobre su conformación actual y una sugerencia ‘lege ferenda’ para su futura adecuación.

Palabras Clave: Derecho Deportivo. Antidopaje. Violaciones. Teoría General del Delito. Falla de Localización.

Introdução

Este artigo propõe-se a aplicar os elementos conformadores da teoria geral do delito, quais sejam, a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade como elementos interpretativos da infração à norma antidopagem prevista no artigo 121 do Código Brasileiro Antidopagem (art. 2.4. do Código Mundial) denominada “falha de localização” (*whereabouts failure*).

Para essa finalidade, o artigo introduziu, inicialmente, a violação de falha de localização, prevista desde 2003 no Código Mundial Antidopagem e atualmente compreendida nos artigos 2.4 e 121 dos Códigos Mundial e Brasileiro de 2021, respectivamente. O estudo seguirá com a apresentação dos elementos componentes da teoria geral do delito (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) para, em sua última parte, aplicá-los à figura típica da falha de localização, analisando a jurisprudência da Corte Arbitral do Esporte sobre o tema e apresentando crítica quanto à conformação atual do tipo, com sugestões de interpretação e alteração legal.

Procedimentos Metodológicos

A pesquisa desenvolveu-se a partir da vertente metodológica dogmática-jurídica, a partir de pesquisa normativa, doutrinária e jurisprudencial específica do objeto de análise.

A Falha de Localização na Legislação Antidopagem

A falha de localização é uma das violações às regras antidopagem inserida no Código Brasileiro Antidopagem de 2021 em reprodução à correspondente violação de “*whereabouts failure*” prevista no Código Mundial Antidopagem do mesmo ano. Trata-se de violação que, de uma forma ou de outra, sempre se apresentou nos Códigos elaborados pela Agência Mundial Antidopagem.

No primeiro Código de 2003, a violação possuía uma redação um pouco diferente, embora sentido bastante similar ao atualmente consagrado na legislação. Ali, apresentava-se como “*violation of applicable requirements regarding Athlete availability for Out-of-Competition Testing including failure to provide required whereabouts information and missed tests which are declared based on reasonable rules*”.

Naquele momento, a estruturação do sistema de *whereabouts* era mais rudimentar, dependendo de iniciativas das próprias organizações nacionais antidopagem e federações internacionais. Não existia, ali, a obrigação de preenchimento prévio de tais informações, como se verifica atualmente. O próprio tipo dependia de complementação por regras específicas da modalidade (diferentemente do que ocorre hoje, em que a complementação é realizada de forma

centralizada, por regras da própria Agência Mundial Antidopagem), as quais estabelecem as obrigações relacionadas ao *whereabouts* e aos testes fora de competição¹.

Foi o Código Mundial de 2009 que instituiu o sistema de *whereabouts* como hoje o conhecemos, a saber, como um sistema centralizado de informações a respeito da localização, em uma janela pré-determinada, de atletas do Grupo Alvo de Testes². A redação da violação de falhas de localização passou a ser similar à que possuímos atualmente, a saber:

Violation of applicable requirements regarding Athlete availability for Out-of-Competition Testing, including failure to file required whereabouts information and missed tests which are declared based on rules which comply with the International Standard for Testing. Any combination of three missed tests and/or filing failures within an eighteen-month period as determined by Anti-Doping Organizations with jurisdiction over the Athlete shall constitute an anti-doping rule violation.

Na época, foram muitas as discussões a respeito da aderência das novas regras à proteção à privacidade dos atletas e de forma mais ampla aos direitos humanos³. Nada obstante, a iniciativa prosperou e a previsão do *whereabouts* e da sua violação passou a constar nos Códigos posteriores, como o de 2015 (inclusive após as emendas de 2019)⁴ e o atual, de 2021, de seguinte redação: “*Any combination of three missed tests and/or filing failures, as defined in the International Standard for Results Management, within a twelve-month period by an Athlete in a Registered Testing Pool*”.

A violação em questão, segundo o atual Código Mundial, leva à potencial sanção de dois anos de suspensão, passível de redução a um ano dependendo do “grau de culpa do Atleta”⁵. Note-

¹ Nesse sentido os comentários ao art. 2.4 do Código: “*Unannounced Out-of-Competition Testing is at the core of effective Doping Control. Without accurate Athlete location information such Testing is inefficient and sometimes impossible. This Article, which is not typically found in most existing anti-doping rules, requires Athletes that have been identified for Out-of-Competition Testing to be responsible for providing and updating information on their whereabouts so that they can be located for No Advance Notice Out-of-Competition Testing. The ‘applicable requirements’ are set by the Athlete’s International Federation and National Anti-Doping Organization in order to allow some flexibility based upon varying circumstances encountered in different sports and countries. A violation of this Article may be based on either intentional or negligent conduct by the Athlete*”.

