

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PENAL, MEDICINA FORENSE E CRIMINOLOGIA

SATORU FUJIYAMA
N° USP 6768092

**FRAUDE EM JOGOS ELETRÔNICOS COMPETITIVOS:
BENS JURÍDICOS AFETADOS E INCIDÊNCIA DA TUTELA PENAL**

SÃO PAULO
2022

SATORU FUJIYAMA

**FRAUDE EM JOGOS ELETRÔNICOS COMPETITIVOS:
BENS JURÍDICOS AFETADOS E INCIDÊNCIA DA TUTELA PENAL**

Trabalho de Conclusão de Curso (“Tese de Láurea”) apresentada, ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Professor Titular Alamiro Velludo
Salvador Netto

SÃO PAULO

2022

SATORU FUJIYAMA

**FRAUDE EM JOGOS ELETRÔNICOS COMPETITIVOS:
BENS JURÍDICOS AFETADOS E INCIDÊNCIA DA TUTELA PENAL**

Trabalho de Conclusão de Curso (“Tese de Láurea”) apresentada, ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Professor Titular Alamiro Velludo Salvador Netto

Data de aprovação: _____

Banca examinadora:

Orientador: Professor Titular Alamiro Velludo Salvador Netto

Professor (a):_____

Professor (a):_____

SÃO PAULO

2022

Dedico este trabalho aos meus pais e meus amigos.

RESUMO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso possui como finalidade analisar os impactos na sociedade do uso de mecanismos fraudulentos em partidas de campeonatos de jogos eletrônicos e a possibilidade da incidência da tutela do Direito Penal para a proteção de bens jurídicos afetados por sua utilização. Para isso, foram desenvolvidos os critérios de intervenção do Direito Penal nas condutas potencialmente lesivas, para depois analisar a adequação do uso desses mecanismos a esses critérios. Como há uma tendência atual de aproximação dos jogos eletrônicos competitivos com o esporte formal, foi necessário entender se esses jogos eletrônicos competitivos poderiam ser considerados como esporte, com o intuito de delimitar os possíveis bens jurídicos afetados.

Assim, com base em uma leitura interdisciplinar, foram buscados referenciais teóricos de áreas externas ao direito para conceituar elementos relacionados ao esporte e, com isso, compará-los às práticas competitivas de jogos eletrônicos. O doping demonstrou ser uma prática com muitas similaridades com os referidos mecanismos, o que tornou sua análise também imprescindível ao presente trabalho. Com sua análise, foram delimitados como bens relevantes: a saúde individual do atleta, a saúde pública, a lealdade da concorrência e patrimônio. Contudo, os dois primeiros foram afastados da análise por causa de sua natureza diversa daquela encontrada nos mecanismos fraudulentos utilizados nos campeonatos de jogos eletrônicos.

Nesse sentido, foram desenvolvidos os tipos penais que possuem como função a proteção desses dois últimos bens jurídicos, com a finalidade de averiguar a adequação dos tipos penais às condutas analisadas, ou se haveria a necessidade de uma nova previsão legal para garantir a proteção desses valores. A resposta restou negativa para um novo dispositivo normativo, pois já há a previsão de um delito que se adequa à conduta descrita, denominado como fraude esportiva, prevista no Estatuto de Defesa do Torcedor.

Palavras-chave: Fraude. Jogos eletrônicos. Esporte. Doping. Tutela penal. Bem jurídico.

ABSTRACT

This Course Completion Work aims to examine society impacts related to frauds in electronic games championships and the applicability of Criminal Law to protect legal interests affected by such mechanisms. For that, the conditions for Criminal Law enforceability regarding potentially harmful situations in these scenarios were analyzed, allowing an assessment whether such instruments are adequate for these purposes. Considering an approximation between competitive electronic games and formal sports, it was necessary to understand whether such electronic games can be categorized as sports, establishing the affected legal interests.

Therefore, grounded on an interdisciplinary view, theoretical references outside Law concepts were examined in order to conceptualize elements related to sports, allowing their comparison with competitive practices in electronic games. In this sense, the doping proved to have numerous similarities to such frauds, bringing light to its examination in this Work. With this, the following legal interests were identified as relevant: the individual health of the athlete, the public health, the fair competition and the property. Since the nature of electronic frauds hold a diverse nature when compared to usual doping, only the last two legal interests showed relevance to the scope of this Work.

In this sense, the criminal statutes related to these legal interests were assessed to identify whether the existing offences are adequate to punish electronic fraud conducts. In the absence, the enactment of new offenses would be necessary to enforce a criminal response to these situations. As a conclusion, this Work identified an offence already established by the Fan Defense Act suitable for such conducts, the sport fraud crime.

Keywords: Fraud. Electronic Games. Sport. Doping. Criminal liability. Legal interest.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. Fundamentos do Direito Penal	13
2.1 Evolução histórica do sistema jurídico penal e a delimitação do objeto do Direito Penal	13
2.2 Tipo Penal e Bem jurídico.....	18
3. Esportes formais.....	22
3.2 Conceito de esporte e valores sociais derivados do esporte	23
3.3 Fraude e mecanismos de trapaça no esporte formal competitivo: Doping e bens jurídicos relevantes	25
4. Esportes eletrônicos competitivos	33
4.1 Conceituação de esporte eletrônico competitivo e sua organização	33
4.2 Mecanismos fraudulentos em campeonatos de jogos eletrônicos competitivos	36
5. Doping, modalidades de trapaça em jogos eletrônicos competitivos e Direito Penal.....	38
5.1 Possíveis tipos penais já em vigor que tutelam os bens jurídicos delimitados	38
5.2 Estelionato	43
5.3 Crimes de concorrência desleal.....	49
5.4 Crimes do Estatuto de Defesa do Torcedor.....	52
5.2 Necessidade de um novo tipo penal.....	58
6. CONCLUSÃO	58
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	60

1. INTRODUÇÃO

Os esportes eletrônicos competitivos são o resultado natural e mais explícito das novas formas de interação social trazidas pelo desenvolvimento tecnológico. A velocidade de evolução das novas relações sociais modernas é claramente maior que a capacidade de resposta do direito, criando-se um vácuo legislativo até que se entenda a importância de determinado fenômeno social para sua regulação. Este trabalho pretende analisar, à luz dos conceitos do Direito Penal, se os bens jurídicos envolvidos nas relações geradas pelos jogos eletrônicos competitivos possuem ou não importância a ponto da *ultima ratio* do ordenamento jurídico ser necessária para tutelá-los.

Vistos antes somente como mero entretenimento, os jogos eletrônicos ganharam muito destaque e atraíram, naturalmente, para si um número enorme de praticantes e entusiastas, nas últimas décadas, tornando-se uma grande nova área de interesse. “Jogos eletrônicos, ou *games*, são jogos (*softwares*) criados por empresas para comercialização de forma direta ou indireta, que podem ou não ter características ou serem direcionados para o cenário competitivo do Esports” (BRATEFIXE JUNIOR, 2021, p.16).

Apesar de parecer apenas um fenômeno recente, porém:

A primeira competição organizada que se tem notícia ocorreu em 1972, realizada pela Universidade de Stanford. As *Olimpíadas Intergalácticas de Spacewar* é reconhecida como a primeira competição entre jogadores de plataformas eletrônicas. Posteriormente, em 1980, a Atari organizaria a *Space Invaders Championship*, considerada como a primeira competição de esporte eletrônico em larga escala, com aproximadamente 10 mil participantes de várias partes dos Estados Unidos. (BRATEFIXE JUNIOR, 2021, p.29).

Inaugurada pela *Space Invaders Championship*, em 1980, as competições eram obrigatoriamente presenciais, por uma limitação tecnológica da época (não havia uma rede capaz de conectar remotamente os competidores), o que foi se modificando com o surgimento, desenvolvimento e popularização da internet. Por muito tempo, os praticantes sequer cogitavam a possibilidade de competir, por conta dessa limitação, restringindo sua prática ao ambiente doméstico ou criando competições amadoras regionais. No Brasil, o grande impulsionador das competições foram as *lan houses*, sendo inaugurada a primeira e principal delas, a Monkey¹, em 1998 na cidade de São Paulo.

¹Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Tecnologia/0,,MUL1552689-6174,00-FAS+DE+GAMES+LAMENTAM+FECHAMENTO+DA+PRIMEIRA+LAN+HOUSE+DO+BRASIL.html>>. Acesso em: 06 out 2021.

Com o advento da banda larga e o desenvolvimento de servidores dedicados aos jogos, foi possível a prática remota de jogos eletrônicos. Com isso os jogos eletrônicos puderam crescer e se desenvolver organicamente, surgindo um novo tipo de modalidade, em volta de jogos eletrônicos que tinham regras mais bem estabelecidas de jogabilidade. O desenvolvimento se deu em maior escala entre os jogadores a partir da década de 2000², porém só teve sua popularização como entretenimento, em uma escala parecida com os esportes formais, com a popularização do *streaming*, tendo como principal expoente a *Twitch*³. Assim, surgiu o interesse na criação de competições organizadas nos moldes atuais, desde campeonatos regionais até campeonatos mundiais com premiações no montante dos milhões de dólares⁴. Miguel (2019) destaca que a prática competitiva motivou o uso da expressão *e-sports*, assim como esporte eletrônico.

Dessa forma, os jogos eletrônicos competitivos ganharam relevância e têm servido de meio para inúmeras novas relações jurídicas e econômicas. Com o aumento expressivo de jogadores e de público para os campeonatos, muitas empresas passaram a se interessar por esse mercado, atraindo muitos investimentos e uma maior incidência jurídica na área, tanto para formação de contratos quanto para resolução de conflitos. A forma escolhida pelas equipes para sua organização e contratações foi, naturalmente, adequando-se às práticas já consolidadas no campo dos esportes tradicionais ou formais, por conta de suas similaridades.

Apesar da Coreia do Sul, conforme Bratefixe (2021), por meio de seu governo, ter criado uma agência, ligada ao seu Ministério da Cultura, Esporte e Turismo, para regular e administrar o esporte eletrônico no país, trazendo a ideia de profissionalização, com equipes estruturadas e jogadores dedicados, ainda não é unanimidade que os jogos eletrônicos sejam considerados uma modalidade esportiva de fato.

O enquadramento ou não como esporte é de grande importância, tendo em vista que cada área do direito possui sua própria razão e sistema de princípios. Apesar de não haver unanimidade, no Brasil, sobre onde se localizam os jogos eletrônicos competitivos, já existem indícios de sua adequação mais próxima ao esporte formal, como a aprovação de projeto de uma organização de esporte eletrônico, por meio da Lei Paulista de Incentivo ao Esporte⁵. Além

² Disponível em <<http://cbesports.com.br/esports/esports-o-que-sao/>>. Acesso em: 11 out. 2021.

³ Disponível em: <https://www.espn.com.br/esports/artigo/_/id/7071915/csgo-gaules-quebra-recorde-de-espectadores-simultaneos-na-twitch-durante-jogo-da-mibr>. Acesso em: 11 out. 2021.

⁴ O campeonato do jogo eletrônico DOTA 2, chamado *The International*, teve como premiação o equivalente a R\$ 189 milhões de reais.,Disponível em: <<https://ge.globo.com/esports/stories/2021/04/20/as-dez-maiores-premiacoes-dos-esportes-eletronicos.ghtml>>. Acesso em: 11 out. 2021.

⁵ Disponível em: <<https://sportv.globo.com/site/e-sportv/noticia/intz-ve-reconhecimento-dos-esports-com-projeto-aprovado-sob-lei-de-incentivo-ao-esporte.ghtml>>. Acesso em: 21 out 2021.

disso, algumas organizações privadas de esportes tradicionais já possuem equipes competitivas de jogos eletrônicos, como é o caso do Paris Saint German, Bayern de Munique, Flamengo, Santos e Corinthians⁶.

Atualmente, muitas legislações já tratam os jogos eletrônicos competitivos como esportes eletrônicos equiparados aos esportes tradicionais, como é o caso da lei aprovada na Assembleia Legislativa da Paraíba, lei nº 11.296/2019, de 23 de janeiro de 2019, que regulamenta o esporte eletrônico no estado, além de considerá-lo esporte e nomear, segundo seu art. 2º, os praticantes de esportes eletrônicos como atletas. No mesmo sentido e com as mesmas definições, também foram aprovadas leis regulamentando a matéria na Assembleia Legislativa do Estado do Paraná (Lei nº 20.281/2020), na Assembleia Legislativa do Estado do Amazonas (Lei nº 5.321/2020), na Assembleia Legislativa do Estado da Bahia (Lei nº 14.116/2019), na Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo (Lei nº 11.515/2021), na Assembleia Legislativa do Estado de Goiás (Lei nº 21.080/2021), e na Assembleia Legislativa do Estado de Alagoas (Lei nº 8.219/2019).

Além das leis estaduais supracitadas, há dois projetos de lei tramitando no Congresso Nacional abordando o tema dos esportes eletrônicos, os Projetos de Lei nº 11/2022 e 70/2022. O primeiro busca alterar as Leis nº 9.615/1998 e 13.756/2018, incluindo a Confederação Brasileira de Desportos eletrônicos (CBDEL) no Sistema Nacional de Desporto e destinando a ela recursos provenientes da arrecadação da loteria de prognósticos numéricos, respectivamente. No campo de justificação, a senadora responsável pelo projeto, Rose de Freitas, explana que a Constituição Federal define como dever do Estado o fomento de práticas esportivas formais e não formais, na forma de direito individual, e que o mundo contemporâneo está vivendo a realidade dos esportes eletrônicos, os quais já fazem parte de competições com reconhecimento mundial. Já o segundo projeto visa regulamentar o exercício da atividade esportiva eletrônica, definindo o esporte eletrônico, com a inclusão do praticante como “atleta”, e fomentando o acesso e a prática do esporte eletrônico. No campo de justificação, o deputado responsável pelo projeto, Fausto Pinato, destaca a relevância social do esporte e do dever constitucional do Poder Público em fomentar políticas públicas de incentivo ao esporte, com a necessidade de interpretação extensiva das normas constitucionais para abranger as novas modalidades de esportes eletrônicos. Destaca que o Brasil, em relação ao público, é líder na América Latina e terceiro maior do mundo no cenário. Aponta também que já há

⁶Disponível em: <<https://mktesports.com.br/blog/esports/esports-e-esportes-tradicionais/#:~:text=No%20Brasil%2C%20tamb%C3%A9m%20h%C3%A1%20muitas,%2C%20Flamengo%2C%20Santos%20e%20Corinthians.>>. Acesso em 20 abr 2022.

profissionalização suficiente na área, porém não há um reconhecimento dos praticantes como esportistas de fato e de direito.

Cabe ressaltar que as leis apresentadas não vão de encontro às previsões legais da Constituição Federal, quanto aos esportes, da lei nº 9.615, de 24 de março de 1998, que regulamenta o desporto, também conhecida como Lei Pelé, e do Estatuto do Conselho Federal de Educação Física. Além disso, os jogos eletrônicos competitivos se adequam ao entendimento de Barbanti (2006) sobre o esporte ser uma atividade competitiva institucionalizada que envolve esforço vigoroso ou o uso de habilidades motoras relativamente complexas, por indivíduos, cuja participação é motivada por uma combinação de fatores intrínsecos e extrínsecos. Os esportes eletrônicos seriam posicionados na categoria de atividade institucionalizada que envolve o uso de habilidades motoras complexas, tendo em vista o alto nível de competitividade e a natureza da jogabilidade das modalidades já estabelecidas.

Dessa forma, no Brasil, parece estar cada vez mais claro que o caminho escolhido será o mesmo do esporte formal, com a absorção de seu sistema normativo. Assim, torna-se necessário, além do Direito Penal, central neste trabalho, a análise das normas nacionais relacionadas ao desporto, iniciando pela Constituição Federal de 1988. Na Carta Magna, os esportes formais possuem um valor social, sendo tutelado por seu art. 217, no qual há uma busca da utilização do esporte como ferramenta de formação integral de um cidadão, com seu desenvolvimento biológico, cultural e social. Coerente a esse objetivo constitucional está a busca pelo jogo justo, pela concorrência limpa, tendo em vista o aspecto educativo que foi atribuído ao esporte, sendo até um dos principais lemas dos Jogos Olímpicos. O presente trabalho irá se desenvolver tendo como um de seus núcleos a utilização de mecanismos fraudulentos, pelos jogadores profissionais de jogos eletrônicos competitivos, e seus efeitos jurídicos. O meio mais conhecido de trapaça no esporte é o doping, que conforme definição da Resolução 2, de 05 de maio de 2004, do Ministério do Esporte e do Conselho Nacional do Esporte, é administração ao atleta, ou o uso por parte deste, de substância, agente ou método capaz de alterar o desempenho do atleta, prejudicar a sua saúde ou comprometer o espírito do jogo, por ocasião da competição esportiva ou fora dela. O doping é visto como uma chaga nos esportes, diminuindo a credibilidade de algumas modalidades, campeonatos ou até mesmo países, podendo afetá-los diplomaticamente. Segundo Bem (2014), os exemplos de atletas pegos utilizando doping se multiplicaram ao longo do tempo, com atletas de praticamente todos os níveis maculando suas trajetórias, como foi o caso emblemático da perda dos títulos e suspensão vitalícia para competir do ciclista americano Lance Armstrong pela União Ciclista

Internacional, por exemplo. Leite (2011) entende que a definição de doping depende da definição do bem jurídico a ser protegido.

Nesse sentido, devido às suas semelhanças, os problemas dos esportes formais também são correspondentes, em certo grau, aos dos jogos eletrônicos competitivos. Nestes, há um problema análogo ao doping, que seria o uso de fraudes (trapaças) objetivando um maior desempenho na competição. Diferente do doping, as alterações não são no corpo do atleta, mas sim de forma eletrônica, por meio de programas de computador, para obter vantagens indevidas⁷ como de auxílio automático de mira ou de localização do adversário através de objetos sólidos, como paredes, criando uma assimetria de condições, com a qual o competidor garante o aumento exponencial das chances de vitória, tendo em vista que são modalidades nas quais a ordem de grandeza do tempo de reação está nos centésimos de segundo. Ainda, estão se tornando cada vez mais comuns, principalmente com o advento da pandemia de COVID-19, que forçou a realização de muitos campeonatos de forma remota, pela internet, diminuindo o controle das organizações sobre os campeonatos. Assim, a credibilidade de algumas equipes passou a ser questionada, por conta de uma melhora repentina no desempenho de seus atletas, além de situações em jogo que poderiam ter uma interpretação dúbia. Campeonatos do jogo “CounterStrike: Global Offensive”, no Brasil em 2021, tiveram problemas de saídas de equipes por conta dos banimentos por uso de trapaças⁸. Com isso, haja vista a relevância que os jogos eletrônicos competitivos conquistaram e da quantidade de problemas enfrentados pelo uso de trapaças, que são muitas vezes resolvidos no âmbito da administração interna dos campeonatos ou da plataforma hospedeira do jogo, o indivíduo e a sociedade passam a ser atingidos de forma negativa em relação aos objetivos envolvidos na realização do tipo de evento analisado.

Tendo em vista o impacto causado pelo uso de trapaças, fica claro que a sua relevância vem aumentando progressivamente, assim como a necessidade de intervenção do direito para a garantia de que os princípios e regras do ordenamento brasileiro não sejam desrespeitados. Para auxiliar na delimitação da atuação do Direito Penal, nas situações de uso de mecanismos fraudulentos em campeonatos de jogos eletrônicos, será analisado previamente o debate sobre a sua atuação nos casos de doping, assim como será verificado se este atinge bens jurídicos relevantes para a seara penal e se há uma congruência em relação ao uso de trapaças em campeonatos de jogos eletrônicos.

⁷ Disponível em: <<https://ge.globo.com/esports/csgo/noticia/vac-ban-no-csgo-entenda-o-que-e-e-relembre-maiores-casos.ghtml>>. Acesso em: 11 out. 2021.