² “14.3 Athlete Whereabouts: As further provided in the International Standard for Testing, Athletes who have been identified by their International Federation or National Anti-Doping Organization for inclusion in a Registered Testing Pool shall provide accurate, current location information. The International Federations and National AntiDoping Organizations shall coordinate the identification of Athletes and the collecting of current location information and shall submit these to WADA. This information will be accessible, through ADAMS where reasonably feasible, to other Anti-Doping Organizations having jurisdiction to test the Athlete as provided in Article 15. This information shall be maintained in strict confidence at all times; shall be used exclusively for purposes of planning, coordinating or conducting Testing; and shall be destroyed after it is no longer relevant for these purposes.”

³ Veja-se: HALT (2009) e VALKENBURG; HON; HILVOORDE (2014).

⁴ “2.4. Whereabouts Failures: Any combination of three missed tests and/or filing failures, as defined in the international Standard for Testing and investigations, within a twelve-month period by an athlete in a registered testing Pool”.

⁵ 10.3.2. For violations of Article 2.4, the period of Ineligibility shall be two (2) years, subject to reduction down to a minimum of one (1) year, depending on the Athlete’s degree of Fault. The flexibility between two (2) years and one (1) year of Ineligibility in this Article is not available to Athletes where a pattern of last-minute whereabouts changes or other conduct raises a serious suspicion that the Athlete was trying to avoid being available for Testing.

se que se trata de uma norma sancionadora em branco, dado depender de elementos externos ao tipo – no caso, a definição prevista no Padrão Internacional de Gestão de Resultados, para seu aperfeiçoamento⁶. Essa última questão será retomada quando da análise da aplicação da teoria geral do delito à violação em questão. Antes, porém, faz-se mister introduzir alguns aspectos elementares dessa teoria, a fim de nivelar o conhecimento necessário à análise a que se presta este estudo.

A Teoria Geral do Delito e sua aplicabilidade como baliza interpretativa das normas antidopagem

A fim de estabelecer as balizas teóricas sobre as quais será realizada a análise proposta na terceira parte deste artigo, vale citar os ensinamentos de Cezar Roberto Bittencourt acerca da Teoria do Tipo Penal⁷⁻⁸. O autor considera que os estágios ou degraus valorativos que permitem a atribuição de responsabilidade são três: (i) tipicidade; (ii) antijuridicidade; e (iii) culpabilidade.

Para o autor, “tipo é o conjunto dos elementos do fato punível descrito na lei penal”, sendo tipicidade “(...) a conformidade do fato praticado pelo agente com a moldura abstratamente descrita na lei penal”. Ele apresenta o juízo de tipicidade como uma operação que analisa se “(...) determinada conduta se adapta aos requisitos descritos na lei”, caracterizando-se como infração penal. Assim, “(...) quando o juízo de tipicidade for negativo estaremos diante da atipicidade da conduta, o que significa que a conduta não é relevante para o Direito Penal, mesmo que seja ilícita perante outros ramos jurídicos”.

⁶ A redação do Código Brasileiro Antidopagem de 2021, embora formatada em atenção à tradição romano-germânica do nosso direito, repete a do Código Mundial, dispondo o seguinte: Art. 121. Combinação de três testes perdidos e/ou falhas de informação em um período de doze meses por atleta incluído no Grupo Alvo de Testes, conforme definido no Padrão Internacional para Gestão de Resultados. Sanção: suspensão de dois anos. § 1º O período de sanção previsto no caput está sujeito a uma redução para, no mínimo, um ano, dependendo do grau de culpa do atleta. § 2º A possibilidade de redução prevista no § 1º não será aplicável caso um padrão de alterações das informações de localização de última hora ou outra conduta suscitar a grave suspeita de que o atleta evitava a disponibilidade para testes.

⁷ BITENCOURT (2023, pp. 855-1136).

⁸ A escolha de Cezar Roberto Bittencourt não é aleatória. O autor representa a corrente atualmente majoritária no que concerne ao conceito de crime, objeto de estudo da Teoria Geral do Delito. Não se desconhece, porém, a existência de inúmeras teorias e autores que abordam, com excelência, essa mesma teoria. Desde antigos expoentes nacionais como Aníbal Bruno (*Direito penal: parte geral*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005) e Nelson Hungria (*Comentários ao Código Penal: Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. 9 v.), passando por expoentes estrangeiros, como Hans Welzel (*Derecho Penal – Parte General*. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956), Eugenio Raúl Zaffaroni (*O Inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editora Revan e Instituto Carioca de Criminologia, 2007), Claus Roxin (*Política criminal e sistema jurídico-penal*. trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000), Gunther Jakobs (*Direito Penal do Inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008) e Winfried Hassemer (*Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Porto Alegre: SAFE, 2005), até autores pátrios atuais, como Luis Flávio Gomes (*Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva: o novo conceito de tipicidade objetiva na pós-modernidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011) e Julio Fabbrini Mirabete (*Manual de Direito Penal*. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2005).

Para definição da antijuridicidade, Bittencourt vale-se dos ensinamentos de Welzel, para quem “toda realização do tipo de uma norma proibitiva é certamente antinormativa, mas nem sempre é antijurídica”. Para ele,

[a] interferência de uma norma permissiva impede que a norma geral, abstrata, converta-se em dever jurídico concreto para o autor, autorizando, excepcionalmente, a realização de conduta típica. Nesse sentido, segundo a doutrina welzeliana, quando concorre uma causa de justificação, apesar de a conduta ser antinormativa (por infringir uma norma proibitiva), não se apresenta como antijurídica, eis que autorizada, excepcionalmente, por outra norma permissiva. Por isso, Welzel conceitua a antijuridicidade como “a contradição da realização do tipo de uma norma proibitiva com o ordenamento jurídico em seu conjunto (não somente com uma norma isolada)”.

Por fim, a culpabilidade, também com base na teoria de Welzel, seria “(...) a reprovabilidade da configuração da vontade”. Assim, ele considera que “(...) toda culpabilidade é culpabilidade de vontade, ou seja, somente se pode reprovar ao agente, como culpabilidade, aquilo a respeito do qual pode algo voluntariamente”. Com base em tais premissas,

Welzel diferencia os três elementos que são analisados em sede de culpabilidade para a formulação do juízo de reprovação: a) a imputabilidade (capacidade de culpabilidade); b) o conhecimento potencial da antijuridicidade (ausência de erro de proibição) — elementos que fundamentam o poder atuar de outro modo —; e c) a inexistência de causas de exculpação, como fundamento da exigibilidade de atuação conforme ao Direito⁹.

Embora a teoria geral do delito tenha sido estruturada no âmbito do direito penal sancionador, as noções básicas dos institutos que a compõem, especialmente dos três elementos conformadores da responsabilidade acima descritos, são aplicáveis aos tipos que consubstanciam as normas antidopagem, pois, da mesma forma que os delitos penais, os ilícitos antidopagem são estruturados por tipos, cujos elementos fundamentais são os mesmos daqueles. Assim, a lógica interpretativa — especialmente na ausência de uma lógica interpretativa própria, como ocorre no caso — pode e deve ser transportada para dar segurança ao hermeneuta responsável pela subsunção dos fatos potencialmente ilícitos àquelas normas.

⁹ Sabe-se que a teoria normativa pura da culpabilidade, da qual Hans Welzel é importante expoente, vem sendo bastante discutida, em razão de potencial impossibilidade de demonstrar empiricamente o livre-arbítrio humano, como pressuposto do poder atuar de outro modo. Nada obstante, serve a teoria para os propósitos deste artigo, o qual não tem por objeto adentrar essa relevante discussão.

A Falha de Localização à luz dos elementos da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade

Para que possamos fixar a interpretação mais adequada e os comportamentos subsumíveis ao tipo “falha de localização” vale recordar o tipo em todos os seus elementos, dada a necessidade de uma acurada apreciação da figura típica para que seja possível uma correta subsunção. Para esse fim, valho-me da descrição típica prevista no Código Brasileiro Antidopagem, a qual, como dito, reproduz o conteúdo do Código Mundial, adaptando-o, em sua forma, à lógica da *civil law*¹⁰:

Art. 121. Combinação de três testes perdidos e/ou falhas de informação em um período de doze meses por atleta incluído no Grupo Alvo de Testes, conforme definido no Padrão Internacional para Gestão de Resultados.