⁸ Disponível em: <<https://ge.globo.com/esports/csgo/noticia/cbcs-elite-bears-abandona-disputa-por-vac-ban-de-cidzzz.ghtml>>. Acesso em: 11 out. 2021.

Segundo Prado (2019), o sistema normativo é integrado por normas jurídicas que criam o injusto penal, suas respectivas consequências e formas de exclusão, referindo-se a comportamentos considerados reprováveis ou danosos ao organismo social, que afetam gravemente bens jurídicos indispensáveis à sua própria conservação e progresso. Continua afirmando que a noção de bem jurídico implica a realização de um juízo positivo de valor acerca de determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento do ser humano. Assim, o Direito Penal age com o critério de absoluta necessidade, encontrando limitações jurídico-políticas, especialmente nos princípios penais fundamentais.

Dessa forma, observando situações em que a tutela penal foi eleita para proteger, como *ultima ratio*, parece haver uma identificação entre alguns dos possíveis bens jurídicos afetados pelo uso de mecanismos de trapaça e os já tutelados. Nesses casos, já haveria uma garantia positivada, porém podem existir ou não outros bens que necessitem de uma mesma garantia e não estão protegidos.

2. Fundamentos do Direito Penal

2.1 Evolução histórica do sistema jurídico penal e a delimitação do objeto do Direito Penal

O ser humano, desde que passou a se organizar em comunidade, determinou algumas regras para que fossem garantidas tanto a sobrevivência individual quanto a do grupo. Com o tempo, essas regras passaram a ser sistematizadas e se conformaram no que, hoje, é chamado de direito. Segundo Ferraz Jr. (2008), o direito, em comunidades primitivas, estava ligado ao poder de estabelecer o equilíbrio social, remetendo a um elemento organizacional, com fundamento primário no princípio do parentesco. Há a formulação de regras sobre o modo de agir na comunidade, que ficava mais evidente no momento que o comportamento individual rombia com a expectativa do grupo. Contudo, esse fundamento foi se demonstrando limitado, dado o aumento quantitativo da população e qualitativo das relações sociais, e, principalmente, por causa das relações comerciais e políticas nas culturas pré-modernas, tendo em vista a separação da vida privada familiar para a vida pública em sociedade. Com o deslocamento do poder para um centro político institucional, com a organização em sociedade política e uma hierarquia estabelecida, com essa transformação exigindo que “o direito se manifeste por meio de fórmulas prescritivas de validade permanente, que não se prendem necessariamente às relações de parentesco” (Ferraz Jr., 2008, p.31). Com a regulação de condutas, há uma

progressiva proceduralização do direito, passando a haver novas formas de jurisdição e de estudar o direito, em conjunto às outras ciências que o tem como objeto, tais como a sociologia, a filosofia, antropologia, entre outras.

Nesse mesmo sentido, Prado (2019) entende que o Direito é apresentado conforme modelos de conduta exteriorizados em normas de determinação, sendo estas condutas revestidas de valores relativos ao momento histórico e social, que servem de base para formação de um sistema de normas jurídicas, o ordenamento jurídico. Este possui uma função social a respeitar, devendo ter sua referência na própria sociedade, representando seu conjunto de valores inerentes a sua realidade histórica. Dessa forma, é formada uma base axiológica que traz legitimidade ao sistema normativo.

Há, assim, uma consciência de fins comuns, para cuja consecução é mister haja uma ordenação das vontades individuais e uma organização global da sociedade, presididas ambas por uma consciência jurídica, que implica o senso do proibido e do permitido. A vontade geral ordenadora da sociedade pressupõe, é claro, a consciência dos indivíduos, mas nem por isso se reduz a ela.

Se a cada mundo circundante correspondem valores e fins últimos próprios, há uma consciência jurídica relativa a cada momento histórico, sendo o direito um instrumento orientador e condicionador da realização *in concreto* daqueles valores e fins.

Pelas mesmas razões, a forma de contraposição aos valores e fins últimos, almejados pelo direito, que para tanto ordena as vontades, configura-se de maneira diversa em cada momento histórico, não sendo exagero dizer que a cada sociedade corresponde um tipo de direito e de crime. (REALE JÚNIOR, 2000, p.18-19)

Assim, pode-se considerar o fato social como elemento inicial da formação do Direito, da regulação das condições que trazem segurança às relações humanas, e a contrariedade desse fato social à norma do Direito dá origem ao ilícito jurídico, que viola os bens jurídicos eleitos como mais importantes, conforme entendimento de Jesus (2012). Ainda entende que o Estado estabelece sanções para inibir essas práticas, conjuntamente às outras medidas para a prevenção dessas condutas, protegendo e buscando tornar invioláveis os bens jurídicos protegidos. Como o Direito Penal regula as relações do indivíduo com a coletividade, ele pertence ao Direito Público, não ao Direito Privado.

No campo das sanções mais severas, é onde se encontra o Direito Penal, e, para entender seu objeto e sua função, contemporaneamente, faz-se necessária a compreensão de seu processo histórico na sociedade ocidental, como se deu sua sistematização e evolução, além de servir de forte influência para o Direito Penal brasileiro.

Como ponto de partida, o Direito Penal Romano, conforme Prado (2019), já afirmava o caráter público da pena, com a limitação da vingança privada e aplicação da pena

pelo Estado. O Direito romano já possuía a divisão do ordenamento jurídico em Direito Públco e Direito Privado. Havia uma distinção entre os ilícitos punidos pelo *jus publicum* e pelo *jus civile*. As funções da pena que prevaleciam eram as retributivas e intimidativas, aplicadas pelo Estado como uma reação pública, porém sem uma sistematização dos institutos penais. Outro ordenamento que formou a base jurídica ocidental foi o Direito Penal Germânico, de caráter consuetudinário, no qual o delito era a ruptura, perda ou negação da ordem de paz. Até o século XV, a vingança privada era um direito do ofendido, porém foi sendo substituída pela composição voluntária e, depois, obrigatoria. A composição judicial possuía caráter pecuniário, dando origem à multa como pena. Além disso, O Direito Penal Germânico tinha como característica relevante a objetividade, focando no resultado causado. Outro importante sistema penal para o mundo ocidental foi o Direito Penal Canônico, durante a Idade Média, que teve forte influência do cristianismo, iniciando com um caráter disciplinar de ordem moral. Havia uma ideia de proteção para esse sistema normativo sobre aquilo considerado mais importante, como os bens espirituais, os direitos eclesiásticos e alguns bens jurídicos de ordem leiga. Ainda afirma que o Direito Penal canônico teve como destaque a humanização das penas, o fortalecimento do caráter público do Direito Penal, o princípio da igualdade, mesmo que apenas perante Deus, e a utilização da pena privativa de liberdade, inspirando a estrutura de internação fundado no modelo da penitenciária. A fusão do Direito Penal romano, germânico e canônico, conjuntamente aos direitos nacionais, formaram o chamado Direito Penal comum, após o século XII. Já no Antigo Regime, o Direito Penal passou a ter um caráter punitivista do acusado, colocando de lado a função garantidora do sistema penal, o que abriu margem para um Direito Penal arbitrário e desigual. Foi apenas após a Revolução Francesa que se rompeu com o poder punitivo excessivo e muito ligado à religião e à ética. Nesse período, houve uma forte influência do racionalismo cartesiano e do empirismo inglês, frutos do movimento Iluminista. Foi nessa época que surgiu o movimento codificador, que começou no final do século XVIII, o que possibilitou uma maior segurança jurídica, facilitando a interpretação das normas jurídicas.

Assim, surgiram as principais correntes de pensamento que mais influenciam contemporaneamente. Salvador Netto (2009) as separou em escola clássica, positivista, neokantiana, finalista e funcionalista. A escola clássica do Direito Penal trouxe, por meio do racionalismo, o cientificismo ao referido segmento jurídico, culminando na ideia de limitação do poder de punir do Estado, resultando em uma maior previsibilidade e segurança jurídica. O pensamento da escola clássica parte do universal para o particular, sendo a norma jurídica um resultado do valor social a ser protegido através dela. “Os valores de humanidade, igualdade e proporcionalidade enfeixam-se no Direito ao lado dos bens tutelados” (SALVADOR NETTO,

2009, p.57). A separação entre moral e direito não é tão clara, com a sua aplicação no limite do que pode ser considerada insegurança jurídica. Para o pensamento clássico, a conduta criminosa é uma violação do valor, fundamentada na ideia de culpabilidade, com base na escolha e livre arbítrio. Nesse caso, a pena tem um caráter retributivo. O positivismo jurídico teve como foco a dogmática jurídico-penal, a lei positivada, possuindo um caráter mais formalista. Nele, os conceitos e princípios derivam da sistematização exegese das leis, em uma estrutura piramidal, por um método indutivo. A norma é determinante para a conduta humana, ela possuía como principal característica a imperatividade. O neokantismo buscou ressignificar o positivismo jurídico, trazendo considerações valorativas e materiais, o que não resultou em um rompimento na estreita relação entre o saber jurídico e o ordenamento jurídico. Essa nova escola voltou a considerar a dimensão axiológica, entendendo que as categorias jurídicas só teriam alguma significação se integradas por meio de valorações, o que tornou o Direito Penal um sistema mais aberto. Uma crítica quanto ao uso da valoração, por essa escola, foi sua utilização como critério interpretativo apenas para a justificativa de decisões. A escola finalista tinha como elemento básico a negação do normativismo excessivo, que trazia um relativismo axiológico em contraponto ao pensamento neokantiano. Deve haver um vínculo da realidade ontológica com as formas jurídicas, uma busca da verdade para evitar contradições, sem se desvincular de outras áreas do conhecimento. Por fim, a escola funcionalista buscou focar no papel social do indivíduo e em sua igualdade formal, para regular as relações intersubjetivas dentro de um grupo social específico, o que trazia uma maior especificidade do Direito Penal de cada sociedade. Há uma atuação convergente dos indivíduos, pois há uma expectativa social, lastreada nos mesmos valores, culminando em uma previsibilidade, ordem e funcionalidade pelo consenso. Assim, os valores sociais ficam claros na exteriorização dos padrões sociais.

O Direito Penal deve estar preocupado com as consequências de suas decisões, atrelado à realidade, buscando solucionar cada caso concreto da melhor maneira possível. A questão essencial é que o funcionalismo melhor permite problematizar cada componente da teoria do delito. A ideia de fim do Direito Penal não está sobreposta à dogmática como se fossem dois objetos estranhos esporadicamente reunidos. É que a dogmática passa a ser constituída através dos fins do Direito Penal, de modo a compreender o delito como uma estrutura de sentido. A reprovação haverá de existir se as respostas penais forem concretamente capazes de cumprir com os objetivos que lhe são condizentes. (SALVADOR NETTO, 2009, p. 86)

Com isso, é possível entender melhor as premissas escolhidas pelos autores do pensamento jurídico-penal brasileiro nas seguintes definições sobre o Direito Penal.

Prado (2019) conceitua, formalmente, o Direito Penal como uma parcela do ordenamento jurídico público, na qual são estabelecidas as ações ou omissões consideradas

delitivas, e suas consequências jurídicas, como penas e medidas de segurança. Materialmente, entende que o Direito Penal cuida de comportamentos considerados com alta reprovabilidade ou danosos para a sociedade, que, consequentemente, atingem gravemente os bens jurídicos inerentes a sua conservação e progresso. Além disso, analiticamente, divide o delito de acordo com suas partes constitutivas, sob uma visão de análise lógico-abstrata. Essa divisão do delito permite que haja fases de valoração para que depois o delito seja visto em sua unidade.

Para Bittencourt (2006), o Direito Penal surge, como meio de controle social formalizado, para a resolução de conflitos sobre os quais os meios menos intervenientes e gravosos não foram suficientes para harmonizar o convívio social, sendo a *ultima ratio* do sistema jurídico. Nesse sentido, a proteção dos bens jurídicos seria de interesse da coletividade, colocando em segundo plano a relação interpartes trazida pelo delito. O Estado possui um poder punitivo que é regulado pelos princípios e normas do Direito Penal.

Capez (2012) entende o Direito Penal como um segmento do ordenamento jurídico responsável por distinguir os comportamentos humanos mais graves e perniciosos à coletividade, que colocam em risco valores fundamentais para o convívio social, e enquadrá-los como infrações penais, com a respectiva cominação de sanções, devendo sempre se adequar seus dispositivos legais aos princípios constitucionais. Também é responsável por estabelecer as regras complementares e gerais de sua aplicação. Os valores sociais fundamentais para a subsistência da sociedade são chamados de bens jurídicos e protegidos pelo Direito Penal. Quando estes são lesionados, há um resultado indesejado, sobre o qual recai uma valoração negativa, que pode ou não ser censurável, dependendo do desvalor da conduta. O Estado, com a aplicação da sanção penal, reforça à coletividade o respeito aos valores eleitos socialmente.

No pensamento de Magalhães Noronha, o Direito Penal tem um caráter de ciência cultural normativa, valorativa e finalista. Entende que o Direito Penal possui o papel de tutelar os valores mais elevados ou fundamentais da sociedade, defendendo a sociedade e protegendo seus mais importantes bens jurídicos. A própria consciência social valora seus interesses e os eleva à categoria de bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal (*apud* JESUS, 2012).

Bechara (2014) entende que o Direito Penal, sob uma perspectiva teleológico-racional, possui uma função de tutela subsidiária de bens jurídicos dotados de dignidade penal. Ele seria compreendido e aplicado por suas próprias finalidades, resgatando o valor a partir das bases político-criminais da moderna teoria dos fins da pena.

Dessa forma, fica claro que o Direito Penal brasileiro está intimamente relacionado com a proteção de bens jurídicos eleitos pela sociedade, e, consequentemente, seus valores em

um determinado tempo histórico. A divisão do Código Penal deixa isso explícito ao categorizar sua Parte Especial de acordo com os bens jurídicos protegidos.

2.2 Tipo Penal e Bem jurídico

Como já foi delimitada a função principal do Direito Penal, que é a proteção de bens jurídicos relevantes socialmente, passa a ser necessário um maior aprofundamento em relação ao bem jurídico.

A lei, ao definir crimes, limita-se, frequentemente, a dar uma descrição objetiva do comportamento proibido, cujo exemplo mais característico é o do *homicídio*, “matar alguém”. No entanto, em muitos delitos, o legislador utiliza-se de outros recursos, doutrinariamente denominados *elementos normativos* ou *subjetivos do tipo*, que levam implícito um juízo de valor.

A *teoria do tipo* criou a *tipicidade* como característica essencial da dogmática do delito, fundamentando-se no conceito casual de ação, concebida por Von Liszt. Reconhecendo, desde logo, a *unidade do delito*, destacamos a necessidade metodológica de distinguir suas características em *tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade*.

Tipo é o conjunto dos elementos do fato punível descrito na lei penal. O tipo exerce uma função *limitadora* e *individualizadora* das condutas humanas penalmente relevantes. É uma construção que surge da imaginação do legislador, que descreve legalmente as ações que considera, em tese, delitivas. Tipo é um modelo abstrato que descreve um comportamento proibido. Cada tipo possui características e elementos próprios que os distinguem dos outros, tornando-os todos *especiais*, no sentido de serem inconfundíveis, inadmitindo-se a adequação de uma conduta que não lhes corresponda perfeitamente. Cada tipo desempenha uma função particular, e a ausência de um tipo não pode ser suprida por analogia ou interpretação extensiva (BITTENCOURT, 2006, p. 322)

Bittencourt (2006) continua seu pensamento afirmando que há uma operação intelectual que conecta uma variedade imensa de fatos possíveis da vida real ao modelo típico descrito na lei. Há a análise de determinada conduta e sua adequação a uma infração penal, o que é chamado de juízo de tipicidade, que pode ser positivo (quando há tipicidade) e negativo (quando há atipicidade).

No atual estágio da teoria do delito, deve-se partir do ponto de vista de que no tipo somente se admitem aqueles elementos que fundamentam o conteúdo material do injusto. O tipo tem finalidade precípua de identificar o bem jurídico protegido pelo legislador.

Se uma *concepção predominantemente liberal* concede ao Direito Penal uma *função protetora de bens e interesses*, uma *concepção social*, em sentido amplo, pode, por sua vez, adotar uma *concepção predominantemente imperialista* e, portanto, reguladora de vontades e atitudes internas, como ocorreu, por exemplo, com o *nacional socialismo alemão*. A primeira concepção destaca a importância do bem jurídico, a segunda apoia-se na *infração do dever*, na desobediência, na rebeldia da vontade individual contra a vontade coletiva. Agora, se um *Estado Social* pretende ser

também um *Estado de Direito* terá de outorgar proteção penal à ordem de valores constitucionalmente assegurados, rechaçando os *postulados funcionalistas* protetores de um determinado *status quo*.

Finalmente, o bem jurídico pode ser definido “como todo valor da vida humana protegido pelo Direito”. E, como o ponto de partida da estrutura do delito é o tipo de injusto, este representa a lesão ou perigo de lesão do bem juridicamente protegido. (BITTENCOURT, 2006, p.327)

Fica em destaque, assim, a importância dos valores constitucionais para a delimitação do bem jurídico. A descrição da ação típica já traz consigo, implicitamente, o juízo de valor tutelado penalmente.

Para Reale Júnior (2000), a norma penal visa proibir que ocorram determinadas situações, conforme os interesses sociais, valorando objetivamente certas situações como contrárias ao direito, tendo em vista sua lesividade. Para o autor, o tipo penal tem sua origem em uma elaboração abstrato-prática, que seleciona as condutas típicas possíveis e as submete a um ajuizamento valorativo, conforme as condições materiais, morais e culturais necessárias à vida em dado momento histórico, com a posterior criação de comando permissivo ou proibitivo.

A ofensa ao ordenamento, entendido como um bem jurídico geral, constitui uma contrariedade ao dever de respeito ao comando. São elementos do delito a ação, a antijuridicidade e a culpabilidade, sendo que o conteúdo objetivo se distingue do subjetivo. O conteúdo objetivo consiste na ação e na antijuridicidade; o subjetivo, na relação psíquica existente entre o fato e o autor, a culpabilidade. Configura-se, pois, a antijuridicidade de uma ação pela ofensa a um bem jurídico, independentemente da culpabilidade. (REALE JUNIOR, 2000, p. 64)

A antijuridicidade, assim, pode ser considerada como uma valoração objetiva de uma conduta em desacordo com o ordenamento jurídico. Essa contrariedade ao ordenamento, na natureza de um bem jurídico geral, restará apenas como plano de fundo, por conta de seu caráter geral e, consequentemente, secundário. Todos os delitos serão antijurídicos em última instância. Em uma dimensão mais específica do bem jurídico, para delimitá-los, é preciso entender quais valores são importantes para cada sociedade. No Brasil, os valores se encontram positivados na Constituição Federal de 1988:

Em uma sociedade dotada democraticamente de Constituição, é essa norma que define os contornos do acordo social, sempre condicionado historicamente e, por isso, suscetível à modificação. Por isso, as Constituições tendem a especificar não apenas a estrutura política do Estado, mas também os objetivos a se perseguir, expondo um conjunto de princípios, valores e interesses sociais que devem inspirar a atuação dos poderes públicos. Nesse quadro axiológico que informa o Estado e o caracteriza como Democrático de Direito no caso brasileiro, inserem-se os direitos e garantias individuais, a determinar uma especial relação entre o poder e o Direito, de forma que seu exercício esteja sempre voltado ao indivíduo, transcendendo à mera tarefa ou manutenção da ordem social.

Consequentemente, o estudo do Direito Penal, ainda que admita a consideração de dados empíricos e de questões ideológicas para além da norma jurídica em si, não pode escapar de seu objeto, isto é, de um sistema presidido pela Constituição, a assegurar a unidade de sentido do ordenamento, sobre a base de uma ordem de valores materialmente expressos. (BECHARA, 2014, p. 49)

Há, dessa forma, uma diretriz a ser seguida, expressa em um conjunto de normas fundamentais balizadoras do ordenamento jurídico, a Constituição. Ela traz os princípios e valores eleitos como os mais importantes e que devem ser resguardados pelo Estado. Deve haver compatibilidade entre as leis penais e os valores constitucionais, estes funcionando como limitadores da atuação daquelas.

Nessa mesma linha raciocínio:

O pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do Direito Penal reside na proteção de bens jurídicos – essenciais ao indivíduo e à comunidade -, dentro do quadro axiológico constitucional ou decorrente da concepção de Estado democrático de Direito (*teoria constitucional estrita relativa*).

Reveste-se tal orientação de capital importância, pois não há delito sem que haja lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico determinado.

Por influência, sobretudo, da doutrina italiana, esse aspecto (ofensa ou lesão) costuma ser autonomamente denominado princípio da *ofensividade* ou da *lesividade*.

Não obstante, convém frisar que o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos opera nas fases *legislativa* (ou de criação do tipo de injusto) e *judicial* (ou de aplicação da lei penal).

O que significa o agasalho da exigência de que tanto a figura delitiva quanto a conduta concreta do agente envolvam uma lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido. (PRADO, 2019, p. 145)

Prado (2019) endossa o Direito Penal como um meio legítimo para a proteção de bens jurídicos, estes que são muito importantes para a livre convivência social, conjugando o individual e o social. Para ele, o bem jurídico se relaciona com a realidade ou experiência social, sob o prisma do juízo de valor de dado momento histórico. Também separa do objeto da conduta. Ele destaca duas linhas de pensamento quanto à compreensão do objeto da conduta. A primeira linha de pensamento considera o objeto da conduta como parte do mundo biofísico e o bem jurídico como parte do mundo normativo. A segunda já trata o objeto da conduta como aquele referido pela ação típica e o bem jurídico como aquele obtido por meio de uma via interpretativa, ligada à função de tutela da norma no Direito Penal. Apesar das diferenças, as duas linhas de pensamento permeiam o mundo biofísico e normativo, residindo sua principal distinção na função exercida. Enquanto o objeto da conduta se limita no plano estrutural (realidade empírica da conduta típica), o bem jurídico tem destaque no plano axiológico (realidade normativa extraída do contexto social). Este deve estar em sintonia com o plano axiológico constitucional, legitimador da intervenção penal do Estado Democrático de Direito.

Os valores protegidos constitucionalmente servem de base ao legislador para a criação da proteção a bens jurídicos por meio do Direito Penal, infraconstitucional. Em relação à função, a norma penal deve buscar a proteção do bem jurídico, não meras funções, motivos ou razões de tutela. Estes motivos são a causa da tutela penal, em um contexto mais amplo de diretriz organizacional, que buscam um propósito, um fim. A função é a ação dirigida a um fim e capaz de realizá-lo, que não possui um conteúdo próprio independente, sendo uma relação axiologicamente neutra, correspondente a um elemento diverso. A função se diferencia do bem jurídico por este consubstanciar um valor relativo ao ser humano como ente social. Mesmo assim, a função mostra sua importância no âmbito da proteção de alguns bens jurídicos, de natureza transindividual nas quais há uma dificuldade delimitativa, constituindo parte de um contexto legal definido ou para cumprir finalidades socioeconômicas ou jurídicas. A natureza transindividual tem se mostrado de grande importância na proteção de direitos que ultrapassam a esfera individual, demonstrando o surgimento de novos bens jurídicos ou ampliando os já existentes. Apesar de ultrapassar a esfera individual, há uma relação de complementariedade com os bens jurídicos individuais (nestes a referência individual privada é direta), em sentido material, pois a referência pessoal é indireta, devendo haver a fixação de critérios específicos para que seja individualizado. No final, mesmo havendo o caráter transindividual, há sempre uma relação com o indivíduo.

O legislador, e apenas ele, valendo-se de algumas diretrizes de política-criminal disciplinadas em certos princípios, estabelece os bens jurídicos que podem ser convertidos em bens jurídicos penais. Para fazê-lo, deve proceder em dois tempos. Em primeiro lugar, deverá extrair os bens jurídicos carentes de proteção penal com fundamento nos direitos fundamentais reconhecidos constitucionalmente e com independência de concepções de ordem ética-moral. Depois dessa seleção, em segundo lugar, deverá predispô-los em normas penais, ameaçando as mais relevantes ações ofensivas frente aos mesmos com sanções em um tipo legal. (BEM, 2014, p.363-364).

Por fim, fica claro que para se chegar a um tipo penal deve se passar obrigatoriamente por todo processo de análise de valores importantes o suficiente para serem tutelados penalmente. Os valores eleitos como mais importantes são considerados bens jurídicos relevantes penalmente, o que serve para justificar a escolha do legislador em protegê-los por meio de uma lei penal. Ter uma relevância social não necessariamente culmina na criação de um novo tipo penal, mas para que este seja criado deve ter a força de um bem jurídico relevante para a sociedade.

3. Esportes formais

Neste capítulo, serão analisados o conceito de esporte e os fundamentos do sistema normativo do Direito Desportivo. O esforço, neste capítulo, estará voltado para entender os valores sociais resultantes das relações esportivas competitivas e o potencial ofensivo das fraudes em competições.

Segundo Luis Arroyo Zapatero, as demandas contemporâneas fizeram surgir novos fenômenos sociais, ensejando a intervenção do Direito Penal para sua proteção, e, dessa forma, estabelecendo-se novas áreas, como o Direito Penal Econômico ou Ambiental. Nesse mesmo sentido, caminha o Direito Penal Desportivo. O fenômeno do esporte competitivo, apesar de parecer uma prática recente, tem suas origens nas Olimpíadas da Grécia Antiga, que foram resgatadas, modernamente, para buscar a criação de um modelo positivo de comportamento social, fomentando a paz contra a guerra. O esporte passou a ser visto como uma prática socializadora, e os esportistas como modelos a serem seguidos (pessoas que não buscavam bens materiais, mas a superação pessoal), sedimentando-os como uma espécie de herói moderno. O esporte passa a ser visto como uma virtude, com seus valores sendo construídos e absorvidos pela sociedade. Além desse caráter exemplar, com a transmissão televisionada das Olimpíadas, o potencial econômico destas e do mundo esportivo foi alavancado, colocando novos interesses atrelados ao esporte competitivo. Isso não se limitou apenas à receita obtida pelo Comitê Olímpico Internacional (COI), atingiu também a economia não diretamente ligada ao esporte, como o turismo, a infraestrutura, vagas de emprego e a dinâmica de patrocínio de atletas por empresas. Esse fenômeno tinha nos Jogos Olímpicos uma pequena fração do mercado mundial relacionado ao esporte, replicando essa cadeia de novas relações econômicas em diversos outros esportes competitivos. Pelo peso que essas competições estavam ganhando, além do crescente interesse social e econômico envolvido, o fundamento do jogo limpo foi ficando cada vez mais latente, pois a fraude seria um obstáculo à manifestação do esporte e de sua natureza. Isso fica claro nos casos de fraude (financeira ou fisiológica), que sempre são vistos como escândalos (apud BEM, 2014, p.15-21).

Considerar uma atividade como esporte viabiliza incentivo financeiro público e privado, fornece elementos para regulamentações e aplicação de legislações específicas voltadas à seara desportiva, permite enquadramento como esporte olímpico, e gera, no caso do direito, uma interdisciplinaridade com ramos jurídicos. (MIGUEL, 2019, p. 22)

Dessa forma, fica claro que o cenário esportivo necessita de conformidade a certos princípios intrínsecos para que se desenvolvam as relações advindas dele. A competitividade traz um fator de interesse ao público, diminui a previsibilidade de resultados e traz engajamento. Existem poucas exceções a este padrão, contudo há uma premissa diferente para elas existirem. Não há uma competição de fato nas exceções, como é o caso do World Wrestling Entertainment (WWE), no qual o foco é o teatro de performance, o elemento artístico com algumas incorporações do elemento esportivo. Subjetivamente, não há o espírito esportivo competitivo envolvido.

3.2 Conceito de esporte e valores sociais derivados do esporte

O conceito de esporte pode parecer simples demais para a população em geral por ser algo comum, tendendo a buscar na mera atividade física os elementos para tentar deduzir o que ele seria. “Para definir precisamente uma palavra muito comum como esporte, muito de suas conotações precisam ser eliminadas e seus significados devem ser limitados de maneira que restringirão seu uso.” (BARBANTI, 2006, p.54).

As atividades físicas de um modo geral podem se apresentar de diversas formas, abrangendo desde uma prática de lazer até o exercício de uma profissão fora do esporte que exija fisicamente do trabalhador. Dessa forma, um fator importante é o contexto dessas atividades. Barbanti (2006) entende que para desenvolver o conceito de esporte são necessárias três condições, que seriam: o tipo específico de atividade a qual se relaciona, as condições sob as quais elas acontecem e a orientação subjetiva dos indivíduos praticantes. Quanto ao tipo específico de atividade, ele afirma que as diferentes atividades físicas são diversas em relação ao uso da habilidade motora, podendo ser ter um grande esforço físico ou uma grande complexidade de movimento. O xadrez depende muito pouco de um grande esforço físico, enquanto no levantamento de peso olímpico há o uso máximo da força. O cansaço de uma partida de xadrez pode ocorrer mesmo assim, pois há vários outros fatores que influenciam em sua prática, como a tensão emocional e o grande exercício mental. Em relação às condições, deve haver o regramento da atividade de uma forma padronizada, institucionalizada por entidades oficiais. Em seu último aspecto, as atividades esportivas devem possuir uma combinação de orientações subjetivas dos atletas, tendo o espírito esportivo como motivação intrínseca e fatores externos ao esporte como motivação extrínseca, que pode ser dinheiro ou fama, por exemplo.

Miguel (2019) entende que o esporte não tem como ponto central o exercício físico, mas sim a atividade física. Segundo o autor, a atividade física não exige necessariamente um grande esforço físico, haja vista o tiro olímpico ser considerado esporte nas Olimpíadas ou o xadrez ter sua natureza esportiva reconhecida na França e na Rússia. Além da atividade física, também entende necessárias a relação interpessoal de modo competitivo, com os mesmos objetivos, e a existência de regras, culminando em uma competição.

Bem (2014) entende que o esporte é uma competição física corporal entre pessoas, podendo ter auxílio de máquinas ou animais, com a finalidade de atingir a vitória na partida ou competição, de acordo com regras estabelecidas e havendo sanções de um árbitro para os atletas que transgredirem as regras. Este árbitro é importante para dar legitimidade à vitória do atleta, pois é investido de poder para tanto.

O Conselho Federal de Educação Física (CONFEF) também traz uma definição de esporte no artigo 9º, parágrafo 2º, de seu estatuto⁹. A definição do CONFEF estende ainda mais o conceito de esporte, trazendo uma dimensão lúdica e de promoção da saúde e educação, além dos elementos abordados pelos outros autores. Ela demonstra uma preocupação com o esporte em todas suas dimensões, atentando-se aos impactos sociais do esporte.

Nesse mesmo sentido, Rosario de Vicente Martinez reforça a importância do esporte e seu papel relevante na sociedade. Destaca sua contribuição quanto à integração social, a promoção da educação, da saúde, do respeito mútuo, da tolerância, entre outros, contudo, além deles, há uma forte presença de elementos derivados dos interesses econômicos e comerciais, que causam uma desvalorização de alguns relevantes princípios oriundos do

⁹ Art. 9º - O Profissional de Educação Física é especialista em atividades físicas, nas suas diversas manifestações - ginásticas, exercícios físicos, desportos, jogos, lutas, capoeira, artes marciais, danças, atividades rítmicas, expressivas e acrobáticas, musculação, lazer, recreação, reabilitação, ergonomia, relaxamento corporal, ioga, exercícios compensatórios à atividade laboral e do cotidiano e outras práticas corporais, sendo da sua competência prestar serviços que favoreçam o desenvolvimento da educação e da saúde, contribuindo para a capacitação e/ou restabelecimento de níveis adequados de desempenho e condicionamento fisiocorporal dos seus beneficiários, visando à consecução do bem-estar e da qualidade de vida, da consciência, da expressão e estética do movimento, da prevenção de doenças, de acidentes, de problemas posturais, da compensação de distúrbios funcionais, contribuindo ainda, para consecução da autonomia, da auto-estima, da cooperação, da solidariedade, da integração, da cidadania, das relações sociais e a preservação do meio ambiente, observados os preceitos de responsabilidade, segurança, qualidade técnica e ética no atendimento individual e coletivo.

§ 2º - O termo desporto/esporte compreende sistema ordenado de práticas corporais que envolve atividade competitiva, institucionalizada, realizada conforme técnicas, habilidades e objetivos definidos pelas modalidades desportivas segundo regras pré-estabelecidas que lhe dá forma, significado e identidade, podendo também ser praticado com liberdade e finalidade lúdica estabelecida por seus praticantes, realizado em ambiente diferenciado, inclusive na natureza (jogos: da natureza, radicais, orientação, aventura e outros). A atividade esportiva aplica-se, ainda, na promoção da saúde e em âmbito educacional de acordo com diagnóstico e/ou conhecimento especializado, em complementação a interesses voluntários e/ou organização comunitária de indivíduos e grupos não especializados.

esporte, além de fatores discriminatórios, como racismo por exemplo (apud BEM, 2014, p. 231).

O Código Mundial Antidoping (WADC)¹⁰, que passou a vigorar desde 2004, apresentou seus valores em sua fundamentação. Dentre eles estão a saúde, a ética, o fair play, a honestidade, a performance de excelência, o caráter, a educação, a diversão, o lazer, o trabalho em equipe, a dedicação, o comprometimento, o respeito pelas regras e leis, o respeito próprio e a outros participantes, a coragem e, por fim, o sentimento de comunidade e solidariedade.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, prevê a proteção das práticas desportivas formais e não-formais, como direito individual, em seu art. 217¹¹, como forma de complementação dos direitos sociais previstos por ela.

Esse dispositivo normativo constitucional trouxe explicitamente o fomento das práticas desportivas formais como um dever do Estado frente ao indivíduo, com a prioridade da destinação de recursos públicos para a promoção do desporto educacional e, em casos específicos, do desporto de alto rendimento. Isso deixa clara a preocupação em empreender esforços para objetivos do Estado, em relação ao esporte, o que também serve como guia para delimitação de valores oriundos da prática esportiva formal, incluídos na temática social. Há uma óbvia correlação do esporte com o direito à saúde, educação e cultura, porém, no ambiente competitivo do alto rendimento, existem outros valores também relevantes.

3.3 Fraude e mecanismos de trapaça no esporte formal competitivo: Doping e bens jurídicos relevantes

Após breve explanação sobre o conceito de esporte, do sistema normativo desportivo e de alguns valores a ele relacionados, será escolhido um recorte específico para ser analisado. Tendo em vista o objeto de estudo do presente trabalho, os que mais se aproximam

¹⁰ World Anti-Doping Code, 2021, p. 13.

¹¹ Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados:

I - a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento;

II - a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para o desporto de alto rendimento;

III - o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não- profissional;

IV - a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional.

§ 1º O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.

§ 2º A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final.

§ 3º O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social.

dos mecanismos fraudulentos utilizados nos campeonatos de jogos eletrônicos competitivos são o doping e a corrupção no esporte. Este último será debatido apenas de forma subsidiária, pois o foco do estudo estará no doping, por conta da sua proximidade com os mecanismos de trapaça presentes nos campeonatos de jogos eletrônicos.

Em relação ao doping, ainda não há consenso sobre sua definição geral, com amparo científico, porém seus conceitos são amplamente utilizados. No âmbito das instituições internacionais, o doping é considerado de acordo com as infrações às normas antidoping do Código Mundial Antidoping (WADC), da Agência Mundial Antidoping (WADA).

Além da WADA, a UNESCO, na tentativa de unificar a forma da política de combate ao doping, elaborou a Convenção Internacional contra o Doping no Esporte, ratificada pelo Brasil, em 2007, e recepcionada pelo ordenamento pátrio no Decreto nº 6.653/2008. Ela destaca a preocupação com o uso de doping nos esportes e com suas consequências para a saúde dos atletas, o princípio da ética desportiva, a eliminação das fraudes e o futuro do esporte.

Uniformização e padronização transformaram-se em palavras-chave do debate. Nesse contexto é que surgiu, em 2005, a Convenção Internacional contra do Doping no Esporte, documento elaborado em conferência geral da UNESCO, e que é a mais importante normativa internacional sobre o tema. Tratava-se do esperado documento internacional apto a vincular os Estados e conceder diretrizes aos Estados no tratamento da questão. Essa convenção, ratificada pelo número mínimo de países exigido para sua entrada em vigor em tempo recorde, adota expressamente o WADC como regulamentação base para o tratamento geral do doping no esporte (art. 2º, *caput* e número 6). Objetivo imediato é a consolidação da reprovação ética do doping no esporte e o objetivo mediato é a sonhada uniformização no tratamento do tema, facilitada pelo incentivo à cooperação internacional em matéria de investigação e repressão. As ideias reitoras, expostas claramente no preâmbulo da Convenção, são especialmente a proteção da saúde do atleta, a consolidação do fair play como valor e a eliminação da fraude e da trapaça no esporte.

Em todas normativas regionais e internacionais reside um consenso sólido: o doping deve ser reprimido e, por fim, eliminado dos esportes, conforme art. 1º da Convenção da UNESCO. O objetivo está bem definido e presume-se, evidentemente, que seja ele partilhado pelos países signatários da Convenção. (LEITE, 2011, p. 2-3)

Conforme entendimento da Convenção e do artigo 2, item 3, do Decreto nº 6.653/2008:

3. “Violação das regras antidoping” nos esportes refere-se a uma ou mais das seguintes infrações:

- (a) presença de alguma substância, de seus metabólitos ou de marcadores na amostra corporal de um atleta;
- (b) uso ou tentativa de uso de uma substância proibida ou de um método proibido;
- (c) recusa ou falha, sem justificativa criteriosa, a submeter-se à coleta de amostras após notificação conforme autorizado pelas regras antidoping aplicáveis, ou esquivar-se, de qualquer outra forma, do processo de coleta de amostras;
- (d) violação das exigências aplicáveis, relativas à disponibilidade do atleta para realização de testes fora de competições, incluindo a falha em fornecer informações sobre seu paradeiro e o não comparecimento a testes que sejam declaradamente baseados em regras razoáveis;

- (e) falsificação ou tentativa de falsificar qualquer etapa do controle de doping;
- (f) posse de substância proibida ou método proibido;
- (g) tráfico de qualquer substância proibida ou método proibido;
- (h) administração ou tentativa de administração de uma substância proibida ou método proibido a um atleta, ou assistência, encorajamento, auxílio, incitamento, encobrimento ou qualquer outro tipo de cumplicidade envolvendo uma violação ou qualquer tentativa de violação de regra antidoping.

Listadas as infrações que teriam a natureza de “violação das regras antidoping”, pode-se inferir que há uma objetividade nos critérios escolhidos, sendo deixado de lado os elementos constitutivos do conceito de esporte.

O jovem Alaor Leite, em sua análise, enfatiza que o conceito material faz referência à essência do esporte, pertencendo a este, mais além do *fair play*, o ideal de naturalidade do corpo humano ou o ideal de saúde. Isso significa que o *doping* constitui um mal em si mesmo. Por sua vez, a definição formal prescinde do conteúdo da essência do esporte, supostamente ofendida, entre outras coisas porque não há apenas uma concepção correta do que é o esporte, recorrendo a uma definição em branco. Como do conceito material derivam sérios problemas e como não é função do Direito Penal definir o que é o esporte em sua essência, o penalista assinala que a preferência é a adoção de um conceito formal, é dizer, o *doping* como uma violação da regra antidoping. (BEM, 2014, p.30)

A Convenção parece escolher um caminho para facilitar o combate ao doping, afastando-se o conceito material e aproximando-se do conceito formal. Porém, ainda restam incertos os meios pelos quais cada Estado signatário da referida Convenção irá utilizar para a consecução do fim desejado. Não foram delimitadas as “medidas apropriadas” para o combate ao doping, nem a natureza jurídica das medidas. Essa incerteza também ocorre pela própria incerteza no conceito de doping, porém já há uma clara delimitação do objeto com a codificação internacional realizada, o que não impede que medidas regulamentações jurídicas sejam feitas para essa finalidade. Do ponto de vista formal, como hoje é tratado, o doping seria apenas a violação das regras (uma norma penal em branco), o que facilita seu combate em relação a uma definição material, que facilitaria a delimitação do bem jurídico que ensejaria a possível tutela penal.