Sanção: suspensão de dois anos.

§ 1º O período de sanção previsto no caput está sujeito a uma redução para, no mínimo, um ano, dependendo do grau de culpa do atleta.

§ 2º A possibilidade de redução prevista no § 1º não será aplicável caso um padrão de alterações das informações de localização de última hora ou outra conduta suscitar a grave suspeita de que o atleta evitava a disponibilidade para testes.

Analisando-se o tipo, verifica-se que a conduta do atleta incluído no Grupo Alvo de Testes de perda e/ou falha de informação de três testes num período de doze meses será considerada antijurídica, típica e culpável, sendo este último elemento objeto, a princípio, de valoração conforme §§ 1º e 2º do tipo. A própria caracterização da conduta ilícita, no entanto, depende de elementos externos ao tipo, dado não ser possível pressupor, a princípio, o que seriam: (i) atletas incluídos no Grupo Alvo de Testes; (ii) perda de teste; e (iii) falha de informação. Do mesmo modo, inexistente informação acerca da forma de contagem do período de doze meses.

O próprio artigo, no entanto, apresenta a resposta a essas indagações, apontando para o Padrão Internacional de Gestão de Resultados como o documento apto à complementação de tal tipo sancionador em branco, importando-se conceitos ali descritos para a correta exegese do tipo.

No tocante ao Grupo Alvo de Testes, a resposta encontra-se no próprio Anexo I (Definições) do Código, assim considerando-se o

(...) grupo de atletas de alta prioridade estabelecido internacionalmente pelas Federações Internacionais e nacionalmente pela ABCD, que estão sujeitos a testes em competição e fora de competição como parte do plano de distribuição de testes e que, portanto, devem fornecer informações de localização, conforme previsto neste Código e no Padrão Internacional para Testes e Investigações.

¹⁰ Vale lembrar que o Código Mundial Antidopagem é estruturado segundo modelagem de *common law*, dada a influência dos países que adotam este modelo em sua elaboração. Assim, a internalização do Código no sistema jurídico brasileiro passa não somente pelo necessário filtro constitucional e legal, adaptando-o conforme necessário para sua adequação jurídico-sistemática, como também pela remodelação conforme a estrutura da *civil law*.

Já quanto à contagem do período de doze meses, o Padrão Internacional de Gestão de Resultados define o seguinte:

B.1.2 *The 12-month period referred to in Code Article 2.4 starts to run on the date that an Athlete commits the first Whereabouts Failure being relied upon in support of the allegation of a violation of Code Article 2.4. If two (2) more Whereabouts Failures occur during the ensuing 12-month period, then Code Article 2.4 anti-doping rule violation is committed, irrespective of any Samples successfully collected from the Athlete during that 12-month period. However, if an Athlete who has committed one (1) Whereabouts Failure does not go on to commit a further two (2) Whereabouts Failures within the 12-months, at the end of that 12-month period, the first Whereabouts Failure “expires” for purposes of Code Article 2.4, and a new 12-month period begins to run from the date of their next Whereabouts Failure.*

Nos dois casos, os conceitos que complementam o tipo parecem solucionar eventuais dúvidas interpretativas. O mesmo não se pode dizer, no entanto, em relação aos conceitos de falha de preenchimento e teste perdido. Conforme se demonstrará, tais conceitos acabam por se confundir com a própria análise de grau de culpa pretendida pelos §§ 1º e 2º, levando a dificuldades interpretativas já constatadas na jurisprudência. Vejamos, pois, como o Padrão Internacional propõe solucionar a questão:

B.2.1 *An Athlete may only be declared to have committed a Filing Failure where the Results Management Authority establishes each of the following: (...) d) That the Athlete’s failure to file was at least negligent. For these purposes, the Athlete will be presumed to have committed the failure negligently upon proof that they were notified of the requirements yet did not comply with them. That presumption may only be rebutted by the Athlete establishing that no negligent behavior on their part caused or contributed to the failure.*

B.2.4 *An Athlete may only be declared to have committed a Missed Test where the Results Management Authority can establish each of the following: (...) e) That the Athlete’s non-availability for Testing at the specified location during the specified 60-minute time slot was at least negligent. For these purposes, the Athlete will be presumed to have been negligent upon proof of the matters set out at sub-Articles B.2.4 (a) to (d). That presumption may only be rebutted by the Athlete establishing that no negligent behavior on their part caused or contributed to their failure (i) to be available for Testing at such location during such time slot, and (ii) to update their most recent Whereabouts Filing to give notice of a different location where they would instead be available for Testing during a specified 60-minute time slot on the relevant day.*

Antes de adentrar, porém, nas dificuldades relacionadas à interpretação de tais conceitos em coerência ao disposto nos §§ ao artigo 121 do Código (já que a análise do grau de culpa é o

último passo – dosimetria da pena – na operação de subsunção), é interessante destacar alguns entendimentos firmados pela Corte Arbitral do Esporte em relação à interpretação do dispositivo como um todo, a fim de, desde logo, elidir outras dúvidas do intérprete:

- 1) A orientação da Corte Arbitral do Esporte é de que *“the requirement that an athlete must be available at a specific location for testing for a 60-minute period imposes a requirement on the athlete to be physically present at the specified location during the 60-minute period (...) It’s not enough that the athlete be nearby”* (CAS 2020/A/7526. Christian Coleman v. World Athletics);
- 2) Em CAS 2020/A/7526 (World Athletics v. Salwa Eid Naser) e CAS 2020/A/7559 (World Anti-Doping Agency v. World Athletics & Salwa Eid Naser), o Painel apresentou entendimento de que *“athletes should put themselves in the shoes of a DCO and be diligent at foreseeing and removing beforehand any possible difficulties that a DCO might encounter at the specific location chosen by the athlete”*;
- 3) A Corte Arbitral do Esporte firmou entendimento de que *“the evaluation of the reasonableness of a DCO’s attempt must be made by looking objectively at the steps taken by the DCO in the specific location chosen by the athlete, in light of the information provided by the athlete”* (CAS 2020/A/7526. World Athletics v. Salwa Eid Naser e CAS 2020/A/7559. World Anti-Doping Agency v. World Athletics & Salwa Eid Naser);
- 4) Um ponto importante, já destacado em inúmeras oportunidades pelo CAS (reiterado em CAS 2021/A/8391. Andrejs Rastorgujevs v. International Biathlon Union – IBU), é que *“a telephone call is merely an option arising from the discretion of the DCO and in no way rises to the level of an expectation on which an athlete should rely to repair deficiencies in the address given in his Whereabouts filling”*.

Apresentadas essas importantes diretrizes interpretativas firmadas pela Corte Arbitral do Esporte, passa-se à análise da influência da própria conformação típica da infração em relação à dosimetria da pena proposta, segundo o grau de culpa, pelos parágrafos do artigo 121.

Retomando as lições de Bittencourt e seguindo o passo-a-passo proposto pela teoria finalista¹¹ Pode-se afirmar que a conduta típica descrita pela infração de “falha de localização” é, justamente, o comportamento do atleta incluído no Grupo Alvo de Testes que, em três oportunidades no período de doze meses, perdeu três testes e/ou falha no preenchimento do seu *whereabouts*. São elementos estruturais do tipo, portanto, (i) o atleta está incluído no Grupo Alvo de Testes; (ii) a perda/falha em três oportunidades; e (iii) o período máximo de doze meses entre a primeira e a terceira falha. Preenchidos tais elementos, teríamos, a princípio, uma conduta típica, i.e., “a conformidade do fato praticado pelo agente com a moldura abstratamente descrita na lei penal”, para utilizar as palavras do citado autor.

A antijuridicidade, por sua vez, perquirida a partir da “contradição da realização do tipo de uma norma proibitiva com o ordenamento jurídico em seu conjunto (não somente com uma norma isolada)”, deve ser perquirida pela leitura do tipo inscrito no artigo 121 em conjunto com toda a

¹¹ A teoria finalista do Direito Penal, utilizada como base deste estudo e como fundamento do Código Penal Brasileiro, teve o condão de identificar o elemento subjetivo da tipicidade – a chamada reprovabilidade da conduta do autor. Para mais, vide COLEN, Guilherme Coelho. A Teoria Finalista da Ação e as Bases do Código Penal. 2018. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Vol. 21, n. 41. pp. 152-165.

legislação aplicável. Ou seja, havendo norma permissiva aplicável ao caso, a conduta deixaria, em tese, de ser antijurídica, ainda que típica. Exemplo de tal norma permissiva é o artigo 196, § 2º, do Código Brasileiro Antidopagem, que exige o atleta aposentado incluído no Grupo Alvo de Testes de, em algumas situações, notificar por escrito a autoridade de controle antes do retorno às atividades esportivas¹².