Na seara do Direito Penal, é necessária a análise da ofensividade a um bem jurídico determinado e para tanto é também necessário delimitar quais os bens jurídicos afetados com o uso de mecanismos de fraude vindos do uso de doping. Pelos esforços empreendidos no combate ao doping, destaca-se a reprovação da conduta, portanto é possível que haja um nível de ofensividade a bens jurídicos a ponto de uma intervenção do Direito Penal.

Para auxiliar na delimitação dos bens jurídicos possivelmente atingidos com a prática do doping, vale analisar como diversos países, que influenciaram e ainda influenciam o Direito Penal brasileiro, lidaram com a questão.

Conforme Leite (2011), na Espanha, o doping já é objeto de crime autônomo desde 2006, com o legislador espanhol considerando como bem jurídico protegido a saúde pública, deixando de lado o jogo justo e a lealdade da concorrência. Nele, o atleta é considerado uma vítima do doping, sendo punidos apenas aqueles que deram causa ao delito. Em Portugal, desde 2009, há também legislação específica contra o doping, com seus dispositivos penais baseados na proteção da saúde. Ela traz uma proibição do tráfico de substâncias e métodos dopantes e a administração de substâncias dopantes em outrem, deixando em destaque o atleta também figurando como vítima. A Itália também possui um tipo penal autônomo para o doping, de 2000, com foco na proteção à saúde pública e individual do atleta, o que acaba culminando em uma punição ao atleta também, pois este não poderia dispor de um bem jurídico como a saúde pública. Roxim (2011) afirma que a Alemanha também possui uma legislação penal antidoping desde 1998. Nela, a saúde do atleta é considerada como bem jurídico tutelado, o que explicaria a não punição de atletas nos casos de doping, pois ele seria a vítima do delito.

Da experiência estrangeira é possível extrair que há, em geral, *três formas* de encarar o doping como problema jurídico-penal, a depender do bem jurídico que se pretenda tutelar com a proibição. Pode-se construir um tipo penal sob a base da proteção da saúde pública, tornando a proibição penal algo semelhante à proibição penal de substâncias entorpecentes. Pode-se, também, pensar na proteção da saúde individual do atleta. Uma terceira possibilidade, atualmente dominante na discussão, é deslocar o foco para a questão da relevância econômica dos esportes, e entender o doping como um delito patrimonial ou contra a lealdade da concorrência. Todas as três hipóteses teriam que ser construídas por meio de acessoria administrativa, diante do caráter dinâmico da evolução médica relacionada ao desenvolvimento de substâncias. (LEITE, 2011, p. 14)

Outro ponto relevante é a necessidade do doping ocorrer com a finalidade de alterar a competição esportiva, o que traz também uma ideia de proteção da competitividade.

Por muito tempo, a discussão sobre o doping se fixou nos medicamentos e substâncias, porém a evolução tecnológica ampliou o problema também para os métodos proibidos, como elencado nas infrações da referida Convenção.

Inicialmente, quanto aos medicamentos e substâncias, por se tratar de algo com efeitos ergogênicos no corpo humano, a saúde individual do atleta fica em destaque. O uso das substâncias pode ocorrer tanto isoladamente pelo atleta, quanto ser prescrita e ministrada por terceiro. Sobre o uso individual, o bem jurídico atingido seria a saúde individual do atleta, porém é de difícil mensuração o nível de ofensividade a esse bem jurídico, podendo culminar

em uma tutela paternalista do Direito Penal, pois há um certo grau de autonomia do indivíduo de dispor de sua própria saúde (por exemplo, é permitido o consumo de bebida alcóolicas e cigarros, que sabidamente influem negativamente na saúde do consumidor).

A ameaça de pena deve prevenir que o atleta que se dopa lesione a si mesmo. A combinação funcionaria de modo similar à multa para quem dirige sem cinto de segurança, para que aquele que é leviano com sua saúde pelo menos tenha mais cuidado, por temer a sanção.

Conceitualmente, tal fundamentação representa uma instância do chamado *paternalismo direto*: um bem é protegido contra o próprio titular por meio de uma ameaça penal. (GRECO, 2011, p.57)

O Decreto n° 6.653/2008, em seu art. 16, menciona o doping em animais¹², o que enfraquece o argumento de proteção à saúde individual do atleta e diminuiu seu destaque em relação aos outros bens jurídicos que serão analisados.

Quanto aos terceiros envolvidos, o foco passa a ser a sociedade, referindo-se ao bem jurídico saúde pública, contudo muitas das substâncias, ao contrário de substâncias entorpecentes, são comercializadas e utilizadas de forma legal (como o uso de testosterona de forma terapêutica em reposições hormonais), sendo apenas proibido seu uso em atletas em competição ou em pré-competição. A simples posse de substâncias proibidas em competições não necessariamente caracterizaria um delito. Greco (2011) entende que a ideia dos atletas de alta performance serem uma espécie de exemplo a ser seguido por quem está de alguma forma sendo impactado pelo esporte é uma manifestação também da ideia de saúde pública. Além disso, o fato de um atleta utilizar substâncias proibidas para o aumento de performance atingiria também os outros atletas da competição, pois seria necessário que estes também utilizassem desse método não permitido para que conseguissem acompanhar a melhora de um adversário no esporte de alto rendimento. No esporte de alto rendimento há uma pressão muito grande em relação aos atletas e pequenos aumentos de performance podem representar a vitória ou derrota, o que impacta diretamente em outros aspectos fora da competição, como a questão de patrocínios, da imagem do atleta com seus seguidores, podendo até chegar ao ponto da perda da renda do atleta não dopado por perder alguma importante competição.

Para não estender demais na análise das consequências do doping, como não há um sentimento coletivo, nem preocupação dos atletas e organizações, nos esportes eletrônicos competitivos, de repulsa ao uso de substâncias que alterem fisiologicamente os competidores

¹² 16.1 Em qualquer modalidade esportiva que inclua animais em suas competições, a Federação Internacional para aquele esporte deverá estabelecer e adotar regras antidoping para os animais envolvidos naquele esporte. As regras antidoping deverão incluir uma lista de Substâncias Proibidas, procedimentos adequados para Testes e uma lista de laboratórios aprovados para análise de Amostras.

(em contraponto ao uso de fraude por meio de programas eletrônicos que gera uma forte comoção na comunidade), o debate sobre a saúde dos competidores não será aprofundado.

A preocupação das desenvolvedoras e das organizadoras de competição por muitas vezes ficou apenas sob o primeiro aspecto, evitando o uso de trapaças por meio de hacks, cheats e glitches nas partidas, não havendo uma preocupação muito grande sobre o uso de substâncias ativas de performance. (BRATEFIXE JUNIOR, 2021, p. 157)

É comum a cena de competidores de esportes eletrônicos sempre com suas bebidas energéticas ao lado dos computadores, ou fumando cigarros eletrônicos durante partidas não presenciais, sendo naturalizado o uso de estimulantes para melhora da concentração e reflexo motor. Até mesmo é comum o patrocínio de empresas de bebidas energéticas¹³. Com a pandemia de COVID-19, os jogos dos campeonatos passaram a ser realizados de forma remota, com um formato que permitia ao espectador assistir, além da tela, o próprio jogador, o que não culminou em uma reprovabilidade da comunidade acerca dos comportamentos não saudáveis dos competidores. Assim, serão desconsideradas as regras relacionadas ao uso de substância, de seus metabólitos ou de marcadores na amostra corporal de um atleta. Nesse sentido, serão abordados as dimensões econômicas e éticas do esporte apenas.

Quanto à ética, o COI e a WADA dão especial atenção a este aspecto. Eles elencam os valores fundamentais advindos do esporte, como o *fair play*, o jogo justo, que se encontra dentro da dimensão interna da competição esportiva. Ele se refere ao respeito às regras internas e ao adversário, pressupondo um comportamento justo dentro das práticas comuns da modalidade esportiva. Existe um limite do que pode ser tolerado dentro de uma competição e do que extrapola e causa danos suficientes para uma possível intervenção estatal.

A distinção entre doping e falta fica apenas clara ao refletir-se acerca da *estrutura formal do esporte* como um *jogo*. Um esporte pode ser visto como um *jogo*, e jogos - assim como a linguagem - podem ser no mínimo parcialmente conceituados como *atividades guiadas por regras*. Essas regras não possuem, no entanto, uma única natureza e sobre as propriedades dessas regras há grande discussão na moderna filosofia do esporte. Para superar nosso problema, parece ser interessante distinguir entre *regras cuja violação ocorre ainda dentro da atividade* e *regras cuja violação representa o abandono da atividade*. As primeiras regras podem ser chamadas de *regras regulativas* e as segundas de *regras constitutivas*, devendo ficar claro ao leitor que os termos dessa distinção são de minha responsabilidade, já que entre os filósofos não há consenso. (GRECO, 2011, p. 70-71)

¹³ Disponível em: <<https://www.gamesbras.com/esports/2021/1/15/furia-red-bull-anunciam-parceria-para-times-de-esports-21115.html>>. Acesso em: 20 jan 2022.

Dessa forma, a falta seria uma violação das regras regulativas, tendo suas consequências dentro da partida ou do campeonato (por exemplo, cartões amarelos e vermelhos no futebol). Cada modalidade esportiva possui suas próprias regras e punições para as faltas, o que deixa claro que os limites do que é uma falta ou vai além dela é algo convencionado, os praticantes da modalidade que decidem as regras regulativas e constitutivas da atividade. Porém há um limite do que pode ser convencionado, não é possível decidir sobre aquilo que o indivíduo não pode dispor, como a vida. Nesse sentido, se o Estado decide proibir penalmente uma prática, ela não poderia ser considerada uma regra regulativa dentro da modalidade.

A atividade esportiva em si pressuporia, além das regras constitutivas de cada esporte específico - como a regra que determina que, no futebol, deve-se conduzir a bola em princípio com os pés e não com as mãos -, uma espécie de ética desportiva geral, um *ethos* desportivo que o esporte seja entendido como aquilo que o filósofo *Alasdair MacIntyre* chamou de “prática” (practice): práticas são atividades cuja própria realização já representa um valor, um bem “interno”, e que não possuem, portanto, mero significado instrumental de um meio para consecução de um bem “externo”, como a vitória ou o bem-estar financeiro. O doping estaria em conflito frontal com essa ideia, na medida em que nele há uma manifestação de que só o que importa é a vitória a todo custo.

Essas considerações não são, no entanto, suficientes para justificar uma proibição penal. Elas apenas demonstram que o *fair play* ou o *ethos* desportivo seriam um valor. Mas também o amor e amizade são indiscutivelmente valores, e ninguém costuma propor tipos penais para a proteção do amor ou da amizade. Em outras palavras: o fato de algo representar um valor não é condição suficiente para que ele seja promovido por meio de coação estatal. É preciso ainda provar que a promoção de tais valores é assunto do Estado. (GRECO, 2011, p. 65-66)

Assim, o *fair play*, em sua dimensão ética de regra regulativa, na competição esportiva, não se enquadra em um possível bem jurídico-penal a ser protegido pelas medidas de coação do Estado.

Passando para outro aspecto do jogo justo, passa-se a analisar a questão da competitividade entre os atletas, da competição justa. Desta competição justa deriva a lealdade da concorrência na competição esportiva.

Ante a apresentação das normas legais pertinentes ao esporte, conclui-se que elas mantêm um elemento agregador que ora é chamado de ética, ora é chamado de Olimpismo, mas que no fundo possuem a mesma raiz axiológica: a preservação do espírito do esporte. Em síntese: o doping fere este espírito. (DAVID, 2012, p. 48)

O espírito esportivo e a ética no esporte são a base que mantêm a credibilidade do esporte

Para os cidadãos, habilidades esportivas são também um caminho privilegiado para a fama e o bem-estar. Mesmo quando o cidadão é de origem humilde e não se destaca

por especiais atributos intelectuais, pode ele por meio do sucesso no esporte torna-se mais famoso e rico que o mais erudito dos professores universitários. Entendida a questão nestes termos, torna-se compreensível que muitas pessoas, para alcançar recordes esportivos, lancem mão de todos os meios possíveis, inclusive daqueles considerados danosos à saúde e/ou desleais. A utilização de meios proibidos de aumento de rendimento com o fim de obter vantagens em competições esportivas chama-se doping. (ROXIM, 2011, p. 31)

Há uma crença no esporte como um instrumento íntegro de ascensão social. O esporte deixou de ser apenas uma manifestação de lazer ou cultura para se tornar um negócio.

É evidente que existe uma forte aproximação dos esportes com os aspectos patrimoniais e econômicos. Realmente o esporte alcançou um *status* especial nesse contexto e se converteu em um negócio com vários serviços ou produtos. Um dos exemplos mais eloquente é a edição anual do Super Bowl americano, com elevadas somas de dinheiro postas em circulação com a venda do espetáculo esportivo. Entendo que este espetáculo se converte em expressão econômica já com a oportunidade de compra de ingressos por parte de poucos afortunados, porém também – para aqueles que não têm sorte ou dinheiro – com a aquisição por alguma rede de televisão dos direitos de transmissão exclusiva ou com a visualização criada via internet. Ademais, com a difusão no contexto publicitário, sobretudo com relação aos patrocinadores e, ainda mais, com a possibilidade de compra pessoal de produtos e artigos relacionados com o evento esportivo e seus grandes astros.

Por certo, como em qualquer outro mercado, efetivamente nesse contexto houve mais de uma possibilidade de oferta e, sem exceção, tratando-se de um negócio competitivo, todos os concorrentes pretendiam que a livre e leal concorrência estivesse protegida do emprego de vantagens injustificadas, ou seja, frente a quebra dos deveres de lealdade vigentes no tráfego mercantil em geral e que servem à justa concorrência. (BEM, 2014, p. 367)

O sucesso do atleta, em algumas modalidades, significa o sucesso econômico dele. Existe todo um ecossistema econômico em torno do esporte. Como já trazido, o esporte movimenta milhões de dólares, desde a premiação dos competidores mais bem colocados até patrocínios, salários, direitos de imagem, de transmissão, venda de ingressos e de artigos esportivos, construção de infraestrutura, aumento do turismo, mercado de apostas, entre outros.

Como o esporte de competição é um negócio, quando em seu ambiente a falta de confiança dos torcedores substitui a confiança é porque algo não está bem. Equivale a dizer que, quando os torneios, competições ou exibições esportivas resultam torpemente forjadas, as pessoas se afastam para evitar as perdas patrimoniais. (BEM, 2014, p. 371)

Nesse sentido, as vantagens obtidas pelo atleta, que fugirem das regras regulativas da modalidade, descharacterizariam a previsibilidade dos concorrentes em relação aos limites praticados e passaria a ferir regras constitutivas. Passariam, assim, a obter uma vantagem indevida por meio da concorrência desleal, atingindo o bem jurídico da lealdade da concorrência e do patrimônio. Assim, ao obter uma vantagem concorrencial indevida, a equipe

esportiva ultrapassaria o limite de uma conduta apenas contrária à moral ou à ética, internas à competência administrativa da instância desportiva, para possuírem a relevância de um bem jurídico. “O agente que distorce com ações fraudulentas a concorrência justa no esporte deve ser castigado, porque viola interesses jurídicos subjacentes a direitos fundamentais” (BEM, 2014, p. 363).

Ficam delimitados, assim, como bens jurídicos de relevância: a saúde individual do atleta, a saúde pública, a lealdade da concorrência e patrimônio.

4. Esportes eletrônicos competitivos

Após entender o que motiva a sociedade a buscar a tutela do Direito Penal, quais os valores e bens jurídicos envolvidos com a prática esportiva competitiva e quais são atingidos com o uso de doping, este capítulo irá apresentar as definições de jogo eletrônico, do jogador como atleta e o modo de organização das equipes (aos moldes do esporte formal), para depois trazer os mecanismos de trapaças e seu impacto no ambiente competitivo. Assim, entendido quais são os valores sociais que permeiam esse tipo de relação, será possível concluir se há a necessidade de incidência da tutela penal.

4.1 Conceituação de esporte eletrônico competitivo e sua organização

Os esportes eletrônicos competitivos são uma nova maneira de se enquadrar o que antes era visto como um instrumento de entretenimento e lazer. É a incorporação do elemento competitivo em um tipo de atividade que tem despertado um grande interesse social. Assim como foi trazido no capítulo introdutório, essa forma de lazer, surgida na década de 80, acompanhou os anseios dos consumidores dos jogos eletrônicos, incorporando, durante todos esses anos, as diversas novas tecnologias colocadas à disposição no mercado. Vídeo games e computadores pessoais possibilitaram às pessoas a possibilidade de praticar essa atividade em suas residências, porém, por causa dos altos valores dos consoles e computadores, surgiram as chamadas *lan houses*, um conceito sul coreano¹⁴ de um local exclusivo para jogos com computadores ligados em rede. Muitas pessoas não procuravam esses estabelecimentos

¹⁴Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Tecnologia/0,,MUL1552689-6174,00-FAS+DE+GAMES+LAMENTAM+FECHAMENTO+DA+PRIMEIRA+LAN+HOUSE+DO+BRASIL.html>>. Acesso em: 06 out 2021.

somente para poder interagir competitivamente em um modelo jogador/equipe contra jogador/equipe, pois nem todos os jogos disponíveis permitiam essa possibilidade assim como nem todos os computadores eram capazes de reproduzir todos os jogos. Foi somente com a popularização dos computadores pessoais e da banda larga, além da disponibilização de servidores dedicado aos jogos, que foi possível ter partidas de uma forma remota e competitiva, tendo em vista que as altas velocidades de internet possibilitaram um cenário em que foram retirados os gargalos para uma prática competitiva satisfatória. Isso impulsionou bastante o mercado de jogos eletrônicos, que também passaram a incorporar modalidades competitivas com rankings de colocação.

A primeira liga de que se tem conhecimento foi a *Cyberathlete Professional League* (CPL), criada em 1997, com uma proposta de replicar o modelo de negócio das ligas de esportes profissionais norte-americanas. Trata-se do primeiro grande olhar da indústria para o potencial dos jogos eletrônicos, objetivando a aproximação de grandes marcas para o investimento em atletas e equipes.

Mas foi na Ásia que o Esports teve uma evolução significativa e um desenvolvimento pautado no cenário competitivo como um verdadeiro esporte.

Em 1998, a Blizzard lançou no mercado o game *Starcraft*, jogo do gênero RTS, sendo uma versão futurista do seu antigo jogo *Warcraft orcs and humans*, lançado quatro anos antes.

Starcraft foi um sucesso e vendeu mais de 11 milhões de cópias desde o seu lançamento, tendo como principal público os consumidores da Coreia do Sul, país em que o jogo se tornaria uma referência como modalidade competitiva, e concentraria os maiores jogadores do mundo no gênero.

A grande popularidade do game na Coreia do Sul deu origem às principais equipes e competições da modalidade, tendo o país assumindo o protagonismo do esporte eletrônico na década de 90, com diversas competições organizadas nacionalmente e internacionalmente, com o aporte de empresas importantes do setor.