Por fim, o último elemento a ser analisado é a culpabilidade, reconhecida como a reprovabilidade da configuração da vontade é composta por três elementos essenciais: (i) imputabilidade; (ii) conhecimento potencial da antijuridicidade; e (iii) inexistência de causas de exculpação. No caso, verifica-se que o Padrão Internacional de Gestão de Resultados apresenta espécie de excludente de culpabilidade quando determina que a conduta do atleta deve ser ao menos negligente para caracterização da falha de informação (B.2.1) ou teste perdido (B.2.4). Ou seja, o atleta que consegue comprovar que, embora tenha efetivamente falhado ou perdido o teste, o fez em razão de alguma circunstância alheia à sua vontade que afaste a presunção de negligência não terá seu comportamento, embora a princípio típico e antijurídico, considerado como culpável, afastando desde logo a violação.

Ou seja, a ausência de conduta ao menos negligente opera-se como espécie de excludente de culpabilidade, de forma a permitir a conclusão de que o tipo “falha de localização” é um tipo subjetivo, que depende, ao menos, de um comportamento culposo (diferentemente da conhecida responsabilidade estrita aplicável à violação de presença de substância proibida). Por outro lado, o próprio Padrão Internacional já exclui, de antemão, o elemento doloso do tipo, afirmando que uma única falha de localização pode ser investigada, a depender do caso, “(...) *under Code Article 2.3 (Evading Sample Collection) and/or Code Article 2.5 (Tampering or Attempted Tampering with Doping Control)*”. Ou seja, o atleta que, intencionalmente, não se apresenta na janela de whereabouts não deve ser investigado por falha de localização, e sim por evasão ou fraude, a depender das circunstâncias do caso.

O tipo “falha de localização” é, portanto, um tipo aberto (infração em branco), subjetivo e aceita apenas a modalidade culposa, dado que a ação “justificada” do agente exclui a culpabilidade e o dolo sequer faz parte do tipo – o dolo enseja violação diversa da falha de localização (evasão ou fraude).

¹² Art. 196. O atleta aposentado de nível nacional ou internacional do Grupo Alvo de Testes da ABCD que decida voltar a competir deverá cumprir as seguintes condições: I – notificar por escrito a ABCD e sua Federação Internacional de sua decisão com antecedência mínima de seis meses de seu efetivo retorno a competições; e II – abster-se de competir em eventos internacionais ou nacionais até que tenha se colocado à disposição para testes após a notificação prevista no inciso I. § 1º No caso de atleta que, ao se aposentar, cumpria período de suspensão, a notificação de que trata o inciso I deverá ter a antecedência do período de suspensão restante na data em que se aposentou, se superior a seis meses. § 2º A AMA, após consulta à Federação Internacional e à ABCD, poderá afastar a exigência da notificação prevista no inciso I quando sua aplicação se demonstre injusta para o atleta. § 3º Da decisão adotada conforme o § 2º caberá o recurso de que trata o art. 330. § 4º Qualquer resultado competitivo obtido em violação a este artigo deverá ser desqualificado, exceto se o atleta puder comprovar que não poderia razoavelmente ter conhecimento de que se tratava de um evento internacional ou nacional.

Com base nessa primeira análise, pode-se desde logo concluir que o disposto no § 2º do dispositivo (“a possibilidade de redução prevista no § 1º não será aplicável caso (...) suscitar a grave suspeita de que o atleta evitava a disponibilidade para testes”), é incongruente com a própria conformação típica. Isso porque a conduta voltada a evitar a disponibilidade para testes deve ser investigada, conforme o próprio Padrão Internacional dispõe, como potencial evasão ou fraude. Por outro lado, caso não se comprove conduta intencional (a ensejar uma das outras duas violações mencionadas), o comportamento não deveria, em tese, ser levado em consideração, pois a suposta “suspeita” estaria descartada.

Assim, a primeira conclusão é que a interpretação do § 2º do artigo 121 em consonância com o seu “caput”, que remete ao Padrão Internacional, deve ser no sentido de ensejar a investigação das violações dolosas acima mencionadas, não servindo, em tese, para a dosimetria da pena e sim para uma reclassificação da conduta, se for o caso.

Já quanto à interpretação do § 1º outras ponderações devem ser realizadas, a fim de encerrar as proposições objeto deste estudo. O dispositivo em questão apresenta a possibilidade de o julgador dosar a sanção aplicável ao atleta no caso de falha de localização entre um e dois anos, a depender de seu “grau de culpa”.

O que se percebe, no entanto, é que há uma presunção de negligência elementar ao tipo que determina que toda falha de localização, para fins de sua subsunção à norma, seja fruto de uma conduta culposa mínima. Ou seja, a falha “justificada” (e aqui cabe alto grau de subjetivismo para se verificar o que se considera como justificável, embora o próprio Padrão Internacional e os precedentes da Corte Arbitral do Esporte que foram destacados possam auxiliar em tal tarefa) não é falha para fins da norma legal e, pois, afasta a própria culpabilidade da conduta.

Assim, a dosimetria proposta pelo § 1º do artigo 121 não deve, em tese, recair sobre a própria justificativa (a qual, como dito, importa na configuração, ou não, de uma presunção de negligência e, pois, opera seus efeitos no plano da culpabilidade), e sim sobre outras características do agente – ou de seu comportamento – que possam ensejar uma redução de sua sanção. Tais características poderiam ser, sem exclusão de outras, a própria educação antidopagem, a experiência do atleta e a sua idade. Outra questão que pode ser considerada é uma espécie de responsabilidade compartilhada, quando o próprio DCO, de certa forma, contribua para a falha (embora tal contribuição não se demonstre decisiva para descaracterizá-la).

Diante dessas considerações, discorda-se das conclusões da Corte Arbitral do Esporte no precedente CAS 2011/A/2671 (UCI v. Rasmussen & DIF), no qual o Painel considerou, para fins de redução da sanção, o fato de não haver evidências de que o atleta falhou “(...) *in order to hide from testing and undergo a doping practice*”. Tal razão, como dito, não pode ter o condão de ensejar uma redução, dado que o comportamento doloso sequer é aceito pelo tipo em apreço.

Por outro lado, acertada a decisão apresentada pela Corte no precedente CAS 2022/A/8529 (WADA v. International Boxing Association & Rohan Polanco Emiliano), que considerou a

inexperiência do atleta quanto ao próprio sistema de *whereabouts* (ou seja, a ausência de educação antidopagem) para fins de redução¹³.

Importa notar uma peculiaridade relevante. Sendo os atletas incluídos no Grupo Alvo de Testes, em regra¹⁴, atletas proeminentes no bojo de suas modalidades (e, por isso, necessitam de tal acompanhamento pela autoridade antidopagem), é presumível que possuem certa experiência no esporte. Assim, parece razoável compreender que, embora possível a aplicação da causa de redução do § 1º, a presunção de o atleta possuir educação antidopagem e experiência deve ser elidida por ele, e não o contrário.

Com fundamento no exposto, a proposta interpretativa ao artigo 121, §§ 1º e 2º, é a de se considerar as causas de redução previstas no § 1º com base em questões personalíssimas do atleta e não na análise da justificativa apresentada, e de se considerar o § 2º como diretriz para investigação de outras violações e não como diretriz relacionada à dosimetria da sanção do art. 121.

Considerações finais

Este artigo teve por escopo a análise do tipo “falha de localização” à luz da Teoria Geral do Delito. Aplicando os elementos do tipo propostos pela doutrina penalista, observou-se que os §§ 1º e 2º do artigo 121 do Código Brasileiro Antidopagem merecem interpretação acurada, a fim de dotar-lhe de conteúdo que permita sua coerência com o restante da figura típica. Nessa ordem de ideias, afasta-se a possibilidade de aplicação cega do § 2º, propondo-se que a verificação da “suspeita” ali elencada leve a uma investigação de outras possíveis violações e não a um mero afastamento da causa de redução do § 1º. Já quanto a este, verifica-se a necessidade de uma interpretação conforme, apta a que sua aplicação não esvazie a própria construção do tipo, baseada em uma negligência presumida quanto ao comportamento de falha.

Independentemente da alternativa interpretativa, o artigo se propõe, em conclusão, a oferecer uma proposta, de “lege ferenda”, ao tipo analisado, a qual passa pela exclusão do § 2º e

¹³ Em sentido similar, as decisões em CAS 2020/A/7528 (Christian Coleman v. World Athletics) e CAS 2020/A/7526 (World Athletics v. Salwa Eid Naser).