(BRATEFIXE JUNIOR, 2021, p. 31-32)

Assim como nos esportes formais, que se desenvolveram à margem do ordenamento jurídico para depois serem incorporados, o esporte eletrônico competitivo está passando por esse processo atualmente. O Direito precisará entender em qual prateleira de sua estante o esporte eletrônico competitivo se encontra. Novos tipos de relações sociais vão trazer também novas situações de conflito, o que enseja uma adaptação do Direito para absorvê-las. Essa incorporação depende muito da projeção e força política dos grupos interessados, culminando na criação de uma nova área independente do direito ou na sua absorção por outra área.

No caso dos esportes eletrônicos competitivos, eles naturalmente escolheram se organizar nos moldes dos esportes tradicionais competitivos. Eles desenvolveram um formato de torneios competitivos, com regras específicas bem definidas e padronizadas de acordo com o jogo e premiação, as equipes profissionais se organizaram em centros de treinamento e

formaram equipes compostas de comissão técnica e profissionais de outras áreas subsidiárias para dar apoio à atividade principal. Os profissionais dos esportes eletrônicos competitivos são submetidos ao alto rendimento e podem ter uma carga horária de treino acima das dez horas diárias¹⁵.

Com isso, é necessário desenvolver o conceito de jogos eletrônicos competitivos e compará-lo ao Direito Desportivo, para que se entenda a importância deles para a sociedade, quais os valores importantes, e a forma de regulação que deve ser escolhida pelo legislador.

Assim como o esporte tradicional, os jogos eletrônicos surgiram de uma necessidade dos jogadores criarem disputas entre eles para decidir quem se sagraria como o melhor jogador. Essas formas não profissionais de disputa fizeram com que se criasse rivalidades e uma necessária padronização de regras, para que a disputa se tornasse justa de fato e surgissem campeonatos.

O capítulo anterior trouxe as definições do que seria considerado esporte, que servirá de base para entender como as disputas competitivas de jogos eletrônicos se enquadram nesses conceitos. Inicialmente, cabe ressaltar, conforme apresentado no capítulo introdutório, que já existe a profissionalização dos jogadores de esportes eletrônicos. Os jogadores se dedicam à prática profissional e à competição de alto rendimento, como meio de subsistência, sendo remunerados para isso.

Os atletas de Esports, assim como os atletas de qualquer outro esporte, desenvolvem sua atividade em um cenário profissional, com regras definidas e nível de preparação para alto rendimento, como um direcionamento profissional, de carreira, e desenvolvimento no ecossistema.

Dessa forma, tanto a definição de esportista profissional como a de esportista amador estão presentes em ambos os cenários.

É possível identificar esses elementos nos dias atuais, entre os praticantes do esporte eletrônico, tanto na figura do desportista casual como na do atleta profissional propriamente dito. Isso porque, com a evolução das competições dos jogos eletrônicos, somada aos investimentos que empresas realizam para a formação de equipes, é possível identificar um profissionalismo estruturado da modalidade, equiparando-se, muitas vezes, ao cenário de esportes tradicionais já consagrados.

O nível de preparação, rotinas de treino, investimentos em departamentos de gestão, marketing, nutrição, suporte físico e psicológico tornam hoje as equipes de esportes eletrônicos similares aos grandes clubes de futebol.

As competições atribuem aos seus participantes alto grau de concentração, empenho, treinamento, estratégia, dedicação, competitividade e rotinas similares a qualquer clube de um esporte tradicional.

É perfeitamente possível identificar, nos praticantes de Esports, as características de rotina e a dinâmica da prática esportiva, similares às do esportista tradicional.

Existem competições organizadas com regras estabelecidas, premiações, estruturas organizacionais típicas de eventos esportivos, transmissões nas emissoras de TV aberta e fechada, comercialização de ingressos, ambiente competitivo claro, alto desempenho das competições, rotinas de treinamento físico e mental dos atletas,

¹⁵ Disponível em: <<http://cbesports.com.br/esports/esports-o-que-sao/>>. Acesso em: 21 out. 2021.

acompanhamento nutricional, dentre outras tantas questões tipicamente do cenário de grandes ligas de esporte tradicional. (BRATEFIXE JUNIOR, 2021, p. 91)

Em relação à utilização de capacidades físicas e complexas, os jogos eletrônicos competitivos demandam uma atividade mental e física com alto grau de exigência. Na competição de alto rendimento, uma das habilidades mais importantes vistas, além do raciocínio estratégico, é o tempo de resposta (muitas vezes chamado de reflexo): “Em uma competição de MOBA ou FPS, há diversas implicações físicas, movimentos de articulações dos membros superiores, pescoço, visão, que acarretam, de forma complementar, as atividades mentais de concentração e emocional.” (BRATEFIXE JUNIOR, 2021, p. 76). Por conta dos tipos de movimentos corporais utilizados e pelo fato de passarem muito tempo sentado, é necessário o referido suporte físico e nutricional para os membros da equipe, o que se intensifica ainda mais nas disputas de alto rendimento.

Nesse mesmo sentido:

Ao analisarmos os elementos que compõem a definição de esporte podemos concluir que a atividade física não exige esforço físico substancial, bastando qualquer movimento que tire o organismo da posição de repouso. Outra não é a situação da prática de jogo eletrônico, onde o jogador passa várias horas concentrado, movimentando suas mãos ao operar um controle, em movimentos cadenciados, ordenados e com grande exigência de coordenação motora.

Os atletas vivem em centros de treinamento (*gaming houses*) submetidos a rotina de treinos com rígida disciplina física e alimentar, onde são monitorados por diversos profissionais de saúde. (MIGUEL, 2019, p. 50-51)

Com isso, fica claro que os jogos eletrônicos competitivos se adequam aos conceitos de esportes apresentados anteriormente, e será possível comparar o uso de mecanismos de trapaças eletrônicas com o doping.

4.2 Mecanismos fraudulentos em campeonatos de jogos eletrônicos competitivos

Os esportes tradicionais se diferem dos esportes eletrônicos por conta destes necessitarem de uma plataforma de uma entidade privada para seu desenvolvimento.

Temos como exemplo as desenvolvedoras, constituindo, diretamente, toda a parte estrutural da organização: regras, formas, punições, limites de participação em ligas e campeonatos. Isso tudo sendo totalmente legítimo de quem detém a propriedade dos jogos utilizados para as práticas e competições; não sendo, portanto, nada mais razoável que participem, inclusive, da regulamentação dos campeonatos que utilizam as suas classes de produtos no Esports.

Quando atua dessa forma direta no desenvolvimento e organização da prática esportiva, as desenvolvedoras, nos termos da legislação, apresentam-se como

verdadeiras entidades de administração do desporto. (BRATEFIXE JUNIOR, 2021, p. 48)

Porém, por causa da alta complexidade da programação dos jogos eletrônicos, é muito mais difícil para a desenvolvedora conseguir descobrir novos mecanismos fraudulentos em campeonatos.

Os mecanismos de trapaças em campeonatos de jogos eletrônicos são muito variados e dependem muito do tipo de modalidade. Bratefixe Júnior (2014) divide esses mecanismos em três: *Hacks*, *Cheat* e *Glitch*. *Hacks* são softwares cujo objetivo é alterar a programação original do jogo competitivo com o intuito de adquirir alguma vantagem em uma partida. O *Cheat* se caracteriza pelo uso de códigos não permitidos dentro de uma partida competitiva, podendo ser ativado ou não por *Hacks*, que permitirão que o usuário ganhe uma vantagem indevida. Por fim, o *Glitch* é o uso de falhas existentes dentro do jogo que podem culminar em vantagens para o jogador que não eram esperados pela desenvolvedora do jogo ou que fora proibido por ela.

Ao comparar essas três modalidades de trapaças utilizadas, fica claro o paralelo com o uso do doping, já ressalvada a exclusão da dimensão da saúde. Em ambos os casos, há um ataque direto à lealdade na competição esportiva, ao jogo justo, podendo também atingir a dimensão patrimonial. Atinge-se com ambos as regras constitutivas da competição esportiva. Pelo fato dos mecanismos serem externos ao atleta, isso suscita muito o debate, porém no esporte tradicional também ocorrem modificações indevidas em instrumentos de competição externos ao atleta, como:

No caso italiano da *bicicleta dopada* é evidente a violação de uma regra constitutiva do ciclismo. A bicicleta tinha instalado um pequeno motor elétrico no pedal que era acionado por meio de um botão fixo no guidão nos momentos decisivos da volta. A bateria não tinha larga duração já que oferecia uma forte potência: entre sessenta e noventa minutos. A energia que era liberada elevava em até vinte por cento a potência do “ciclista”. (BEM, 2014, p. 374)

Assim como:

A utilização de combustível manipulado em corridas automobilísticas é outro exemplo no qual a conduta fraudulenta se apresenta, ao menos em termos potenciais, capaz de lesionar o objeto jurídico protegido penalmente na disposição legal. (BEM, 2014, p. 374)

Esses casos se enquadrariam no que a Convenção Internacional contra o Doping no Esporte e o artigo 2, item 3, do Decreto nº 6.653/2008, chamaram de método proibido. Esse

mesmo conceito de método proibido se encaixa perfeitamente para o uso de mecanismo de trapaças como os elencados neste item.

Também pode ser apontado o uso de doping em animais, que atribuiria uma vantagem de performance em um elemento externo ao atleta.

Por fim, serão considerados os mesmos bens jurídicos afetados pelo doping nos casos de mecanismos fraudulentos em campeonatos de esportes eletrônicos.

5. Doping, modalidades de trapaça em jogos eletrônicos competitivos e Direito Penal

Com a delimitação do que são o esporte, o doping e os mecanismos de trapaça eletrônica, e suas dinâmicas com a sociedade, foi analisado se os jogos eletrônicos competitivos eram esporte e se seu praticante poderia ser considerado atleta. Além disso, houve uma comparação entre o doping e os mecanismos de trapaças presentes nos campeonatos de esportes eletrônicos para entender se eram semelhantes e atingiam os mesmos bens jurídicos. A resposta para essas questões foi positiva e, assim, faz-se necessário analisar os bens jurídicos delimitados e se eles já estariam sendo tutelados pelo Direito Penal.

5.1 Possíveis tipos penais já em vigor que tutelam os bens jurídicos delimitados

Em relação à tutela do Direito Penal, preceitua Luis Arroyo Zapatero:

Nós, como juristas, devemos formular diante de propostas políticas de criminalização de novas condutas basicamente três questões. A primeira é saber se, diante de condutas socialmente danosas, têm sido adotadas as medidas legais e administrativas que possam ordenar a vida social e evitar ou reduzir o perigo de produção dos comportamentos em questão. A segunda é saber que tipo de interesse ou bem jurídico se pretende tutelar com os novos tipos penais, para identificar se têm suficiente relevância constitucional e social e se a norma penal aponta ou não contra os ataques mais diretos e danosos para tais bens. A terceira questão é o exame da relação de proporcionalidade entre o dano social que a conduta supõe e o grau de relação pessoal objetiva e subjetiva do autor na provocação do dano, assim como sobre gravidade da pena que se pretende impor. (apud BEM, 2014, p.20-21)

Como visto anteriormente, o doping e a fraude no esporte estão sendo, incialmente, combatidos de uma forma supranacional e, posteriormente, dentro dos limites territoriais da soberania de cada Estado. Dentro desta soberania, cabe a cada Estado garantir a proteção de seus cidadãos, exercendo o controle social por meio de regras de conduta, editando, assim, leis

nesse sentido. As leis, por sua vez, recebem o controle fiscalizatório das instituições estatais, assim como as instituições da sociedade (família, escola, igreja, local de trabalho, entre outros). Há uma graduação na reprovabilidade de cada tipo de conduta realizada, partindo da aceitação social até a restrição da liberdade pessoal em última instância. Neste último caso, mais grave, o Estado, no intuito de proteger os valores fundamentais da sociedade, utiliza-se do controle excepcional trazido pelo Direito Penal para assegurar a ordem e sua continuidade na respectiva sociedade, com a exclusão do condenado do convívio social e retirando o perigo de dano à sociedade trazida pelo indivíduo que praticou a conduta reprovável. Os valores fundamentais da sociedade, como já delimitado, são, após constatados socialmente, traduzidos como bens jurídicos e são resguardados pelo Direito Penal.

O Decreto nº 6.653/2008, que promulgou a Convenção Internacional contra o doping no Esportes, em seu artigo 3, traz meios de alcançar os objetivos da Convenção, assinalando que os Estados Parte se comprometem a adotar medidas apropriadas nos níveis nacional e internacional que sejam consistentes com os princípios do Código, reiterando em seu artigo 7. Assim, os Estados que desejam participar de competições esportivas internacionais devem adotar medidas que visem impedir condutas em desacordo com o estabelecido pelas políticas supranacionais antidoping, sob o risco de restarem desabilitadas nos respectivos eventos, o que causaria impactos além da ordem esportiva, tendo em vista todas as áreas impactadas pelos grandes eventos, como a econômica, a política e o sociocultural.

A Convenção destaca o papel investigativo e repressivo que o Estado deve desempenhar em suas ações antidoping. Assim, será feita uma análise dos dispositivos normativos presentes no ordenamento jurídico brasileiro sobre o tema.

Iniciando com a Constituição Federal, como pode ser visto em seu art. 217, a Carta Magna brasileira condicionou o acesso ao Poder Judiciário, em seu §1º, indicando ser necessário o esgotamento das instâncias da Justiça Desportiva: “§ 1º O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.”. Nesse sentido:

Consequência direta do princípio é a não aceitação da chamada instância administrativa forçada, ou jurisdição condicionada, por meio da qual era possível impor ao particular, que pretendesse discutir com a Administração, a necessidade de recorrer primeiramente às vias administrativas e, somente uma vez esgotado este meio, lançar-se às vias judiciais. Isso era franqueado por força da Emenda Constitucional n. 7/77 à Constituição de 1967/69. Dados os termos amplos em que é colocado o princípio atualmente, não há mais lugar para esse tipo de imposição, que cria, nas palavras de CELSO BASTOS, um “contencioso completamente desfigurado”.

O único caso admitido no Direito pátrio é o referente à Justiça Desportiva, no qual a própria Constituição impõe o prévio esgotamento das instâncias administrativas próprias, no caso de ações relativas à disciplina e às competições desportivas (art. 217, § 1º). No entanto, para que não houvesse procrastinação no trâmite do feito e, por conseguinte, impedimento indireto de acesso ao Judiciário, o legislador constituinte foi extremamente sábio e inseriu um prazo máximo de sessenta dias para a manifestação final dessa instância jurisdicional administrativa (art. 217, § 2º). A partir desse prazo, que se inicia com a instauração do processo, desfaz-se a necessidade do prévio esgotamento, vale dizer, subentende-se já estar cumprido o curso administrativo forçado, que, no caso, é temporalmente delimitado. (TAVARES, 2012, p. 731-732)

É evidente que as vias administrativas necessitam se relacionar à questão disciplinar ou à competição esportiva. Caso contrário, não estaria abarcado pelo referido dispositivo normativo. Também cumpre destacar que essa medida visa desafogar o Poder Judiciário, além de manter as questões estritamente relacionadas às regras do esporte e a sua competição a um julgamento feito ainda dentro da área esportiva, trazendo uma possível melhor e mais adequada decisão. As questões que extrapolam isso não são impactadas, pois continua o Poder Judiciário com sua legitimidade para julgá-los, além das situações em que o prazo máximo estabelecido não for respeitado na via administrativa.

Na legislação pátria, não há uma punição penal autônoma específica para o doping esportivo, porém existem tipos penais que poderiam se adequar à conduta resultante do uso de doping pelo atleta, além dos dispositivos disciplinares e administrativos, e da responsabilidade civil.

Porém, independentemente do bem jurídico eleito, é relevante destacar que o legislador apenas estará autorizado a proibir penalmente o *doping* no esporte sempre que o próprio esporte, pelos seus próprios participantes, obste sua prática. Como o ordenamento jurídico deve ser concebido como um conjunto de normas harmônicas, não seria possível compreender que possa, em seu íntimo, apresentar discrepâncias. Justamente por ser assim, seria inaceitável a irracionalidade que comportaria o pretender fazer uso do recurso penal para punir o que não está proibido no esporte. Ademais, a própria definição das substâncias e métodos proibidos deve ser definida no âmbito esportivo e posteriormente respeitada pela regulação penal. Deve existir uma lista única, que descreva categoricamente os objetos proibidos, para não gerar possíveis problemas de concreção das listas. (BEM, 2014, p. 31)

Essa visão leva em consideração apenas os aspectos relacionados às condutas que são aceitas socialmente, dentro de regras estabelecidas. Um exemplo é a competição de esportes de combate, na qual há a lesão corporal entre os participantes, mas existem regras e limites para a realização das lutas. O que extrapolar as regras e os limites será passível de punição. Muitas vezes há uma sobreposição de condutas aceitas no esporte e puníveis fora dele.

A ausência de antijuridicidade, de adequação típica, num caso em que a ação é socialmente adequada surge imediata e evidente, não se cogitando, muitas vezes, sequer de uma análise mais detida, através de um processo, pois o olho visto observa que não é injusto o cirurgião fazer um corte cirúrgico no paciente, como não é injusto ao *boxeur* nocautear seu adversário, causando-lhe graves lesões. (REALE JUNIOR, 2000, p. 61)

É necessário verificar se o uso de substância proibida ou método proibido não seria um caso de algo que extrapolou as regras e limites da modalidade esportiva, e/ou até mesmo se configurou como um delito penal já existente no ordenamento jurídico brasileiro que não é socialmente aceito.

Com isso, serão desenvolvidos os bens jurídicos delimitados no item anterior.

Os bens jurídicos relacionados à saúde, individual e pública, serão abordados rapidamente neste item também, porém não serão desenvolvidos por causa dos mesmos motivos já explicados no presente trabalho. Com isso, serão excluídos do debate os crimes relacionados ao tipo penal de lesão corporal, art. 129¹⁶ do Código Penal brasileiro, e dos crimes previstos na Lei nº 11.343/06 (o art. 28¹⁷ da lei não pune aquele atleta que testou positivo para alguma substância proibida no exame antidoping, pune somente aquele que se enquadrar nas condutas previstas no *caput*). Além disso:

Como Bonini, Cristina Ravera, especificamente no que concerne ao autodoping, defendem que “já não se deve proteger o bem da saúde de agressões de seu próprio titular, senão a regularidade da concorrência esportiva, porém não no sentido do jogo limpo ou fair play, senão como salvaguarda dos interesses patrimoniais relevantes”. Nada impede que a mesma tutela se estenda ao heterodoping, depois de uma revisão atual para referir-se a um objetivo de lucro ou a um potencial perigo de natureza patrimonial. (BEM, 2014, p. 87)

A ética relacionada ao descumprimento de regras regulativas também serão afastados da discussão, por não se configurarem como bem jurídico passível de proteção penal do Estado.

Em relação aos bens jurídicos de lealdade da concorrência e patrimônio, há tipos penais que parecem se adequar à prática do doping. Ambos os bens já demonstraram sua importância no ordenamento penal pátrio, sendo resguardados por tipos penais em suas várias

¹⁶ Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:
Pena - detenção, de três meses a um ano.

¹⁷ Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;
II - prestação de serviços à comunidade;
III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

dimensões. Em uma sociedade com um modo de produção capitalista, o patrimônio atinge seu ápice de proteção, com crimes contra o patrimônio revelando penas elevadas em relação aos vários outros crimes com bens jurídicos diversos.

Desde a organização da sociedade de forma mais complexa, o comércio se fez presente. A própria estrutura do comércio trouxe novas formas de relação entre as partes negociantes. Com seu desenvolvimento, a prática negocial se torna cada vez mais importante, trazendo à tona as habilidades das partes em conseguir as melhores condições para as transações comerciais. Esse jogo de forças intelectuais e econômicas entre os negociantes acabou incentivando práticas menos nobres e muitas vezes com uma relevante malícia por alguma das partes, por conta dos anseios um negócio mais lucrativo ou vantajoso. O comerciante ou fornecedor tentarão maximizar os ganhos oriundos de seus produtos, exagerando em suas qualidades e escondendo seus defeitos, porém, em alguns casos, isso extrapola o que é aceito no mercado, há o induzimento ao erro que resulta em prejuízo econômico.