¹⁴ Sobre o perfil dos atletas incluídos no Grupo Alvo de Testes, vale fazer referência ao Padrão Internacional de Testes e Investigações, que prevê, em seu item 4.8.6.1, os seguintes critérios de inclusão: a) *Athletes who meet the criteria listed in Articles 4.5.2 and 4.5.3 [who compete regularly at the highest level of international Competition; part of national teams; who train independently but perform at major Events; in receipt of public funding; who reside, train or compete abroad; who are nationals of other countries; International-Level Athletes; Athletes serving a period of Ineligibility or a Provisional Suspension; Athletes who were high priority for Testing before they retired from the sport and who now wish to return; athletes with other individual relevant factors];* b) *Athletes whom the International Federation or National Anti-Doping Organization plans to test at least three (3) times per year Out-of-Competition;* c) *Athletes who are part of the Anti-Doping Organization’s hematological module;* d) *Athletes in a Testing pool who fail to comply with the applicable whereabouts requirements;* e) *Athletes for whom there is insufficient whereabouts information available from other sources to locate them for that Testing;* f) *Athletes in a Team Sport who are not part of Team Activities for a period of time;* and g) *Athletes who are serving a period of Ineligibility.*

pela adequação do § 1º, de modo a compor-se da seguinte redação: “O período de sanção previsto no caput está sujeito a uma redução para, no mínimo, um ano, dependendo das características pessoais do atleta e de eventual culpa concorrente na falha”. Está, a nosso ver, a formatação mais adequada que poderá proporcionar uma aplicação da sanção relativa à violação pela jurisprudência de forma mais objetiva – e, por consequência, potencialmente mais justa.

Referências Bibliográficas

- Bitencourt, C. R. (2023). *Tratado de direito penal*. 29. ed. São Paulo: Saraiva. E-book. pp. 855-1136.
- Corte Arbitral Do Esporte (2020). CAS 2020/A/7528. Christian Coleman v. World Athletics. Disponível em <<https://www.athleticsintegrity.org/downloads/pdfs/disciplinary-process/en/CAS-CC-vs-WA-20210415180731093.pdf>>. Acesso em 15 de setembro de 2024.
- Corte Arbitral Do Esporte (2020). CAS 2020/A/7526. World Athletics v. Salwa Eid Naser. Disponível em <<https://www.athleticsintegrity.org/downloads/pdfs/disciplinary-process/en/CAS-Arbitral-Award-Naser.pdf>>. Acesso em 15 de setembro de 2024.
- Corte Arbitral Do Esporte (2020). CAS 2020/A/7559. World Anti-Doping Agency v. World Athletics & Salwa Eid Naser. Disponível em <<https://www.athleticsintegrity.org/downloads/pdfs/disciplinary-process/en/CAS-Arbitral-Award-Naser.pdf>>. Acesso em 15 de setembro de 2024.
- Corte Arbitral Do Esporte (2021). CAS 2021/A/8391. Andrejs Rastorgujevs v. International Biathlon Union – IBU. Disponível em <<https://www.biathlonintegrity.com/wp-content/uploads/2022/11/Arbitral-Award-CAS-8391.pdf>>. Acesso em 15 de setembro de 2024.
- Corte Arbitral Do Esporte (2011). CAS 2011/A/2671. UCI v. Rasmussen & DIF. Disponível em <<https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/2671.pdf>>. Acesso em 15 de setembro de 2024.
- Corte Arbitral Do Esporte (2022). CAS 2022/A/8529. WADA v. International Boxing Association & Rohan Polanco Emiliano. Disponível em <https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/CAS_Award_8529.pdf>. Acesso em 15 de setembro de 2024.
- Halt, J. (2009). Where is the Privacy in WADA's "Whereabouts" Rule? *Marquette Sports Law Review*. Vol. 20. pp. 267-289.
- Valkenburg, D.; Hon, O. & Van Hilvoorde, I. (2014). Doping control, providing whereabouts and the importance of privacy for elite athletes. *International Journal of Drug Policy*. Vol. 25. pp. 212-218.

Recebido em: novembro, 2024
Aprovado em: dezembro, 2024.

A **Revista de Gestão e Negócios do Esporte** utiliza o [Open Journal Systems](#) (versão 3.3.0.9), sistema open source, preservando assim, a integridade dos artigos em ambiente de acesso aberto.