A questão fundamental é, afinal, quando essa malícia ou habilidade ultrapassa os limites do moralmente legítimo para penetrar no campo do ilícito, do proibido, do engodo ou da indução ao erro.

Na verdade, a *ilicitude* começa quando se extrapolam os limites da “malícia” e se utilizam o engano e o induzimento a erro para a obtenção de vantagem, em prejuízo de alguém. No entanto, nessas circunstâncias, se estiver caracterizado o engano, a burla, ainda assim pode configurar-se não mais que a fraude civil, que terá como consequência a anulação do “contrato”, com as respectivas perdas e danos. Heleno Fragoso destacava um exemplo muito elucidativo: “Se alguém vende um automóvel, silenciando sobre defeito essencial (por exemplo: quebra de transmissão), isto será uma fraude civil, que anulará o contrato. Se alguém, todavia, vende um automóvel sem motor, iludindo o adquirente, praticará um estelionato, ou seja, uma fraude penal”. (BITTENCOURT, 2013, p. 272-273)

Fica claro que há uma fronteira entre os casos de fraudes, dependendo da extensão de sua lesividade para algum bem jurídico. Nesse contexto, as fraudes se dividem em fraude civil e fraude penal. A fraude ela vai além das práticas comuns de mercado, pois há uma fronteira mais ou menos delimitada dessas práticas e do que é moralmente aceito. O exagero na boa qualidade do produto ou a amenização de seus pontos fracos é comum no meio, com a valorização de vendedores que possuem uma malícia para convencer os compradores.

No entanto, o emprego de meio fraudulento, levando outrem a incorrer em erro, com a consequente obtenção de vantagem ilícita por parte do iludente e acarretando prejuízo patrimonial ao enganado, insere-se no âmbito da fraude, que pode acarretar meras consequências civis, como a anulação do contrato, cumulada com perdas e danos (art. 171, II e 443, CC), ou, dependendo do grau da fraude, amoldar-se no tipo legal descrito no artigo 171 do Código Penal. Na realidade, a fraude é única, e a propalada diferença é apenas de grau de quantidade. (PRADO, 2019, p. 402)

A fraude ela extrapola essa conduta aceitável, levando a outra parte a ser induzida e/ou mantida em erro, e disso se obtém a vantagem ilícita com o consequente prejuízo patrimonial para a vítima. Essa fraude possui nuances também, com suas consequências atingindo desde a esfera civil até a penal. O que determina o que se enquadrará em cada âmbito é a própria sociedade, pois os limites precisam ser encontrados nas práticas de mercado e na reprovabilidade social das condutas. Consequentemente, isso irá refletir na forma que o legislador irá atuar, com vista no momento histórico e cultural no qual está inserido, além de levar em consideração a estrutura na política criminal da época. Dessa forma, o critério utilizado não é estanque nem preciso, é apenas um reflexo da valoração elaborada por cada sociedade. Pode, assim, haver um deslocamento da fronteira entre o que é considerado fraude civil ou fraude penal. A fraude penal irá ser melhor desenvolvidas em conjunto aos possíveis tipos penais adequados à proteção dos bens jurídicos atingidos pelo uso de doping ou meios de trapaça em esportes eletrônicos.

Assim, serão analisados os delitos de estelionato, concorrência desleal e fraude contra competição esportiva, pois são os tipos penais que mais se aproximam da conduta estudada.

5.2 Estelionato

O art. 171 do Código Penal¹⁸, denominado estelionato, é um delito patrimonial, tendo como bem jurídico tutelado a inviolabilidade do patrimônio. A fraude é um elemento

¹⁸ Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis.

§ 1º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor o prejuízo, o juiz pode aplicar a pena conforme o disposto no art. 155, § 2º.

§ 2º - Nas mesmas penas incorre quem:

Disposição de coisa alheia como própria

I - vende, permuta, dá em pagamento, em locação ou em garantia coisa alheia como própria;

Alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria

II - vende, permuta, dá em pagamento ou em garantia coisa própria inalienável, gravada de ônus ou litigiosa, ou imóvel que prometeu vender a terceiro, mediante pagamento em prestações, silenciando sobre qualquer dessas circunstâncias;

Defraudação de penhor

III - defrauda, mediante alienação não consentida pelo credor ou por outro modo, a garantia pignoratícia, quando tem a posse do objeto empenhado;

Fraude na entrega de coisa

IV - defrauda substância, qualidade ou quantidade de coisa que deve entregar a alguém;

Fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro

V - destrói, total ou parcialmente, ou oculta coisa própria, ou lesa o próprio corpo ou a saúde, ou agrava as consequências da lesão ou doença, com o intuito de haver indenização ou valor de seguro;

Fraude no pagamento por meio de cheque

central neste delito e, dessa forma, tutela-se também o interesse social na confiança recíproca nos relacionamentos patrimoniais que ocorrem em sociedade.

A conduta típica do delito de estelionato consiste na obtenção, para si ou para outrem, de vantagem ilícita, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento. O artigo ainda prevê outras formas que o estelionato pode ocorrer, além da previsão do *caput*, porém essas outras formas não se relacionam com o objeto de estudo em questão, por isso não serão contemplados na análise.

Dito isso, serão desenvolvidos os elementos componentes do delito de estelionato trazido pelo *caput* do art. 171 do Código Penal.

O que diferencia dos outros tipos penais contra o patrimônio é a fraude. Bittencourt (2013) entende ser essa a característica fundamental do estelionato, que serve ao propósito de induzir ou manter a vítima em erro, com a finalidade de obter vantagem patrimonial ilícita. Ele vê no estelionato uma dupla relação causal, pois primeiro a vítima é enganada, por meio da fraude, para depois surgir uma nova relação causal entre o erro e a obtenção de vantagem ilícita e o consequente prejuízo. Na primeira situação, a fraude é a causa e o engano é o efeito, enquanto, na segunda situação, o erro é a causa e a obtenção de vantagem ilícita e o prejuízo são o efeito. Ainda entende que é indispensável que a vantagem ilícita obtida se origine de um erro produzido pelo agente ativo do crime, pois a mera existência de um erro decorrente de uma fraude não caracteriza o delito, é necessária a vantagem ilícita e prejuízo patrimonial alheio.

Sendo a fraude o ponto central do delito de estelionato, podemos identificá-lo, outrossim, por meio dos seguintes elementos que integram a sua figura típica: a) conduta do agente dirigida finalisticamente à obtenção de vantagem ilícita, em prejuízo alheio; b) a vantagem ilícita pode ser para o próprio agente ou para terceiro;

VI - emite cheque, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento.
Fraude eletrônica

§ 2º-A. A pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa, se a fraude é cometida com a utilização de informações fornecidas pela vítima ou por terceiro induzido a erro por meio de redes sociais, contatos telefônicos ou envio de correio eletrônico fraudulento, ou por qualquer outro meio fraudulento análogo.

§ 2º-B. A pena prevista no § 2º-A deste artigo, considerada a relevância do resultado gravoso, aumenta-se de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o crime é praticado mediante a utilização de servidor mantido fora do território nacional.

§ 3º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência.

Estelionato contra idoso ou vulnerável

§ 4º A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) ao dobro, se o crime é cometido contra idoso ou vulnerável, considerada a relevância do resultado gravoso.

§ 5º Somente se procede mediante representação, salvo se a vítima for:

I - a Administração Pública, direta ou indireta;

II - criança ou adolescente;

III - pessoa com deficiência mental; ou

IV - maior de 70 (setenta) anos de idade ou incapaz.

c) a vítima é induzida ou mantida em erro; d) o agente se vale de um artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento para a consecução do seu fim.

O crime de estelionato é regido pelo binômio *vantagem ilícita/prejuízo alheio*. A conduta do agente, portanto, deve ser dirigida a obter *vantagem ilícita*, em *prejuízo alheio*. (GRECO, 2009, p. 242)

Além disso, Prado (2019) entende que o estelionato apresenta dois aspectos característicos: primeiro, é delito de resultado, contudo não se pode desprezar a cadeia causal que gera o prejuízo econômico (o processo tem início com o engano que leva ao erro, este que tem como consequência o ato de disposição patrimonial do qual decorre o prejuízo); segundo, é um delito de relação ou cooperação, exigindo a intervenção da vítima na execução. Também vê como equivocado o entendimento de que o delito de estelionato foca sua repressão penal na fraude em si, na verdade, o que se reprime penalmente é a injusta lesão patrimonial

Desse modo, entende-se que o tipo de injusto objetivo de estelionato exige a presença de três elementos básicos: *fraude* (ardil ou engano), *erro* e *disposição patrimonial prejudicial*. Tais elementos devem ocorrer nessa ordem e estar vinculados por uma relação de causalidade, de tal modo que a fraude utilizada pelo sujeito ativo induza a vítima em erro e, com base nele, realize uma disposição patrimonial negativa ou de ordem prejudicial. (PRADO, 2019, p. 397)

Assim, passa-se a analisar esses três elementos básicos do delito de estelionato (fraude, erro e disposição patrimonial prejudicial).

Em relação à fraude, o art. 171 prevê que como meio de execução o uso de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento. Cabe aqui entender as diferenças entre as modalidades previstas. Greco (2009) entende que artifício e ardil fazem parte de um gênero maior que é a fraude. Afirma ser a fraude um engano, uma artimanha do agente ativo, que seja suficiente para que a vítima incorra em erro ou nele permaneça.

Artifício é toda simulação ou dissimulação idônea para induzir uma pessoa ao erro, levando-a à percepção de uma *falsa aparéncia da realidade*; *ardil* é a trama, o estratagema, a astúcia; *qualquer outro meio fraudulento* é uma fórmula genérica para admitir qualquer espécie de fraude que possa enganar a vítima. Com essa expressão genérica, torna-se desnecessária a precisão conceitual de *artifício* e *ardil*. (BITTENCOURT, 2013, p. 275)

Em mesmo sentido afirma Bittencourt (2013), colocando o artifício e o ardil como um mesmo tipo componente da fraude. Além disso, também afirma ser indispensável que o meio fraudulento tenha a capacidade e idoneidade para enganar a vítima e, consequentemente, induzi-la a erro. No caso de inidoneidade do meio, ela pode ocorrer de forma relativa ou absoluta. Na forma relativa, a ação poderá se configurar como tentativa de estelionato, enquanto

na absoluta a ação será considerada um crime impossível por absoluta ineficácia do meio empregado, conforme art. 17 do Código Penal¹⁹.

Quanto à *tentativa*, não se pode olvidar que o *iter criminis* do delito de estelionato inicia-se com a prática do meio fraudulento e termina com o resultado, expresso pela vantagem ilícita e o prejuízo alheio (*delito instantâneo*). No entanto, o percurso do crime pode ser interrompido por motivos alheios à vontade do agente, desde o início da execução até quando está prestes a consumar-se, o que caracteriza a tentativa (art. 14, II). Assim, se a vítima se apercebe, antes de propiciar a vantagem ilícita ao agente, de que está sendo vítima de um engodo, o delito permanece na forma tentada. (PRADO, 2019, p. 403-404)

Prado (2019) traz também, na previsão da tentativa, a ideia de idoneidade do meio fraudulento empregado. Mesmo com a percepção posterior da vítima, houve um momento em que o meio fraudulento foi suficientemente idôneo para enganar a vítima. O art. 14, II, do Código Penal, prevê que o crime é tentado quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente²⁰

Em relação ao erro:

A utilização da fraude pelo agente visa *induzir* ou *manter* a vítima em *erro*. *Erro* significa a concepção equivocada da realidade, é um conhecimento falso do que ocorre no mundo real. Assim, aquele que atua movido pelo erro acredita numa coisa, enquanto a realidade é outra.

Induzir a erro é fazer nascer a representação equivocada na vítima. O agente, mediante sua fraude, cria no espírito da vítima um sentimento que não condiz com a realidade. Pode ocorrer, entretanto, que a vítima já tenha incorrido, sem qualquer influência do agente, em erro. Nesse caso, se a representação distorcida da realidade já existia, não se poderá falar em induzimento. No entanto, a lei penal também considera como uma das formas de se praticar o estelionato a *manutenção em erro*, vale dizer, o agente, mesmo sabendo que a vítima tinha um conhecimento equivocado da realidade, a mantém nessa situação, com a finalidade de obter vantagem ilícita, em seu prejuízo. (GRECO, 2009, p. 243)

Fica claro que o erro é uma interpretação equivocada da realidade apresentada, um conhecimento não verdadeiro de fatos do mundo real. No erro, deve haver uma crença que não tem lastro na realidade. No estelionato, o agente ativo cria essa nova realidade ou se aproveita de uma vítima já induzida a erro para fazê-la dispor de seu patrimônio injustamente.

Em relação à disposição patrimonial prejudicial:

¹⁹ Art. 17 - Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.

²⁰ Art. 14 - Diz-se o crime:

II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

O agente deve ter a consciência de que está obtendo uma vantagem ilícita, visto que, se atua com um fim justo ou por erro escusável, não há que falar em estelionato, podendo ocorrer exercício arbitrário das próprias razões, como é o caso do empregado demitido sem justa causa, sem o recebimento de nenhuma indenização que, entendendo que há crédito trabalhista a seu favor, ludibriaria outro funcionário da empresa em que trabalhava para entregar-lhe objeto de valor equivalente ao seu suposto crédito.

Por se tratar de delito de resultado, *consuma-se* com a obtenção de vantagem ilícita e com a produção de prejuízo alheio, que constituem o desvalor do resultado.

O prejuízo alheio, porém, como se disse, deve ser de natureza patrimonial e efetiva, visto que o estelionato não é crime de perigo, mas sim de resultado.

A lesão ao patrimônio do sujeito passivo pode ocorrer tanto pela sua diminuição como por fator impeditivo de seu aumento. (PRADO, 2019, p. 403)

Para que se configure o estelionato, deve haver uma vontade do agente ativo em obter a vantagem patrimonial ilícita, uma consciência com esse intuito, além da lesão ao patrimônio do sujeito passivo. O ato de disposição do patrimônio, ou seu impedimento de crescimento por ato da vítima, deve ocorrer motivado pela fraude e pelo erro induzido pela fraude. “Se, no entanto, depois de iniciados os atos de execução configurados na fraude empregada na prática do delito, o agente não conseguir obter a vantagem ilícita em virtude de circunstâncias alheias à sua vontade, o crime restará tentado.” (GRECO, 2009, p. 246).

Assim, analisados os elementos constituintes do delito de estelionato, passa-se a analisar sua relação com o doping e os jogos eletrônicos competitivos. Não há unanimidade na doutrina sobre o doping se configurar como estelionato.

Prado (2019) apresenta uma posição favorável ao doping subsumir-se ao delito de estelionato. Ele ilustra seu posicionamento com o caso concreto relativo à administração de substâncias em cavalos de corrida com o objetivo de influir no resultado da corrida. Nela, haveria um meio fraudulento (administração de substâncias, que devem ser idônea) e uma consequente obtenção de vantagem ilícita para uma parte e lesão patrimonial para as outras partes. Além dos competidores, essa lesão patrimonial estende-se para todo o ecossistema da modalidade esportiva, incorrendo todos em erro, a menos que seja descoberta a fraude. Além disso, também afirma:

Questão interessante é a utilização pelo agente de meios mecânicos ou eletrônicos para a prática de estelionato, como os que alteram os medidores do consumo de energia elétrica, gás ou água.

A melhor interpretação doutrinária é aquela que considera furto quando o agente subtrai a energia antes do medidor. No entanto, se utiliza de qualquer instrumento para viciar o medidor, de forma que este registre menos energia, caracteriza-se delito de estelionato. Esse aparato fraudulento é utilizado também em jogos eletrônicos, com alteração, inclusive, no próprio programa do computador que alimenta a máquina, de forma a não permitir que o sujeito passivo obtenha ganhos na aposta, fraude essa que foi muito utilizada nas máquinas eletrônicas de videopôquer.

Na atualidade, as legislações penais mais modernas têm previsão própria para o estelionato realizado através de meios informáticos, inclusive a manipulação ou alteração fraudulenta de dados e programas. (PRADO, 2019, p. 400)

Apesar dos meios fraudulentos ocorrerem por utilização de meios mecânicos ou eletrônicos para a prática da fraude, a fraude eletrônica, do art. 171, §2º-A, refere-se a uma conduta diversa do objeto de estudo, que não se adequa ao uso de mecanismos fraudulentos em jogos eletrônicos competitivos ou doping.

Em posição não tão favorável:

O estelionato (art. 171, CP), embora pareça trilhar o caminho mais próximo do tratamento jurídico ideal, seria em regra igualmente de difícil configuração, demandando indevido alargamento de seus elementos. Historicamente o doping já foi debatido sob a perspectiva do estelionato em célebre caso ocorrido na década de 60 no Jockey Clube do Rio de Janeiro, cuja relativa fama é devida menos à complexidade e ao colorido do caso do que aos pareceres de Aníbal Bruno e Nélson Hungria anexados aos autos e posteriormente publicados. Naquele processo, ambos advogaram pela existência de estelionato, com fundamentações e citações bastante parecidas. Tal conclusão não possui, no entanto, caráter geral e foi seguramente contingencial, já que o caso apresentava dados concretos bastante específicos (um grupo organizado fez ministrar contratores musculares em cavalos favoritos, fraudando as apostas e causando prejuízo aos apostadores, dentre outros detalhes que a leitura dos pareceres esclarece). Prova da controvérsia existente a respeito da punição do doping como estelionato está no natimorto Código Penal de 1969, no qual os integrantes da comissão – composta, dentre outros, pelos próprios Hungria e Bruno – fizeram incluir disposição específica a respeito da fraude em jogo desportivo ou competição: “Art. 184: Empregar substância excitante ou deprimente, ou qualquer outro ardil, para fraudar jogo desportivo ou competição de animais, não vedada em lei, com o fim de obter vantagem econômica, para si ou para outrem.” A leitura do dispositivo mostra bem que se buscava contornar todas as lacunas de punibilidade que o *caput* do estelionato proporcionaria em eventuais casos de doping. Está claro também que, entendesse a comissão que para o tratamento penal do doping, bastava a previsão do estelionato, não teria elaborado e feito incluir dispositivo específico. O Código de 1969 nunca entrou em vigor e a discussão entrou em modo stand by. (LEITE, 2011, p. 8-9)

Leite (2011), apesar de afirmar pela proximidade entre o doping e o estelionato, enxerga uma dificuldade na adequação entre os dois, pois demandaria um indevido alargamento dos seus elementos. Interessante notar que já havia uma tentativa, há muitas décadas, de uma disposição específica para os casos de doping como delito de estelionato, buscando corrigir essa necessidade de alargamento dos elementos, porém não foi levada a diante, o que demonstra que a preocupação da sociedade perante o doping não é algo recente.

Por fim, em posição contrária:

A partir de uma visão leiga ou juridicamente imprecisa, pode-se dizer que o atleta dopado cometeu um estelionato contra os seus concorrentes não dopados, contra os organizadores e patrocinadores, contra mídia e também contra os espectadores. A partir de um olhar mais acurado, no entanto, percebe-se que os pressupostos de um

estelionato punível, na maioria dos casos, não estão preenchidos ou não podem ser provados. Mesmo a configuração da fraude já pode ser posta em dúvida, pois falta à maioria dos potenciais lesionados uma relação contratual ou mesmo apenas comunicativa com o atleta. Essa relação existe, de fato, em relação aos organizadores, mas, ainda assim, é de difícil prova a circunstância de que a intenção de se dopar existia já por ocasião da inscrição do atleta no evento. Muito duvidosa é também a existência de um erro por parte dos participantes. Isso porque, nos dias de hoje, deve-se contar com a existência de atletas dopados, e para vários espectadores ou setores da mídia a questão seria mesmo indiferente, já que o fundamental é o espetáculo que envolve a competição. Uma lesão patrimonial também seria pouco provável, pois o fato de entre os participantes encontrar-se um dopado não desvaloriza a competição. Mesmo em relação ao concorrente que se sinta prejudicado por perder uma premiação em dinheiro, é de difícil fundamentação uma lesão no sentido do tipo do estelionato, pois a sua pretensão, por exemplo, de receber o prêmio da competição surge apenas quando o primeiro colocado é desqualificado em razão de doping. Nesse momento, a pretensão seria então válida, mas teria sido satisfeita, pois o concorrente não dopado seria o vencedor, não sofrendo, ao final, lesão alguma. Ainda que pensasse na real chance econômica do concorrente, cuja perda poderia ser entendida como lesão patrimonial, esta teria de ser negada, pois apenas surge quando o caso de doping vem à tona. (ROXIM, 2011, p.35-36)

Roxim (2011) demonstra, claramente, um posicionamento diverso dos autores apresentados. Ele restringe mais ainda sua interpretação sobre os elementos constituintes do delito de estelionato, entendendo que os pressupostos do estelionato punível não estão presentes ou não podem ser provados. Porém, estende sua interpretação no que se refere aos elementos que rodeiam esses pressupostos. O autor parece naturalizar o uso do doping e restringir sua importância em relação ao impacto nos bens jurídicos delimitados. Neste caso, a dificuldade de punição e averiguação parece ter mais força que a própria lesão causada ao ambiente competitivo.

5.3 Crimes de concorrência desleal

Após análise do delito de estelionato, será desenvolvido o delito de concorrência desleal, para se averiguar a adequação ao uso de fraude no doping e nos mecanismos de trapaça nos esportes eletrônicos competitivos. Neste ponto, estará em destaque o bem jurídico da lealdade da concorrência.

Cabe ressaltar que a lealdade da concorrência foi delimitada como um bem jurídico relevante o suficiente para a intervenção da tutela penal, porém o tipo de concorrência protegido pelo ordenamento penal não parece coincidir totalmente com a esperada no ambiente esportivo competitivo. Todo o ecossistema esportivo é afetado patrimonialmente, de diversas formas, com a utilização do doping ou *cheats* e *hacks*. “Uma concorrência livre e leal é pressuposto do livre desenvolvimento dos cidadãos na nossa sociedade e é amplamente reconhecida como bem

jurídico. Sua violação por meio de manipulações que distorçam a concorrência é, então, uma lesão de bem jurídico e, assim, um possível objeto da punição penal.” (ROXIM, 2011, p. 44-45).

Em relação ao bem jurídico tutelado pela lei penal no crime de concorrência desleal, temos de assinalar a dificuldade de sua indicação, posto que o art. 195 da LPI não apresenta um único crime de concorrência, e sim, delitos em quatorze incisos, cada um deles definindo uma conduta delituosa, ou, por outras palavras, o Capítulo VI, em quatorze tipos, forma uma pluralidade de delitos que, nem sempre, apresentam um objetivo comum de tutela. Como salienta Celso Delmanto, “O crime de concorrência desleal é realmente uma página penal por demais singular. Assinale-se, em primeiro lugar, que não se trata de um único delito, que se possa cometer mediante ações alternativas”. Daí a pluralidade de bens jurídicos a serem protegidos que, no fundo, se confundem com os protegidos em passagens do Código Penal, como o estelionato, a difamação, o abuso de confiança, a violação de segredos, a fraude no comércio, o direito do consumidor etc.

No entanto, há um bem jurídico comum em todos os tipos que compõem os crimes de concorrência desleal: a liberdade de competição. A esse respeito escreve Nélson Hungria, que os crimes de concorrência desleal podem ser separados em seis grupos: 1.º) denigração de concorrente; 2.º) desvio de clientela; 3.º) confusão entre estabelecimentos ou produtos; 4.º) propaganda com falsa atribuição de mérito especialmente reconhecido; 5.º) corrupção para obtenção de vantagem indevida; 6.º) violação de segredos, com abuso de confiança. (PIERANGELI, 2003, p. 275-276)

Os delitos relacionados ao bem jurídico liberdade de competição se encontram elencados no art. 195 da Lei nº 9.279/1996²¹. São diversos delitos agrupados em um único

²¹ Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem:

- I - publica, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem;
- II - presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem;
- III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem;
- IV - usa expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos;
- V - usa, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências;
- VI - substitui, pelo seu próprio nome ou razão social, em produto de outrem, o nome ou razão social deste, sem o seu consentimento;
- VII - atribui-se, como meio de propaganda, recompensa ou distinção que não obteve;
- VIII - vende ou expõe ou oferece à venda, em recipiente ou invólucro de outrem, produto adulterado ou falsificado, ou dele se utiliza para negociar com produto da mesma espécie, embora não adulterado ou falsificado, se o fato não constitui crime mais grave;
- IX - dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem;
- X - recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador;
- XI - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato;
- XII - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude; ou

artigo que trazem as diversas formas que a liberdade de competição pode ser afetada, porém nenhuma previsão parece se adequar ao objeto de estudo.

O enfoque aqui é voltado para o mercado, para as relações comerciais, o que é facilmente percebido ao observar o art. 195. Ao buscar definições sobre a concorrência desleal, surgem predominantemente aquelas relacionadas a ideia de ambiente mercantil. Nesse sentido:

Mas o que vem a ser concorrência desleal? A ideia de um mercado transparente ou competitivo encontra a sua origem numa concepção liberal. Tem ela sua progênie na ideia central de que não existe tal coisa como preços inerentes às coisas e serviços: para este ponto de vista, não existe tampouco quantidades ou formas de distribuição de tais bens ou serviços, que correspondam a uma ordem superior ou a padrões justos preexistentes. Quando a concorrência se vê livre de obstruções ou impurezas, os indivíduos obtêm um adequado equilíbrio entre a quantidade e o valor das coisas que querem. O pressuposto de um posicionamento como este está em que as partes são colocadas num plano de igualdade de maneira tal que ninguém se aproveite da debilidade ou necessidade da outra. (PIERANGELI, 2003, p. 268)

Também nesse mesmo sentido:

A insegurança da competição é parte inerente a qualquer economia capitalista, assim como os esforços dos empresários para manipular o mercado e escapar dessas pressões competitivas. Embora no mundo inteiro tenha sido aprovada uma longa lista de medidas legislativas para salvaguardar a liberdade de mercado, as grandes corporações e alguns grupos profissionais continuam a buscar o seu controle, mesmo quando isso significa burlar as leis. Mesmo que, geralmente, o cidadão comum não esteja consciente das intrincadas redes de poder que limitam a livre concorrência, é ele o grande prejudicado pelas práticas ilegais. Quando a livre concorrência desaparece, o mesmo acontece com a motivação para inovar e aprimorar: pesquisas e desenvolvimento perdem a importância, a produção fica estagnada, pessoas perdem a confiança nos mercados de investimento e a complacência substitui o espírito competitivo. E, ainda pior, o consumidor sofre com as cobranças exorbitantes feitas por quem controla o mercado de determinado produto ou serviço e não tem outra escolha a não ser pagar o preço exigido. (COLEMAN, 2005, p.84-85)

Assim, apesar de possuir elementos em comum com a concorrência no esporte, a concorrência desleal do art. 195 parece ser uma resposta legislativa para um problema do uso

XIII - vende, expõe ou oferece à venda produto, declarando ser objeto de patente depositada, ou concedida, ou de desenho industrial registrado, que não o seja, ou menciona-o, em anúncio ou papel comercial, como depositado ou patenteado, ou registrado, sem o ser;

XIV - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos.

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§ 1º Inclui-se nas hipóteses a que se referem os incisos XI e XII o empregador, sócio ou administrador da empresa, que incorrer nas tipificações estabelecidas nos mencionados dispositivos.

§ 2º O disposto no inciso XIV não se aplica quanto à divulgação por órgão governamental competente para autorizar a comercialização de produto, quando necessário para proteger o público.

de fraudes e artimanhas não aceitas no comércio, no mercado. Não há uma adequação clara desse dispositivo normativo penal e, com isso, será afastado no presente estudo.

5.4 Crimes do Estatuto de Defesa do Torcedor

Por fim, serão analisados os dispositivos normativos penais encontrados na Lei nº 12.299/2010, que modificou a Lei nº 10.671/2003, o Estatuto de Defesa do Torcedor.

Cabe ressaltar que já existe intervenção penal no esporte, presente no Estatuto de Defesa do Torcedor, que elencou em seu capítulo XI-A alguns crimes relacionados à prática esportiva profissional. Dentre esses crimes, existe o delito de fraude contra a competição esportiva, no artigo 41-E²², que parece, incialmente, ser o dispositivo normativo mais adequado para ser desenvolvido em relação ao objeto de estudo. Nesse tipo penal, conforme entende Leite (2011), o foco se encontra na competição esportiva, na lealdade da concorrência, deixando de lado a questão relacionada à saúde do competidor. Ele elenca dois principais problemas no tipo descrito, a falta de uma definição de fraude na doutrina brasileira e a exigência de fraude do resultado de competição esportiva. Esses dois aspectos dificultam muito a aplicação do tipo penal para os casos de doping, porém, a princípio, serviriam ao propósito, mesmo abarcando inúmeros outros casos de fraude além do doping. Apesar disso, o art. 41-E é o dispositivo penal pátrio que mais possui proximidade com o tratamento jurídico-penal internacional específico atualmente adotado contra o doping.

Interessante notar que o legislador novamente tutela a lealdade da concorrência no Estatuto de Defesa do Torcedor, porém em uma nova perspectiva, além de prever crimes relativos às práticas de violência, corrupção e cambismo²³. Os delitos previstos no Estatuto

²² Art. 41-E. Fraudar, por qualquer meio, ou contribuir para que sefraude, de qualquer forma, o resultado de competição esportiva.

Pena – reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos e multa.

²³ Art. 41-B. Promover tumulto, praticar ou incitar a violência, ou invadir local restrito aos competidores em eventos esportivos.

Pena - reclusão de 1 (um) a 2 (dois) anos e multa.

§ 1º Incorrerá nas mesmas penas o torcedor que:

I - promover tumulto, praticar ou incitar a violência num raio de 5.000 (cinco mil) metros ao redor do local de realização do evento esportivo, ou durante o trajeto de ida e volta do local da realização do evento;

II - portar, deter ou transportar, no interior do estádio, em suas imediações ou no seu trajeto, em dia de realização de evento esportivo, quaisquer instrumentos que possam servir para a prática de violência.

§ 2º Na sentença penal condenatória, o juiz deverá converter a pena de reclusão em pena impeditiva de comparecimento às proximidades do estádio, bem como a qualquer local em que se realize evento esportivo, pelo prazo de 3 (três) meses a 3 (três) anos, de acordo com a gravidade da conduta, na hipótese de o agente ser primário, ter bons antecedentes e não ter sido punido anteriormente pela prática de condutas previstas neste artigo.

evidenciam, conforme entende Silva (2017), uma preocupação do legislador com a incolumidade das pessoas (art. 41-B) e com a repressão do lucro indevido (arts. 41-C, 41-D, 41-E, 41-F e 41-G). Os delitos preveem penas de reclusão e também prevê uma nova modalidade de pena restritiva de direitos para impedir a presença do agente nas proximidades do estádio ou no local em que o evento está se realizando (art. 41-B, §2º). Além disso, prevê que o Estatuto será aplicado somente ao esporte profissional. Há uma proteção mais ampla e mais rigorosa para quem atente contra a estrutura e ordem dos eventos esportivos competitivos e do respectivo resultado da competição.

As infrações penais previstas no Estatuto do Torcedor visam à proteção dos interesses e direitos da coletividade que se faz presente nos estádios para contemplar os eventos esportivos ou que, de outras formas, apoia ou se compraz, com os certames. São normas que integram o Direito Penal Econômico, visto que, conforme assevera Manoel Pedro Pimentel, “têm por objeto sancionar, com as penas que lhes são próprias, as condutas que, no âmbito das relações econômicas, ofendam ou ponham em perigo bens ou interesses juridicamente relevantes”.

No primeiro capítulo desta obra, tratou-se do liame jurídico estabelecido entre torcedores e entidades esportivas, demonstrando-se que constitui verdadeira relação de consumo. O torcedor, ao remunerar o seu acesso ao conteúdo dos certames que compõem as diversas atividades do desporto, é considerado consumidor e os entes organizadores de detentores do mando de jogo ocupam o posto de fornecedor. Com efeito, afirma Pedro Ivo Andrade, apenas os crimes contra as relações de consumo têm por sujeito ativo o fornecedor e por sujeito passivo o consumidor e visam a proteger a este último, por ser a parte vulnerável, com vistas a restabelecer o equilíbrio nessa relação. As infrações penais que podem macular os eventos esportivos, por estarem inseridas no âmbito do Direito Penal Econômico, tutelam “bens e interesses

§ 3º A pena impeditiva de comparecimento às proximidades do estádio, bem como a qualquer local em que se realize evento esportivo, converter-se-á em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta.

§ 4º Na conversão de pena prevista no § 2º, a sentença deverá determinar, ainda, a obrigatoriedade suplementar de o agente permanecer em estabelecimento indicado pelo juiz, no período compreendido entre as 2 (duas) horas antecedentes e as 2 (duas) horas posteriores à realização de partidas de entidade de prática desportiva ou de competição determinada.

§ 5º Na hipótese de o representante do Ministério Público propor aplicação da pena restritiva de direito prevista no art. 76 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, o juiz aplicará a sanção prevista no § 2º.

Art. 41-C. Solicitar ou aceitar, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem patrimonial ou não patrimonial para qualquer ato ou omissão destinado a alterar ou falsear o resultado de competição esportiva ou evento a ela associado:

Pena - reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos e multa.

Art. 41-D. Dar ou prometer vantagem patrimonial ou não patrimonial com o fim de alterar ou falsear o resultado de uma competição desportiva ou evento a ela associado:

Pena - reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos e multa.

Art. 41-F. Vender ingressos de evento esportivo, por preço superior ao estampado no bilhete:

Pena - reclusão de 1 (um) a 2 (dois) anos e multa.

Art. 41-G. Fornecer, desviar ou facilitar a distribuição de ingressos para venda por preço superior ao estampado no bilhete.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e multa.

Parágrafo único. A pena será aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o agente for servidor público, dirigente ou funcionário de entidade de prática desportiva, entidade responsável pela organização da competição, empresa contratada para o processo de emissão, distribuição e venda de ingressos ou torcida organizada e se utilizar desta condição para os fins previstos neste artigo.

difusos e sociais que são considerados essenciais na realização dos fins sociais do Estado” – enuncia Maria Auxiliadora Minahim.

Com a evolução da sociedade massificada, a dogmática penal teve que rever os seus pressupostos clássicos, em geral, direcionados para os interesses jurídicos específicos e palpáveis de sujeitos facilmente identificáveis. A padronização dos contratos e das relações negociais propiciou o surgimento dos interesses e direitos transindividuais e, por via de consequência, as condutas de porte seriamente lesivo passarão a ser tipificadas como infrações penais. O objeto jurídico tutelado pelos crimes contra as relações de consumo, aduz Damásio de Jesus escapa “à classificação tradicional, merecendo atenção especial do intérprete”.

Os bens metaindividuais são característicos de uma titularidade de caráter não pessoal, de massa ou universal (coletiva ou difusa) – leciona Luiz Régis Prado, já que estão para “além do indivíduo – afetam um grupo de pessoas ou toda coletividade –; supõem, desse modo, um raio ou âmbito de proteção que transcende, ultrapassa a esfera individual, sem deixar, todavia, de envolver a pessoa como membro indistinto de uma comunidade”. (SILVA, 2017, p. 294-295)

No mesmo sentido, Gomes (2011) reforça a relação do presente Estatuto com as leis consumeristas do ordenamento pátrio, equiparando a entidade responsável pela organização da competição ao fornecedor, conforme previsão de seu art. 3º²⁴. Para ele, a reforma trazida pela Lei nº 12.299/2010 pode ser considerada um fruto do populismo penal brasileiro, tendo em vista que não foram adotadas medidas preventivas concretas em conjunto à promulgação desses novos delitos, apenas foi buscado um maior rigor punitivo. Contudo, considera que nem todos os novos crimes tenham essa mesma característica, pois havia lacunas que precisavam ser preenchidas pelo legislador, que não seriam o caso de um excesso de Direito Penal. É o caso das fraudes nos resultados esportivos e da corrupção com o fim de alterar resultados.

Como as infrações penais previstas no Estatuto têm como objetivo a proteção dos interesses e direitos da coletividade, assim como o Direito do Consumidor, o legislador restou coerente ao tipificar os crimes buscando a antecipação da tutela penal mesmo sem o dano concreto das condutas ilícitas. Para Silva (2017), o resultado da competição esportiva deve refletir com fidelidade a forma como a competição foi finalizada e isso foi essencial para o legislador no Estatuto de Defesa do Torcedor, que trouxe normas mais rigorosas para punir aqueles que atentem contra isso. Por isso foram escolhidos delitos formais com a previsão de um resultado intentado, que pode ou não ser alcançado, porém o delito já restará consumado, como ocorre nos art. 41-B ao 41-D. Diferente disso, o art. 41-E é um delito material, que possui como pressuposto para sua consumação a existência de uma fraude. Por conta de seu elemento central ser a fraude, esse será o dispositivo penal do referido diploma que será analisado e desenvolvido, enquanto os outros delitos serão afastados do debate. “A conduta consiste em

²⁴ Art. 3º Para todos os efeitos legais, equiparam-se a fornecedor, nos termos da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, a entidade responsável pela organização da competição, bem como a entidade de prática desportiva detentora do mando de jogo.

fraudar (engodo, burlar, frustrar) ou contribuir para que se fraude o resultado de competição esportiva. Das expressões “por qualquer meio” e “de qualquer forma”, depreende-se que se trata de crime de forma livre. Não deixa de ser uma espécie de estelionato desportivo.” (SILVA, 2011, p. 659). Como afirmado, é um delito que possui suas semelhanças ao crime de estelionato. Nesse sentido:

É extremamente relevante frisar que todas as infrações requerem uma finalidade ulterior na conduta do agente e que consiste em alterar o resultado da competição esportiva em decorrência do abandono de sua correta e justa realização. Elas exigem o dolo específico. Esse elemento é essencial especialmente para o crime de fraude esportiva (art. 41-E), pois sua presença revela consequência notada por poucos penalistas: o legislador brasileiro tipificou a punição dos agentes delitivos para evitar a punição penal apenas pela tentativa de estelionato (art. 171, c.c. o art. 14, II). Explico.

O momento consumativo do delito de fraude nos esportes ocorre com o desenvolvimento de qualquer conduta fraudulenta e não com o efetivo prejuízo causado ao patrimônio econômico de um número indeterminado de pessoas derivado da alteração do resultado da partida. Equivale a dizer que o legislador castigou penalmente o potencial perigo ao bem jurídico. Por sua vez, a consumação do estelionato ocorre quando o agente efetivamente causa o prejuízo patrimonial econômico, pois se trata de delito de lesão. Com efeito, não sendo exigido o dolo específico para o delito especial (art. 41-E), resultaria somente a punição pela tentativa do delito geral (art. 171, CP) nos casos em que o agente não obtém o proveito patrimonial. (BEM, 2014, p. 356)

Assim, explicita-se a vontade do legislador em dar um tratamento especial nos casos de fraude em ambiente esportivo competitivo, não apenas o tratamento dado pelo estelionato. Há um aparente concurso de leis neste caso, que se resolve pelo critério da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*), conforme art. 12 do Código Penal²⁵. Este é um critério hierárquico, na qual há uma subordinação de lei geral à lei especial. Isso ocorre devido ao fato da lei especial possuir os elementos fundamentais da lei geral, mas com outros elementos que dão maior especificidade ao delito. Com isso, por esse critério, o crime de fraude esportiva parece adequar-se melhor que o estelionato para os casos de doping e mecanismos fraudulentos nos campeonatos de esportes eletrônicos.

Como foi dito, o art. 41-E é um delito em que a fraude é seu elemento central e, dessa forma, diferencia-se dos outros delitos do Estatuto por não necessitar de uma vantagem para motivá-lo, a própria fraude já é suficiente quando somada à vontade de fraudar ou de auxiliar aquele que frauda com a finalidade de modificar o resultado da competição esportiva. Nesse sentido:

²⁵ Art. 12 - As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso.

O agente dessa conduta não pode estar motivado por vantagem indevida, patrimonial ou não, em que haja terceiros como proponentes dela. Caso haja tal interesse, com intervenção de terceiros, a conduta do agente incidirá nas figuras delitivas do Art. 41-D ou 41-E. Nesse sentido, se modificar resultado por ter recebido vantagem indevida, o agente incorrerá no crime do art. 41-C, que é específico e, como tal, prevalece sobre a infração em análise. Por outro lado, se o agente oferecer vantagem indevida e, em desdobramento, contribuir para a fraude, haverá a incidência da figura do art. 41-D – a efetivação da fraude, neste contexto, se apresenta como o exaurimento da conduta antecedente. Todas as infrações apresentam reprimendas idênticas.

É possível, contudo, que o agente aja com interesse em vantagem patrimonial e ocorra a tipificação no crime do art. 41-E, bastando que não ocorra intervenção de terceiros oferecendo ou entregando vantagem indevida. Assim, por exemplo, é possível que o agente fraude resultado de competição esportiva para receber bônus, que seria consequência natural da vitória, ou ainda para receber apostas.

O agente que frauda o resultado e após recebe gratificação pecuniária de pessoas satisfeitas com a fraude – sem nenhuma ciência prévia da eventual retribuição – cometerá o crime do art. 41-E. Ocorre que, nas infrações do art. 41-C e art. 41-D, a solicitação ou recebimento da vantagem indevida ocorre para que se venha a alterar resultado. Não se presta à tipificação penal desses delitos a eventual gratificação dada por resultado que já foi alterado. Nesta esteira, ainda que o agente atue na expectativa de poder receber, desde que não tenha solicitado ou aceitado vantagem ou promessa dela, continuará incidindo na figura do art. 41-E. (SILVA, 2011, p. 659)

Portanto, fica claro que a vantagem posterior, decorrente da vantagem oriunda da fraude, não modifica o enquadramento no art. 41-E, apenas modificaria se a vantagem fosse solicitada ou recebida para se alterar o resultado da competição esportiva. Em relação à fraude esportiva:

É o dolo, consistente na vontade consciente de fraudar ou para ela concorrer, de qualquer modo, aliado ao fim especial de influir no resultado de uma competição esportiva.

O exemplo mais marcante desta modalidade de fraude será, certamente, o *doping*, hipótese em que o atleta, por meio de substâncias naturais ou sintéticas, busca melhorar seu desempenho físico, querendo ou assumindo o risco de influir no resultado de uma competição.

Contudo, em se tratando de esporte coletivo (equipe), dificilmente se conseguirá, na prática, comprovar a relação de causalidade entre a conduta do atleta e a farsa do resultado. Imaginemos um torneio de futebol, jogo final: como imputar ao único jogador dopado da equipe (formada por mais dez atletas, mais os reservas que efetivamente jogaram) a “apertada” vitória de 1x0 sobre o adversário?

Já no esporte individual a questão fica relativamente mais fácil porque o *doping* do atleta, neste caso, tem interferência direta no resultado da competição, só podendo ser atribuído ao competidor sob efeito da substância.

Situação diametralmente oposta (e claramente típica) surge quando o agente “dopa” o adversário, fornecendo-lhe, por exemplo, água com produto que influencia negativamente na atuação do atleta.

Por fim, o trabalho de equipe, isto é, um atleta favorecendo o outro, não pode ser confundido com o comportamento que aqui se busca prevenir/punir. Imaginemos, por exemplo, um piloto de F1 que, propositalmente, permite a ultrapassagem do seu colega de escuderia (ou dificulta a ultrapassagem de um adversário) para favorecê-lo no campeonato. Não há, nestas circunstâncias, a fraude exigida pelo tipo, simplesmente porque em toda competição em equipe é a soma dos esforços individuais que levam ao resultado pretendido. (GOMES, 2011, p. 129)

Para Gomes (2011), o uso do doping encontraria muitas dificuldades quando ocorre em modalidades coletivas, pois seria muito difícil determinar o grau de interferência no resultado da partida. Porém, cabe ressaltar que essa é uma visão um pouco equivocada, tendo em vista que no esporte profissional a diferença de desempenho entre os atletas é muito pequena. Nos jogos eletrônicos competitivos, essa diferença chegar a ser de milésimos de segundo, então qualquer vantagem seria considerável. Ainda sobre as dificuldades encontradas:

O *doping* como forma de se praticar este crime depara-se com duas dificuldades: uma de ordem penal e outra de ordem processual. No campo penal, é imprescindível, e não se tem como provável, a demonstração de que o resultado efetivo da competição desportiva seria outro, diverso daquele alcançado com o *doping* – sem o que não há tipificação possível, dado que o Art. 41-E exige fraude no resultado. Não se trata de negar a potencialização decorrente da substância, mas de se exigir a comprovação da real impossibilidade de se conseguir o mesmo resultado sem o *doping*. Na dúvida, impossível se falar em fraude. Nestes termos, não nos parece que o *doping*, por si só, possa ser visto como fraude. De outra banda, no campo processual penal, em respeito ao princípio de que ninguém é obrigado a fazer prova contra si próprio, torna-se questionável a aceitação de exame *antidoping* feito na competição. (SILVA, 2011, p. 659)

Essas possibilidades trazidas por Silva (2011) são facilmente contornáveis nos casos dos esportes eletrônicos, pois uma simples auditoria no computador utilizado pelo atleta (normalmente são de propriedade da organizadora do evento e esta realiza o controle de tudo que foi realizado na máquina) já seria suficiente para verificar se há programas influindo de forma ilegal nos mecanismos da programação do jogo. Além dessa forma, alguns comportamentos são típicos desse tipo de fraude e poderiam servir como fortes indícios do delito (por exemplo: em um jogo de tiro em primeira pessoa, o jogador utiliza um programa de auxílio de mira para que, ao apertar uma tecla, sua mira vá diretamente até a cabeça do personagem adversário, o que traz uma vantagem enorme, pois é a região que sofre maior dano. Em algumas situações, o personagem do adversário estará atrás de uma parede e haverá esse deslocamento da mira, porém a mira do jogador fraudador se direciona abruptamente para a parede entre os dois, criando uma dinâmica de movimentação incoerente no cenário competitivo). Com isso, os problemas elencados por Silva (2011) não são encontrados nos campeonatos de esportes eletrônicos.

É possível, então, afirmar que o uso de mecanismos fraudulentos (*Hacks, Cheats* e *Glitch*) em partidas de esportes eletrônicos se adequam à conduta delituosa prevista no art. 41-E, do Estatuto de Defesa do Torcedor, denominada fraude esportiva.

5.2 Necessidade de um novo tipo penal

Após analisar os delitos de estelionato, concorrência desleal e fraude esportiva, pode se afirmar que os bens jurídicos delimitados no item 3.3 deste trabalho já se encontram resguardados pela legislação penal pátria nos casos de doping, o que se estende para as fraudes em esportes eletrônicos também.

Não há a necessidade de criação de um novo dispositivo normativo penal para a tutela dos bens jurídicos afetados pelos mecanismos fraudulentos em partidas de competições de esportes eletrônicos, pois essa conduta já está contemplada no delito de fraude esportiva prevista no art. 41-E do Estatuto de Defesa do Torcedor. A inviolabilidade do patrimônio estaria resguardada nas condutas específicas descritas no referido tipo e a lealdade da concorrência também, porém este seria apenas de forma secundária.

6. CONCLUSÃO

Assim, após entender a importância que os jogos eletrônicos têm na sociedade contemporânea e a extensão das relações deles oriundas, restou claro que a dimensão competitiva desses jogos eletrônicos possui a mesma natureza dos esportes formais, recaindo os mesmos diplomas normativos e princípios sobre as duas áreas.

Foram delimitados como bens jurídicos afetados pelo doping a saúde individual do atleta, a saúde pública, a lealdade da concorrência e patrimônio. Por causa da natureza dos tipos de mecanismos fraudulentos utilizados nos computadores, foram afastados do debate a saúde individual do atleta e a saúde pública, que não seriam afetados por eles. Nesse sentido, foram desenvolvidos os tipos penais que possuem como função a proteção da lealdade da concorrência e do patrimônio, com a finalidade de averiguar a adequação dos tipos penais às condutas analisadas, ou se haveria a necessidade de uma nova previsão legal para garantir a proteção desses valores.

Os delitos com maior probabilidade de adequação à conduta objeto de estudo foram desenvolvidos na parte final do presente trabalho, sendo eles o estelionato (art. 171 do Código Penal), a concorrência desleal (art. 195 da Lei nº 9.279/1996) e fraude esportiva (art. 41-E do Estatuto de Defesa do Torcedor).

Incialmente, o estelionato deu indícios de ser um tipo penal mais adequado e o crime de concorrência desleal foi logo afastado. Após, ao analisar o delito de fraude esportiva,

à luz do princípio da especialidade, conforme art. 12 do Código Penal, restou claro que este delito traz mais elementos específicos e possui uma maior adequação da conduta descrita ao tipo penal do que o delito de estelionato, sendo reconhecido como o tipo penal mais adequado dentro do ordenamento jurídico pátrio.

Com isso, a resposta restou negativa para um novo dispositivo normativo, pois o crime de fraude esportiva já se apresentou como suficiente para tutelar a proteção dos bens jurídicos eleitos: o patrimônio, primariamente, e a lealdade da concorrência, subsidiariamente (no que se refere ao respeito às regras constitutivas do esporte, à regularidade da concorrência esportiva). A sensação de impunidade em relação ao uso de fraude nos campeonatos de esportes eletrônicos não pode ser justificada pela falta de um tipo penal, mas sim de uma dificuldade de sua aplicação, ou até mesmo no desconhecimento dos sujeitos envolvidos com os campeonatos, tanto organizadores quanto atletas e espectadores.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALAGOAS. Lei nº 8.219, de 19 de dezembro de 2019. Dispõe sobre a regulamentação na prática esportiva eletrônica no âmbito do estado de alagoas, e dá outras providências. Disponível em: <https://sapl.al.al.leg.br/media/sapl/public/normajuridica/2019/1764/lei_no_8.219_de_19_de_dezembro_de_2019_1.pdf>. Acesso em 31 mar 2022.

AMAZONAS. Lei nº 5.321, de 23 de novembro de 2020. DISPÕE sobre a regulamentação da prática esportiva eletrônica. Disponível em: <<https://sapl.al.am.leg.br/media/sapl/public/normajuridica/2020/11101/5321.pdf>>. Acesso em 31 mar 2022.

AZEVEDO, David Teixeira de. Código Penal Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo, 11. Ed. São Paulo: Manole, 2021.

As dez maiores premiações dos esportes eletrônicos. Disponível em: <<https://ge.globo.com/esports/stories/2021/04/20/as-dez-maiores-premiacoes-dos-esportes-eletronicos.ghtml>>. Acesso em: 11 out. 2021.

BARBANTI, Valdir José. O que é esporte? Revista Brasileira de Atividade Física e Saúde, v. 2, p. 54-58, 2006.

BAHIA. Lei nº 14.116, de 02 de setembro de 2019. Dispõe sobre a regulamentação da prática esportiva eletrônica. Disponível em: <<https://egbanet.egba.ba.gov.br/alba/ver-pdf/6741/#/p:6/e:6741>>. Acesso em 31 mar 2022.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Bem Jurídico-Penal. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BEM, Leonardo Schmitt de. Direito Desportivo e Conexões com o Direito Penal. Curitiba: Juruá, 2014.

BEM, Leonardo Schmitt de. Direito penal desportivo: homicídios e lesões no âmbito da prática desportiva". São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral volume 1. São Paulo: Saraiva, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte especial volume 3. São Paulo: Saraiva Educação, 2013.

BRATEFIXE JUNIOR, Antonio Carlos. Introdução ao estudo dos Esports Law: o direito do esporte eletrônico. Leme: Mizuno, 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 70, de 02 de fevereiro de 2022. Regulamenta o exercício da atividade esportiva eletrônica no Brasil. Brasília: Câmara dos Deputados, 2022. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0ja6gqm8j>

yx691rzl6ikiltsge63595205.node0?codteor=2131040&filename=PL+70/2022>. Acesso em 31 mar 2022.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 abr. 2021.

BRASIL. Decreto nº 6.653, de 18 de novembro de 2008. Promulga a Convenção contra o Doping nos Esportes, celebrada em Paris, em 19 de outubro de 2005. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6653.htm>. Acesso em 20 mar 2022.

BRASIL. Lei nº 10.671, de 15 de maio de 2003. Dispõe sobre o Estatuto de Defesa do Torcedor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.671.htm>. Acesso em: 13 ou 2021.

BRASIL. Lei nº 12.299, de 27 de julho de 2010. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão aos fenômenos de violência por ocasião de competições esportivas, altera a Lei nº 10.671, de 15 de maio de 2003; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/L12299.htm>. Acesso em: 11 out 2021.

BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm>. Acesso em: 11 out 2021.

BRASIL. Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998. Institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9615consol.htm>. Acesso em: 20 abr. 2021.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 11, de 02 de fevereiro de 2022. Altera as Leis nºs 9.615, de 24 de março de 1998, e 13.756, de 12 de dezembro de 2018, para incluir a Confederação Brasileira de Desportos Eletrônicos (CBDEL) no Sistema Nacional do Desporto e destinar-lhe recursos oriundos da arrecadação da loteria de prognósticos numéricos. Brasília: Senado Federal, 2022. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9062779&ts=1648588841940&disposition=inline>>. Acesso em: 31 mar 2022.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120). 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CBCS Elite: Bears abandona disputa por VAC ban de cidZzZ. Disponível em: <<https://ge.globo.com/esports/csgo/noticia/cbcs-elite-bears-abandona-disputa-por-vac-ban-de-cidzzz.ghtml>>. Acesso em: 11 out. 2021.

COLEMAN, James Willian. A elite do crime: para entender o crime do colarinho branco; tradução de Denise R. Sales. Barueri: Manoel, 2005.

CONSELHO FEDERAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA. Estatuto do Conselho Federal de Educação Física. Diário Oficial da União. nº 237, Seção 1, p. 137-143, 13/12/2010. Disponível em: <<https://www.confef.org.br/confef/conteudo/471>>. Acesso em: 11 out. 2021.

CSGO: Gaules quebra recorde de espectadores simultâneos na Twitch durante jogo da MIBR. Disponível em: <https://www.espn.com.br/esports/artigo/_/id/7071915/csgo-gaules-quebra-recorde-de-espectadores-simultaneos-na-twitch-durante-jogo-da-mibr>. Acesso em: 11 out. 2021.

DAVID, Décio Franco. Doping em Direito Penal: Existe um bem jurídico a ser tutelado?, Revista Liberdades, IBCCrim, p. 39/63, nº 10, maio – agosto de 2012

ESPÍRITO SANTO. Lei nº 11.515, de 27 de dezembro de 2021. Reconhece e regulamenta a prática esportiva eletrônica no âmbito do Estado do Espírito Santo, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www3.al.es.gov.br/Arquivo/Documents/legislacao/html/LEI115152021.html>>. Acesso em 31 mar 2022.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GAMES MAGAZINE BRASIL: FURIA e Red Bull anunciam parceria para times de eSports. Disponível em: <<https://www.gamesbras.com/esports/2021/1/15/furia-red-bull-anunciam-parceria-para-times-de-esports-21115.html>>. Acesso em: 20 jan 2022.

GOIÁS. Lei nº 21.080, de 9 de setembro de 2021. Regulamenta os denominados e-sports. Disponível em: <<https://legisla.casacivil.go.gov.br/api/v2/pesquisa/legislacoes/104291/pdf>>. Acesso em 31 mar 2022.

GOMES, Luiz Flávio. Estatuto do Torcedor comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume III. 6 ed. – Niterói: Impetus, 2009.

INTZ vê reconhecimento dos eSports com projeto aprovado sob lei de incentivo ao esporte. Disponível em: <<https://sportv.globo.com/site/e-sportv/noticia/intz-ve-reconhecimento-dos-esports-com-projeto-aprovado-sob-lei-de-incentivo-ao-esporte.ghtml>>. Acesso em: 21 out 2021.

JESUS, Damásio de. Direito Penal, volume 1: parte geral. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIGUEL, Ricardo Georges Affonso. O Enquadramento Jurídico do Esporte Eletrônico. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

MONTOVANI, Igor. Entenda como os eSports se equiparam às modalidades esportivas tradicionais por diversos fatores. Disponível em: <<https://mktesports.com.br/blog/esports/esports-e-esportes-tradicionais/#:~:text=No%20Brasil%2C%20tamb%C3%A9m%20h%C3%A1%20muitas,%20Flamengo%2C%20Santos%20e%20Corinthians>>. Acesso em 20 abr 2022.

NASCIMENTO, Mirella. Fãs de games lamentam fechamento da primeira lan house do Brasil. G1 – O portal de notícias da Globo, 2010. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Tecnologia/0,,MUL1552689-6174,00-FAS+DE+GAMES+LAMENTAM+FECHAMENTO+DA+PRIMEIRA+LAN+HOUSE+DO+BRASIL.html>>. Acesso em 06 out. 2021.

O que são eSports – CbeS – Confederação Brasileira de eSports. Disponível em <<http://cbesports.com.br/esports/esports-o-que-sao/>>. Acesso em: 11 out. 2021.

PARAÍBA. Lei n. 11.296, de 23 de janeiro de 2019. Dispõe sobre a regulamentação da prática esportiva eletrônica no âmbito do Estado da Paraíba e dá outras providências. Disponível em: <<https://auniao.pb.gov.br/servicos/arquivo-digital/doe/2019/janeiro/diario-oficial-25-01-2019.pdf/view>>. Acesso em: 26 mai. 2021.

PARANÁ. Lei nº 20.281, de 5 de agosto de 2020. Dispõe sobre o exercício da atividade esportiva eletrônica no Estado do Paraná. Disponível em: <http://portal.assembleia.pr.leg.br/modules/mod_legislativo_arquivo/mod_legislativo_arquivo.php?leiCod=52327&tipo=L&tplei=0>. Acesso em 31 mar 2022.

PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. Monografia jurídica: passo a passo. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

REALE JÚNIOR, Miguel. Teoria do delito. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

ROXIN, Claus; GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Doping e Direito Penal. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

RUBIO, Katia. Esporte, educação e valores olímpicos. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2009.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Finalidades da Pena - Conceito Material de Delito e Sistema Penal Integral. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SILVA, José Geraldo da. Leis penais especiais anotadas / José Geraldo da Silva, Paulo Rogério Bonini; coordenador: Wilson Lavorenti. 12. Ed. Campinas: Millennium Editora, 2011.

SILVA, Joseane Suzart Lopes da. Direitos dos torcedores: a proteção jurídica dos torcedores no Brasil – eventos esportivos com dignidade, informação e segurança. Curitiba: Juruá, 2017.

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito. 3. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

TUBINO, Manoel José Gomes. Dimensões sociais do esporte. 2 ed. revista. São Paulo: Cortez, 2001.

VAC Ban no CS:GO: entenda o que é e relembre maiores casos. Disponível em: <<https://ge.globo.com/esports/csgo/noticia/vac-ban-no-csgo-entenda-o-que-e-e-relembre-maiores-casos.ghtml>>. Acesso em: 11 out. 2021.

WADA. World Anti-Doping Code. Disponível em: <https://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/2021_wada_code.pdf>. Acesso em 19 abr 2022.